

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
КРАСНОЯРСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

В.М. ШАФИРОВ

ЕСТЕСТВЕННО-ПОЗИТИВНОЕ ПРАВО

**ВВЕДЕНИЕ
В ТЕОРИЮ**

**NATURAL POSITIVE
LAW**

**INTRODUCTION
INTO THEORY**

Красноярск 2004

УДК 346.063
ББК 67.0
Ш 30

Рецензенты:

В.И. ЛЕУШИН,
д-р юрид. наук, проф. Уральской
государственной юридической академии,
заслуженный юрист РФ;

В.В. ЕРШОВ,
д-р юрид. наук, проф. Российской
академии правосудия, заслуженный юрист РФ

Шафиров В.М.

Ш30 Естественно-позитивное право: Введение в теорию:
Монография/В.М. Шафиров. Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004.260 с.

Монография посвящена анализу центральной проблемы юриспруденции – правопониманию. В основу работы положен человеко-центристский подход, позволивший сделать попытку раскрыть право как естественно-позитивное явление. Исследуются сущность, содержание и форма естественно-позитивного права, дается его соотношение с моралью.

Для юристов – научных и практических работников, преподавателей, аспирантов и студентов, а также философов, специалистов других отраслей гуманитарных знаний, всех тех, кто интересуется вопросами общей теории права и государства.

ISBN 5-7638-0506-2

© Красноярский государственный университет, 2004
© В.М. Шафиров, 2004

Оглавление

Предисловие	5
ГЛАВА 1.	ПОДХОДЫ К ПОНЯТИЮ ПРАВА
§ 1. Государствоцентристский подход к правопониманию	21
§ 2. Человекоцентристский подход к правопониманию	34
ГЛАВА 2.	СУЩНОСТЬ И СОДЕРЖАНИЕ ЕСТЕСТВЕННО-ПОЗИТИВНОГО ПРАВА
§ 1. Сущность права	87
§ 2. Содержание права	95
ГЛАВА 3.	ФОРМА ЕСТЕСТВЕННО-ПОЗИТИВНОГО ПРАВА
§ 1. Средства организации содержания права (к постановке вопроса)	149
§ 2. Управомочивающие нормативные обобщения	163
§ 3. Управомочивающие нормы	184
ГЛАВА 4.	ПРАВО И МОРАЛЬ
§ 1. Постановка проблемы	199
§ 2. Право и мораль в аспекте должного (обязанностей)	204
§ 3. Право и мораль в аспекте возможного (прав)	224

Contents

Preface	5
PART 1.	APPROACHES TO THE CONCEPT OF LAW
§ 1. Approach to the Concept of Law from the Position of Statecentrism	21
§ 2. Approach to the Concept of Law from the Position of Humancentrism	34
PART 2.	ESSENCE AND CONTENT OF NATURAL POSITIVE LAW
§ 1. Essence of Law	87
§ 2. Content of Law	95
PART 3.	FORM OF NATURAL POSITIVE LAW
§ 1. Methods of Organisation of Content of Law (Starting the Question)	149
§ 2. Empowered Normative Generalizations	163
§ 3. Empowered norms	184
PART 4.	LAW AND MORAL
§ 1. Starting the Problem	199
§ 2. Law and Moral in Aspect of Due (Duties)	204
§ 3. Law and Moral in Aspect of Possible (Rights)	224

Предисловие

Понятие права – определяющий компонент в категориальном аппарате правоведения. От верного его раскрытия зависят:

- правильная постановка научных исследований, ибо остальные юридические понятия образуются в связи с правом, базируются на нем;

- общая ориентация юридической практики, поскольку при тех же самых обстоятельствах в зависимости от того, как трактуется право, одинаковые действия, например, правоохранительных органов, могут быть признаны справедливыми, гуманными, либо, напротив, формально правильными (правомерными), но несправедливыми по существу (т.е. произволом и издевательством);

- квалификация будущего юриста. Выпускник вуза, вынесший из учебного процесса смутное представление о сущности, содержании права, его ценности для личности и общества, способен лишь механически, с чьей-то подсказки выполнять свои профессиональные функции. Это во многом объясняет, почему на практике столь живуче положение: «Забудь, чему тебя, учили и делай как мы». Строительство правового государства требует от юриста-практика глубокого осмысления своей профессиональной миссии в последовательном проведении в жизнь идеи права, в раскрытии его потенциала как высокосignимого явления цивилизации и культуры;

- состояние правосознания и правовой культуры общества. Неопределенность теоретического правоведения в самом понятии права не может не сказаться отрицательно на обыденном правосознании. Ведь у нас еще нет устойчивой потребности в правовом мышлении и поведении. Данное обстоятельство в значительной мере осложняет преодоление правового нигилизма, пассивности, отклоняющегося поведения.

Поэтому закономерен повышенный интерес к правопониманию в новейшей отечественной теории права. Чтобы лучше разобраться в современных взглядах, необходимо хотя бы кратко выяснить, на каких теоретических традициях формировались представления о праве в России, какие – позитивные или негативные – тенденции в восприятии права преобладали.

Историческое развитие России шло путем, отличным от западного. В стране сложилось иное представление о государ-

стве, государственной власти, иное правопонимание. На протяжении многих веков преобладало предельное возвеличивание царской власти (несмотря на её суровость, жестокость), говорилось о подобии порядка небесного и порядка земного. «Бог на небе, царь на земле», – гласит народная мудрость. Как и древние народы, русский народ уподобляет царя солнцу: «Светится одно солнце на небе, а царь русский на земле». Оттого царь и является носителем божественной воли: «Чего Бог не изволит, того и царь не изволит», «Царь повелевает, а Бог на истинный путь наставляет», «Сердце царёво – в руках Божиих», «Одному Богу Государь ответ держит». Здесь понятно, на чём покоится неограниченность истинного монарха: он неограничен по близости своей к Богу, как носитель божеских предначертаний и божественной правды: «Где царь, тут и правда», «Царское осуждение бессудно, не судима воля царская», «Царь судит, как Бог на сердце ему положит», «Правда Божия, а суд царёв», «Суд царёв – суд Божий». И ясно, что носитель божественных предначертаний, существо особо близкое к небу, не может не быть страшным и грозным: «Царь – не огонь, а ходя близ него, опалишься», «Близ царя – близ смерти». Такой царь есть носитель божественного гнева и божественной милости: «Карать да миловать – Богу и царю», «Царёв гнев – посол смерти», «Нет больше милосердия, как в сердце царевом». Поэтому царь есть «батюшка», спаситель и хранитель: «Царь щедр – отец есть всем», «Без царя – народ сирота», «Без царя земля вдова» (или Русь вдова), «Богом да царём Русь крепка»¹.

Прямо противоположным было отношение к окружению царя, к служилому сословию, чиновникам, в которых виделся весь корень социального зла, искажающего природу царской власти: «Царские милости сквозь боярское сито сеются», «Помути, Господи, народ да прокорми воевод», «Бог сотворил два зла: приказного да козла», «Дерёт коза лозу, а волк – козу, а мужик – волка, а поп – мужика, а попа – приказный, а приказного – чёрт», «Приказный за перо возьмётся, у мужика мошна и борода трясётся». Бичеванию подвергаются продажность и своеволие царских слуг: «Вор виноват, а подьячий мошне его рад», «От чёрта отобьешься дубиной, а от подьячего полтиной», «С подьячим возиться – камень за пазухой держать, «Дьяк у места,

¹ См.: Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. М.: Аграф, 1998. С. 78.

что кот у теста; а дьяк на площади, то Боже пощади». Особенно же народное сознание возмущает несправедливость государева суда: «Из людей не скоро праведных найдёшь судей», «Суд прямой, да судья кривой», «Не бойся закона, бойся судьи», «Тот и закон, как судья знаком», «Когда рак свистнет, тогда судья решит право», «Подпись судейская, а совесть лакейская», «Бог любит праведника, а судья – ябедника», «Судьям полезно, что им в карман полезло», «Судейский карман, что поповское брюхо, что утиный зуб», «Судью подаришь, всё победишь»¹.

Другой особенностью власти в российском государстве было доминирование отношений типа «государь – холоп». И.Е. Забелин, исследовавший домашний быт русских царей, писал: «Именем «государь» обозначался известный тип жизненных отношений, именно властных, обратная сторона которых выставляла противоположный тип – раба, холопа или вообще слуги. Господарь был немислим без холопа, так и холоп не был понятен без господаря»².

Отношения личной зависимости между государем и его слугами (холопами) объективно требовали приоритета обязанностей над правами, а то и забвения последних. В.О. Ключевский достаточно резко писал по этому поводу: «В других странах мы знаем государственные порядки, основанные на сочетании сословных прав с сословными обязанностями или на сосредоточении прав в одних сословиях и обязанностей в других. Политический порядок в Московском государстве основан был на *разверстке* между всеми классами *только обязанностей*, не соединённых с правами. Правда, обязанности соединены были с неодинаковыми выгодами, но эти выгоды не были сословными правами, а только *экономическими пособиями* для несения обязанностей»³. Особо тяжёлым, бесправным было положение простых людей, поскольку крепостное право сохранилось вплоть до 1861 г.

Таким образом, абсолютное преобладание начал обязанностей над началом прав являлось ещё одной особенностью российского государства. Это вполне соответствовало господствовавшей идее общинного коллективизма, согласно которой

¹ См.: Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. С. 82-83.

² Забелин И.Е. Домашний быт русских царей в XVI-XVII столетиях. М., 1990. Кн. 1. С. 55.

³ Ключевский В.О. История сословий в России // Соч.: В 9 т. Т. VI. М.: Мысль, 1989. С. 310.

целое (община, государство) предшествует частному (индивиду), предопределяет его, и поэтому у частного перед целым есть только одни обязанности¹. Такое государство Н.Н. Алексеев и назвал «обязательным (тягловым) государством».

Для «обязательного государства» право прежде всего инструмент, принудительно обеспечивающий слепое подчинение «холопа» любым велениям власти. Поэтому не удивительно, что законы традиционно воспринимались в российском обществе как нечто чуждое и повсеместно не выполнялись. А.И. Герцен так описал это: «Правовая необеспеченность, искони тяготевшая над народом, была для него своего рода школой. Вопиющая несправедливость одной половины его законов научила его ненавидеть и другую; он подчиняется им, как силе. Полное неравенство перед судом убило в нём всякое уважение к законности. Русский, какого бы он звания ни был, обходит или нарушает закон всюду, где это можно сделать безнаказанно; и совершенно так же поступает правительство»².

Не способствовала росту авторитета права и русская дореволюционная мысль. По мнению Валицкого, одной из характерных её черт было отрицательное либо пренебрежительное отношение к праву, связанное с идеализацией общинного коллективизма. Многие мыслители были склонны видеть в патриархальном крестьянстве воплощение духа истинной, братской общности, которая может легко обойтись без писаных законов и не допустить развития индивидуализма. Так, Герцен видел в неуважении к праву историческое преимущество русского народа – свидетельство его внутренней свободы и способности построить новый мир. Достоевский приравнивал права личности к правам эгоистических индивидов, отделённых друг от друга юридическими барьерами и не знающих никакой нравственной связи. Лев Толстой считал, что правом в действительности называется для людей, имеющих власть, разрешение, даваемое ими самим себе, заставлять людей, над которыми они имеют власть, делать то, что им – властвующим – выгодно³.

¹ См.: Дугин А. Предисловие. Теория Евразийского государства // Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. С. 12.

² Герцен А.И. Собр. соч. Т.7. М., 1956. С. 231.

³ См.: Валицкий А. Нравственность и право в теориях русских либералов конца XIX – начала XX века // Вопр. философии. 1991. № 8. С. 25-26.

И хотя некоторые либерально-правовые идеи пусть в урезанном, даже выхолощенном виде всё же проникли в Россию уже с конца XVIII в., а в начале XX в. в русском правоведении влиятельным являлось направление, известное под названием «возрождённое естественное право» (П.И. Новгородцев, Б.А. Кистяковский, Е.Н. Трубецкой, С.А. Котляревский и др.), эти новые теоретические веяния не получили широкого распространения, не стали элементом сознания не только для простых людей, но и большей части интеллигенции. Великолепный знаток русской жизни и права Б.А. Кистяковский в 1909 г. писал: «...Русская интеллигенция никогда не уважала права, никогда не видела в нём ценности; из всех культурных ценностей право находилось у неё в большем загоне. При таких условиях у нашей интеллигенции не могло создаться и прочного правосознания, напротив, последнее стоит на крайне низком уровне развития»¹.

Октябрьская революция 1917 г. по замыслу её вдохновителей и организаторов должна была стать начальной точкой отсчёта нового, советского этапа развития отечественного государства и права. Поэтому была поставлена задача полного разрушения старого государственно-правового порядка. Взамен ему на руинах самодержавия с первых дней революции закладывались основы государства диктатуры пролетариата, пролетарское право. Их новыми задачами объявлялись: уничтожение всякой эксплуатации человека человеком, полное устранение деления общества на классы, беспощадное подавление эксплуататоров, установление социалистической организации общества, победа социализма во всех странах (глава вторая Конституции 1918 г.).

И всё же если отбросить все идеологические моменты и следовать объективной истине, то не увидать исторической преемственности советского государства и права по отношению к российскому государству и праву до 1917 г. просто невозможно². Как и прежде, государство диктатуры проле-

¹ Кистяковский Б.А. В защиту права (задачи нашей интеллигенции) // Власть и право. Из истории русской правовой мысли / Сост.: А.В. Поляков, Ю.А. Козлихин. Лениздат, 1990. С. 173.

² О некоторых чертах сходства в политико-правовой сфере царской и советской систем см.: Мартышин О. В. О некоторых особенностях российской правовой и политической культуры // Гос. и право. 2003. № 10. С. 27.

тариата рассматривается единственным гарантом выживания народа, главным инструментом сохранения советского строя. Его окружают ореолом святости (конечно с классовых позиций), наделяют гипертрофированными полномочиями. Уподобляется солнцу первое лицо государства, его называют вождём, отцом, учителем. Естественно, такая власть могла всё, в том числе жестоко наказывать и миловать. Точно так же, как и при самодержавии, любовь к главе государства (Генеральному секретарю) не распространялась на чиновников, на всякого рода «начальников», к ним советские граждане относились с недоверием, с опаской. Отсюда и широко известные суждения: «Вот если бы Ленин был жив...», «Сталин об этом не знал, иначе бы всё было бы по-другому...»

Много сходного можно обнаружить в регулировании правового положения государства и простых людей. Несмотря на обещания, декларации о сбалансировании правового регулирования между государством и гражданином, многое осталось по-прежнему. В отношениях между ними доминировал разрешительный правовой режим для граждан и общедозволительный для государства: гражданину можно было делать то, что ему разрешало государство; последнее же могло запрещать всё, что считало нужным и полезным для дела строительства социализма и коммунизма¹.

Был закреплён абсолютный примат интересов государства над интересами отдельной личности. Речь могла идти только об односторонней обязанности, ответственности человека перед государством. Формальное провозглашение прав трудящихся не меняло в целом обязывающего характера правового регулирования. Практически многие права одновременно являлись и обязанностями.

Не было различия и в отношении к праву. Как до, так и после революции оно было негативным. Поэтому нет ничего удивительного в том, что прогрессивные наработки дореволюционной юридической науки были отброшены, а если и брались во внимание, то чаще с отрицательных позиций. Негативное отношение к праву, ко всему «юридическому», преобладало в общественном сознании. Наиболее ортодоксальные революционеры призывали «сжигать

¹ См.: Семитко А.П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. Екатеринбург: Изд-во Урал. юрид. академии. 1996. С. 268-269.

законы», немедленно отменить право. Правда, большевистское руководство не поддерживало столь жесткие меры, но зато о первичности революционной диктатуры над законом было заявлено довольно категорично. По этому поводу В.И. Ленин говорил: «Революционная диктатура пролетариата есть власть, завоеванная и поддерживаемая насилием пролетариата над буржуазией, власть, не связанная никакими законами»¹. Данная установка вождя значительно усилила позицию теоретиков, выступавших с идеей о том, что развитие права по мере успехов революции пойдет по нисходящей линии. Вот характерные суждения ученых-юристов. Право – «опиум для народа, еще более отравляющий, дурманный, чем религия»; право – «контрреволюционный элемент», сразу же после революции право обречено на «отмирание»; «юридическое регулирование должно быть заменено организационно-техническим».

В основе этих мнений лежала ненависть к буржуазному юридическому мировоззрению и, как следствие, ко всему мировому опыту. А поскольку всякое право ассоциировалось с буржуазным, то и пролетарское право как вынужденно допускаемое зло должно скоро отмереть. Таким образом, правопонимание, построенное на отрицании вместе с буржуазным правом всякого права вообще, – ещё одна отличительная особенность разработок по вопросам права в после-революционный период².

Объявленная во второй половине тридцатых годов победа социализма в стране резко меняет теоретическую направленность исследований в области права. Оно представляется как рожденное в ходе Октябрьской революции новое и высшее право, существующее до полного коммунизма. Прежняя же позиция о буржуазности всякого права признана антимарксистской, и «всякие попытки изобразить Советское право не социалистическим правом, а некой разновидностью буржуазного права являются классово враждебными»³.

Это послужило поводом для начала кампании по разгрому «врагов народа» на правовом участке «теоретического фронта». Казням, репрессиям либо резкой критике под-

¹ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 37. С. 245.

² См.: Нерсисянц В.С. Наш путь к праву: От социализма к цивилизму. М.: Российское право, 1992. С. 95-206.

³ См.: Там же. С. 233.

верглись многие видные юристы того времени. Цель кампании была очевидна: добиться единомыслия, монолитного единства в освещении права.

В 1937 г. на Первом Всесоюзном совещании по вопросам науки Советского государства и права была одобрена формулировка общего определения права, предложенная А.Я. Вышинским: «Право – совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу»¹.

Данное определение вошло в научную литературу как «узконормативный» подход к праву. Само по себе высказывание вряд ли можно расценить негативно, поскольку нормативное видение права имеет давнюю историю, его наработки получили воплощение в практике многих правовых систем прошлого и настоящего. Проблема в том, что право как совокупность правил поведения в классово-этактической интерпретации Совещания 1938 г. – это нечто совершенно иное, нежели нормативизм в духе Л. Дюги или Г. Кельзена и вообще любой юридический нормативизм, для которого необходима та или иная форма (и соответствующая теоретическая концепция) признания объективной самостоятельности, автономности норм и их системы от политической власти².

Придание же определению (лишь с внешней, формальной стороны являющемуся нормативным) официального и общеобязательного значения наложило вето на плюрализм мнений, поиск новых подходов к праву, ибо инакомыслие означало отход от возведенного в абсолют «марксистско-ленинского» учения о государстве и праве.

С конца 1950-х годов в противовес нормативному стало складываться «широкое» понимание права. В частности, наряду с нормами, выражающими волю господствующих классов, в право включались и другие юридические понятия: правоотношения (С.Ф. Кечекьян, А.А. Пионтковский), правоотношения и правосознание (Я.Ф. Миколенко), субъек-

¹ Вышинский А.Я. Вопросы теории государства и права. М., 1999. С. 84.

² См.: Нерсисянц В.С. Наш путь к праву. С. 259.

тивное право (Л.С. Явич) и др. Появление «широкого» подхода к пониманию права стало большим позитивным событием в советской юридической науке. Своей критикой определения 1938 г. сторонники «широкого» подхода нарушили сложившуюся монополию официального «правопонимания» и положили конец «монолитному единству» на «правовом фронте». С возникновением и укреплением нового подхода начался медленный, но неуклонный процесс движения от прежнего «единомыслия» к плюрализму научных взглядов и позиций в советской юриспруденции¹. Заметный вклад в этом направлении внесла опубликованная в 1975 г. статья Е.А. Лукашевой, в которой был обоснован многоаспектный анализ права, правовых явлений².

В центре оживлённых дискуссий данная проблема вновь оказалась в 1979 г. В двух номерах (7 и 8) журнала «Советское государство и право» были представлены самые разнообразные позиции на понятие права. Хотя в ходе обсуждения выявилось много несовпадений, различий во взглядах, общий вывод был сделан: как с теоретических, так и с практических соображений необходимо продолжить изучение вопросов правопонимания с различных точек зрения. Не случайно интерес к теме не иссяк и после дискуссии в журнале³.

Из многочисленных теоретических положений, сформулированных в публикациях 1980-х годов, особо хотелось бы выделить развитие идеи многоаспектного видения права. Вместо деления на «нормативное» и «широкое» понимание права было предложено разделить основные научные пред-

¹ См.: Нерсисянц В.С. Наш путь к праву. С. 287.

² См.: Лукашева Е.А. Общая теория права и многоаспектный анализ правовых явлений // Сов. гос-во и право. 1975. № 4.

³ См.: Бабаев В.К. Советское общенародное право: сущность и тенденции развития // Сов. гос-во и право. 1980. № 6; Тененбаум В.О. О сущности права // Правоведение. 1980. № 1; Боброва Н.А. О понятии права, его значении в категориальном аппарате правоведения // Сов. гос-во и право. 1981. № 11; Явич Л.С. К разработке концепции права развитого социализма // Правоведение. 1981. № 6; Рабинович П.М. О понимании и определении права // Правоведение. 1982. № 4; Иванова Г.П. О понятии права (к соотношению права и законодательства) // Правоведение. 1983. № 1; Халфина Р.О. Что есть право: понятие и определение // Сов. гос-во и право. 1984. № 11; Тиунова Л.В. О системном подходе к праву // Сов. гос-во и право. 1986. № 10 и др.

ставления по данному вопросу на три группы: «нормативное», «генетическое» и «социологическое»¹.

В последующих научных разработках линия на содержательное (предметное) группирование точек зрения на право была продолжена. Так, по мнению Р.З. Лившица, если пробовать свести все обилие правовых школ к каким-то обобщающим критериям, то можно выделить три подхода: нормативный, социологический, нравственный². О формировании трех концепций – «школ» в нашей теории права: нормативной, социологической, нравственной³ – говорит О.Э. Лейст. В.А. Туманов считает, что основные направления и школы правовой мысли могут быть разбиты на три вида (или группы): философия права, юридический позитивизм, социологическая юриспруденция⁴. С точки зрения В.К. Бабаева, десятилетняя дискуссия о праве в нашей юридической науке выявила три основных подхода к определению его понятия: а) нормативный (нормативное или так называемое «узкое право» понимание права); б) социологический; в) философский⁵.

В.С. Нерсисянц также выделяет три типа правопонимания: легистский (позитивистский), естественно-правовой (юснатуралистический) и разработанный им либертарно-юридический⁶.

В феврале 2003 г. состоялась Всероссийская научно-теоретическая конференция «Понимание права», посвященная 75-летию со дня рождения профессора А.Б. Венгерова. Проблема многоаспектного видения права оказалась на ней главной. В основном докладе «Совместимы ли основные типы понимания права?» О.В. Мартышин обосновал преимущества плюралистического понимания права. Докладчика поддержали выступившие на конференции В.Е. Гулиев, В.В. Лазарев, В.Н. Карташев и др.

¹ См.: Правовая система социализма: Понятие, структура, социальные связи. Кн.1 / Под ред. А.М. Васильева. М.: Юрид. лит., 1986. С. 15-28.

² См.: Лившиц Р.З. Государство и право в современном обществе: необходимость новых подходов // Сов. гос-во и право. 1990. № 10. С. 18.

³ См.: Лейст О.Э. Три концепции права // Сов. гос-во и право. 1991. № 12. С. 3.

⁴ См.: Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 21-22.

⁵ См.: Там же. С. 112.

⁶ См.: Нерсисянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция // Вopr. философии. 2002. № 3. С. 3.

Были высказаны и возражения (М.И. Байтин, Ф.М. Раянов, Е.А. Воротилин) о необходимости выделения основных типов понимания права. Так, Е.А. Воротилин в своем выступлении сказал: «Дискуссию о типах правопонимания в отечественной юриспруденции едва ли можно назвать плодотворной в концептуальном плане»¹.

Для того чтобы оценить плодотворность или бесплодность выделения многоаспектного правопонимания, представляется целесообразным хотя бы кратко изложить суть называемых большинством ученых основных концепций права. Итак, будут рассмотрены концепции: естественно-правовая, нормативная, социологическая.

Естественно-правовая концепция. Отправным моментом любого варианта естественной правовой теории является поиск и установление подлинного права или «права в собственном смысле слова». Ориентирами, критериями в этом процессе служат гуманистические, демократические идеи, ценности – свобода, справедливость, равенство. Их познание и использование обществом – необходимое условие бытия права.

Содержание же «собственного права» выводится естественно-правовой мыслью из природы – природы вообще или природы человека. Право, как утверждал Г. Гроций, «...состоит в том, чтобы предоставлять другим то, что им уже принадлежит...»². В этой достаточно сжатой, но емкой формуле была выражена идея неотчуждаемых прав человека, получившая свое утверждение в эпоху просветительства XVIII в. Речь идет о таких правах, как право на жизнь, свободу, на общение с себе подобными, собственность, на защиту своей жизни и здоровья со стороны общества и государства... Эти права не благодеяние, не дар правительства либо законодателя, они принадлежат человеку от рождения. Содержательно-аксиологический подход к праву привел сторонников естественного права к различению права и закона. Одни обосновывают существование «дозаконного права» наряду с позитивным (положительным) правом, другие относят к праву не любое произвольное законодательство, а только правовые законы.

¹ Государство и право. 2003. № 8. С. 110.

² Гроций Г.О. О праве войны и мира: три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М., 1956. С. 46.

Доктрина естественного права выступила также за ограничение государственной власти, подчинение ее праву, закону. Еще античный философ Платон заключал: «Я вижу близкую гибель того государства, где закон не имеет силы и находится под чьей-либо властью. Там же, где закон – владыка над правителями, а они – его рабы, я усматриваю спасение государства...»¹

Нормативная концепция. Главное правовое явление в данном видении права – нормы, изданные или санкционированные государством. Поэтому право понимается как совокупность общеобязательных, формально-определенных, обеспеченных государственным принуждением норм. Благодаря нормам (нормативности) право имеет всеобщий, устойчивый характер, доступно для понимания и удобно для реализации. Правом признается любая норма, если она исходит от компетентного государственного органа. Соответственно в нормах, а через них в различных источниках права закрепляются права, свободы, обязанности. Вне позитивного права и права, и свободы носят неюридический характер. Граждане получают права и свободы, содержащиеся в нормах, только в форме субъективных прав от государства-законодателя. Последнее определяет виды, объем прав и свобод, порядок их действия (возникновения, изменения и прекращения).

Нормативная школа исходит из тождественности права и закона. Оценки о том, справедлив закон или не справедлив, морален он или аморален, в момент его реализации в расчет не берутся, поскольку закон есть закон и осуществляться он должен неукоснительно. В противном случае в ход пускаются меры государственного принуждения.

Идея единства права и закона по существу определила круг основных проблем, исследуемых в рамках данного правовопонимания, получивших название «догма права». В их числе понятие, структура, виды норм, нормативных актов, систематизация законодательства, юридическая техника толкования и применения права и т.д.

Социологическая концепция. Центр научных исследований переносится с права как совокупности абстрактных, формализованных, застывших норм («книжного права»), на «живое

¹ Платон. Соч. Т. 3. Ч. 2. М., 1972. С. 188-189.

право», т.е. процесс и условия его функционирования, реализации в обществе. Наличие официальных правил не отрицается, но они признаются лишь частью права. Другой его частью является «живое право». Оно создается различными участниками правоотношений (физическими и юридическими лицами) в ходе их практической деятельности. Отсюда еще одно название: «право в действии». В процессе реализации права только и возможно установить полезность и эффективность норм закона. Особое внимание уделяется условиям осуществления права, поиску и отмене устаревших, противоречивых и иных дефектных норм, преодолению пробелов. Важным для социологической школы является вопрос о свободе усмотрения в праве (прежде всего судебском), включающий и возможность изменения содержания юридической нормы в процессе ее применения. В конечном счете результативные действия всех субъектов права и создают устойчивость, упорядоченность отношений или правопорядок, что соответствует самой идее права. Для многих сторонников социологической теории право – это прежде всего фактический правовой порядок.

Проделанный анализ типов правопонимания позволяет, на наш взгляд, сделать такие предварительные выводы:

1. Каждая из концепций имеет самостоятельное научное значение, несет присущую ей определенную позитивную информацию о праве, проявлении его сторон.

2. Ни одна из школ в отдельности не дает, да и объективно не может дать представление о праве как целом явлении. Как показала история советской правовой мысли, любые попытки сделать это порождали конфронтацию, новые неточности, заблуждения, ошибки, отдаляли от полного и всестороннего освещения права.

3. Разные концепции права во многих аспектах совместимы, ибо совместимы отображаемые ими различные стороны права. Показательно в этом отношении высказывание одного из видных теоретиков нормативного правопонимания М.И. Байтина: «Трудно согласиться ... с неоправданным противопоставлением естественного и позитивного права, что само по себе не соответствует, на наш взгляд, сути естественно-правовой теории...

...Она никогда не обнаруживала отрицательного отношения к позитивному праву вообще, а целенаправленно боролась лишь с такими его конкретными проявлениями, которые противоречили естественным законам, символизирующим природные и неотчуждаемые права человека и гражданина.

...Обосновывая приоритет прирожденных прав человека, естественно-правовая теория всегда выступала за создание и развитие в конкретных государствах...такого позитивного права, которое основывалось бы на этих фундаментальных правах...Именно такое позитивное право и создается ныне в России в процессе формирования правового государства, что получило закрепление в Конституции Российской Федерации. В этих условиях особо очевидна неуместность любого противопоставления естественного и позитивного права»¹.

Задача теоретиков состоит в том, чтобы на базе научных критериев, оснований собрать, объединить все ценное, конструктивное, все, что не отвергает, а объединяет и позволяет преодолеть доставшееся еще от дореволюционного и революционного прошлого и длившегося десятилетиями противостояния отечественных школ за единственно верное понимание права. Поэтому правы В.Н. Кудрявцев, А.М. Васильев и В.П. Казимирчук, которые утверждали, что необходимо «...восстановить на более широкой теоретической основе расчлененное анализом единство всех правовых сторон, с помощью синтеза представить право как целое, показав суть взаимодействия его сторон, место и меру каждой из них. В этом, как представляется, состоят задачи и смысл современного правовопонимания»².

О нужности интеграции школ права говорят западные исследователи. Например, по утверждению Г.Д. Бермана: «...социальная теория... права должна «свести» воедино все три

¹ Байтин М.И. О современном нормативном понимании права // Журнал рос. права. 1999. № 1. С. 106-107; См. об этом же: Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правовопонимание на грани двух веков). Саратов: СГАП, 2001. С. 100-109.

² Правовая система социализма: Понятие, структура, социальные связи. Кн. 1 / Под ред. А.М. Васильева. М.: Юрид. лит, 1986. С. 28-29.

На важность учета всех сторон понятия права для его наиболее полного раскрытия в целом еще в 1916 г. обращал внимание Б.А. Кистяковский: «...Право может подлежать исследованию или как по преимуществу государственно-повелительное, или как социальное, или как психическое, или как нормативное явление. Все эти различные исследования представляют одинаковую ценность в процессе научного познания права в его целом. Конечно, каждое из них имеет в виду по преимуществу какую-нибудь одну сторону правовых явлений». (Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 331.)

традиционные школы юриспруденции – политическую школу (позитивизм), этическую школу (теория естественного права) и историческую (историческую юриспруденцию) – и создать интегрированную, единую юриспруденцию»¹.

В.С. Нерсисянц, напротив, считает, что синтез трех принципиально различных подходов в виде единого понятия (и единой теории) невозможен². Близкую ему позицию в данном вопросе занимает В.А. Четвернин. По его мнению, «не меняет существа дела и так называемое многоаспектное правопонимание, претендующее на «снятие» противоположности «нормативного», «генетического» и «социологического» подходов к праву. «Снятие» достигается здесь с позитивистских позиций, с позиций того подхода, который именуется «нормативным» и ставит на первое место в числе признаков права установленность или санкционированность нормы государственной волей»³.

Действительно, опираясь лишь на нормативное представление о праве, «снятие» противоположности невозможно, как, впрочем, невозможно и многоаспектное видение права. «Многоаспектность, многосторонность права отображается в его понятии как раскрытие всех его сторон и проявлений»⁴. К сожалению, столь важное с методологической точки зрения положение В.А. Четвернина почему-то упускает из виду.

Свою версию о невозможности объединения основных трех концепций права предлагает О.Э. Лейст. По его мнению: «Наоборот: каждая из этих концепций – необходимый противовес другим, не дающий власти в крайность, уйти за пределы права к беззаконию и произволу. Суть дела в том, что между крайними точками зрения трех концепций находится не истина, а сложнейшее общественное явление – право, которое в любой из своих частей может стать и бытием свободы, и орудием порабощения и произвола...»⁵

Все верно: крайние точки зрения трех концепций права объединить нельзя. А вот отбросив их и взяв за основу все

¹ Берман Г.Д. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Изд-во МГУ, 1994. С. 57.

² См.: Нерсисянц В.С. Наш путь к праву. С. 291.

³ Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993. С. 22.

⁴ См.: Правовая система социализма: Понятие, структура, социальные связи. С. 29.

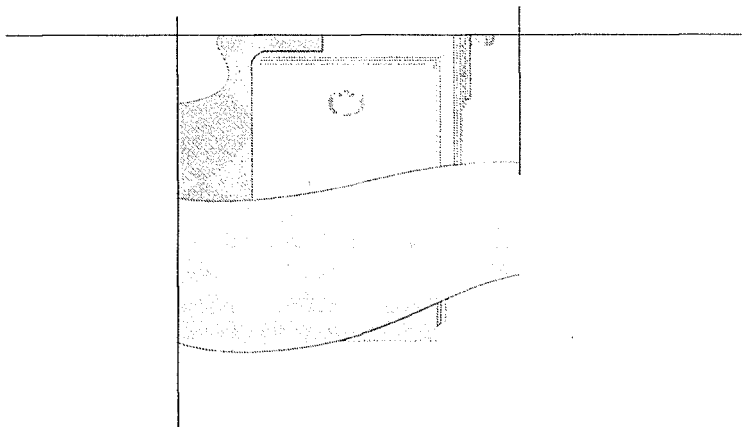
⁵ Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 275.

конструктивное, полезное в каждой из концепций, можно попытаться сконструировать такое представление о праве, которое исключало бы видеть в нем одновременно и бытие свободы, и орудие произвола и насилия.

Конечно, будет упрощением сводить многоаспектное изучение права к сумме трех обозначенных выше представлений о нем. Выявить природу, признаки, черты, ценность и перспективу права в обществе, а также ответить на вопрос, какую из сторон права и в какой мере отображает, «обслуживает» каждая из рассмотренных теорий, а также установить, что интегрирует, а что деинтегрирует их, можно лишь уяснив, что является исходным в подходах к праву и что соответственно влияет на раскрытие в единстве, взаимодействии и различии всех его сторон.

В этой связи можно выделить два контрастирующих подхода к праву: государствоцентристский (с более широких позиций – социоцентристский, системоцентристский) и человекоцентристский (персоноцентристский или право в человеческом измерении). Именно в этих подходах наиболее рельефно просматриваются две кардинально противоположные традиции в правовопонимании, полярные ценностные характеристики права, других правовых явлений¹. Сравнительному изучению обозначенных подходов и будет посвящена первая глава настоящей работы.

¹ См.: Оболонский А.В. Драма российской истории: система против личности. М., 1994. С. 9 и сл.; Семитко А.П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. С. 147-205, 248-262; Общая теория прав человека / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Норма, 1996. С. 62-66; Алексеев С.С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 453-456; Чиркин В.Е. Государствоведение: Учебник. М.: Юрист, 1999. С. 40-42; Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов. М.: Новый юрист, 1998. С. 114; Проблемы теории государства и права: Учеб. пособие / Под ред. М.Н. Марченко. М.: Юрист, 2001. С. 118-119 и др.



ГЛАВА 1

ПОДХОДЫ К ПОНЯТИЮ ПРАВА

Введение в теорию

§ 1. Государствоцентристский подход к правопониманию

В отечественной теории права XX в. государствоцентристский подход больше известен как классово-этактический. Основные идеи – своего рода квинтэссенция классово-этактического видения права – заключаются в следующем.

Право имеет классовую природу. Право – продукт, результат воли экономически и политически господствующего класса, средство реализации этой воли в масштабах всего общества. «...Право, – писали К. Маркс и Ф. Эн-

гельс в «Манифесте коммунистической партии», — есть лишь возведенная в закон воля... класса...»¹ Закон, добавлял В.И. Ленин, есть «возведение воли классов, которые одержали победу и держат в своих руках государственную власть»².

Классовый характер права сохраняется и при регулировании им общественных отношений, имеющих общесоциальное значение, поскольку обеспечение общих для всего населения условий существования является необходимой предпосылкой сохранения и упрочения власти в руках господствующего класса.

Одновременно категорически отвергаются в принципе, как чисто буржуазные, идеи о надклассовом характере права, об его упорядочивающей, координирующей и интегрирующей роли в целях удовлетворения, прежде всего, универсальных, естественных потребностей всех людей, независимо от их принадлежности к тому или иному классу. Отсюда логично следует вывод о том, что право было, есть и остается всегда классовым явлением.

Право вместе с государством порождается классовым обществом как проявление социального отчуждения, межклассового антагонизма; оно — средство классовой борьбы, преодоления и подавления классовых противников. Применительно к государству В.И. Ленин писал: «Государство есть продукт и проявление непримиримости классовых противоречий. Государство возникает там, тогда и постольку, где, когда и постольку классовые противоречия объективно не могут быть примирены. И наоборот: существование государства доказывает, что классовые противоречия непримиримы...

...Государство есть орган классового господства, орган угнетения одного класса другим, есть создание «порядка», который узаконяет и упрочивает это

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 4. С. 443.

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

угнетение...»¹ Такой «порядок» создаётся с помощью права.

Негативная оценка возникновения и функционирования государства и права стала доминантной в изучении обоих социальных феноменов. Переход от «первобытного коммунизма», от обычаев к государству и праву характеризовался не иначе как «шаг назад», регресс, известное попятное движение². В главных (сущностных) моментах такая оценка распространялась на все досоциалистические типы государства и права.

Социалистическое право, как и государство, объявляется высшим типом, возникшим и существующим благодаря отрицанию предшествующих ему правовых систем. Отсюда преемственность между социалистическим, рабовладельческим, феодальным, буржуазным правом, как правило, исключается, а если допускается, то в ограниченных пределах. «Советское право как юридическое учреждение... в принципе не знает преемственности»³.

«...Преемственность характерна не для правовой системы в целом, а для ее отдельных норм и институтов, т.е. отдельных звеньев этой системы.

... При сопоставлении же таких частей и звеньев, взятых как элементы определенной системы, на первый план выдвигается их различие и даже несоответствие по социально-классовому и политическому содержанию, по конечным результатам их функционирования, потому что они являются звеньями и элементами различных, неродственных правовых систем, противоположных по своей классовой сущности, по своему основному социальному назначению»⁴.

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

² См.: Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. С. 63.

³ Морозов В.П. Правовые взгляды и учреждения при социализме. М.: Изд-во МГУ, 1967. С. 39.

⁴ Неновски Нено. Преемственность в праве. М.: Юрид. лит., 1977. С. 38-39.

И все же ни признание социалистического права новым и высшим типом, ни лишение его генетических связей, исторических корней не изменило сути основного идеологического постулата о нем как об «узком горизонте буржуазного права», который должен быть перейден. Тем самым судьба социалистического права с момента его возникновения была предreshена: как самостоятельное явление оно должно отмереть, правда, преобразуясь, трансформируясь в отдельных своих свойствах в нормы коммунистического общества. Но отмирание это не что иное, как форма социалистического отрицания. Поэтому не случайно, оценивая со знаком минус появление на свет права вообще, отрицая единство и взаимосвязь права различных стадий цивилизаций, классово-этическая теория неизбежно приходит и к отрицанию социалистического права.

Существует примат государства над правом. «Право находится в подчиненном от государства отношении»¹. Приоритет государства над правом обосновывается в плоскости механизма политики господствующего класса, где государство — главное средство осуществления классовой политической диктатуры и классового господства. Право же является властным приказом, совокупностью обязательных предписаний, прямо исходящих от государства, выступающих в качестве его орудия, инструмента.

Право всегда формируется при обязательном участии государства. Оно устанавливается либо санкционируется государством. Государство выступает единственным источником права. Вообще вне правотворчества государства право немыслимо. «Чтобы запрещать или

¹ Лесной В.М. Социалистическая революция и государственный аппарат. М.: Юрид. лит., 1968. С. 214; а также см.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Исторические типы государства и права. М.: Юрид. лит., 1971. С. 421-422.

предписывать, – утверждал В.И. Ленин, – надо быть властью в государстве»¹.

Главное предназначение права – обслуживать сильную государственную власть. Отсюда не только в конституировании права, но и в формировании его свойств, механизма, функций решающая роль отводится государству. При определенных, в основном чрезвычайных, условиях государство вообще может отказаться от услуг права, т.е. считать себя не связанным никакими законами, заменив их непосредственным насилием, иными внеправовыми средствами воздействия на общественную жизнь.

Роль материальных условий жизни по отношению к праву можно назвать определяющей. Именно экономический базис порождает саму потребность в использовании правовой формы, обуславливает содержание отраслей и институтов права, цели и задачи правового регулирования в данную историческую эпоху. Все другие социальные факторы: политические, культурные, исторические, национальные, личностные и т.д., влияющие на право, имеют подчиненное, зависимое значение по сравнению с экономическими.

Сложившись под воздействием прежде всего производственных отношений и будучи в этом смысле их следствием, право не может быть выше, чем экономический строй общества. А это значит, что с помощью права создаются не любые условия, обеспечивающие урегулированность и упорядоченность во всех сферах общества, а только те, возможность существования которых обусловлена достигнутым социально-экономическим уровнем. А так как люди не вольны выбирать по своему усмотрению те или иные общественные отношения (каждое поколение застывает их уже готовыми), то юридические законы не могут устанавливать права и обязанности, не подкрепленные эконо-

¹ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 32. С. 340.

мическим строем общества. Тем самым в полную зависимость от состояния экономики ставилась сама возможность существования всех прав человека, включая и личные. Итак, право, правовой порядок существуют тогда и только тогда, когда нормы права выступают как адекватная форма выражения экономических условий.

Не существует различия между правом и законом. По сути это тождественные понятия. Необходимо всячески утверждать верховенство, господство и даже диктатуру закона, независимо от его содержания, ибо каким бы ни был закон, он всегда лучше произвола, открытого своеволия. Жесткое отстаивание идеи единства права и закона обусловливается следующими причинами. Во-первых, сосредоточением основных средств производства в руках государства, плановым ведением народного хозяйства, закреплением в законе государственной воли трудящихся во главе с рабочим классом. Это неизбежно делает законы по своему содержанию справедливыми, прогрессивными и цивилизованными.

Во-вторых, наличием единственного юридического источника (моноисточника) – нормативного правового акта.

Под общим термином «нормативный акт» объединяются все законы и подзаконные акты, содержащие нормы права. Ключевым в данной ассоциации нормативных актов является понятие закона. Производным от него стало понятие «законодательство», охватывающее не только законы, но и всю совокупность иных нормативных актов. Широкое толкование понятия «законодательство» получило распространение в теории и на практике и считалось не только возможным, но и оправданным. Не случайно процесс совершенствования законодательства представляется как процесс развития всей системы нормативных актов. В частности, с таких расширительных позиций подходили разрабаты-

ки «Систематического собрания действующего законодательства», Сводов законов СССР и РСФСР. Таким образом, всякий нормативный акт (включая ведомственную инструкцию, приказ), если он исходит от компетентного властного органа без каких-либо уточнений и оговорок, именуется актом законодательства, а значит и правом¹.

В-третьих, для субъектов нормореализации, пока закон не отменен, недопустимо ставить свое мнение о его нецелесообразности выше действующего права². «...Наш советский законодатель, которому с горы виднее, – утверждал М.И. Калинин, – вырабатывая тот или другой закон, должен и, конечно, имеет в виду создать закон, революционно наиболее целесообразный и только революционно целесообразный. Никаких других законов, кроме целесообразных, у нас быть не может и не должно. Как только закон перестает быть революционно целесообразным, он должен быть тотчас же отменен и заменен другим. Однако это не значит, что воп-

¹ Широкий взгляд на термины «закон», «законодательство» не есть изобретение Советской власти. Истоки его берут начало значительно раньше. Так, в Основных законах Российской империи издания 1892 г. в статье 53 восьмой главы «О законах» содержался следующий перечень правовых форм, в которых издавались законы: уложения, уставы, учреждения, грамоты, положения, указы (инструкции), манифесты, указы, мнения Государственного совета и доклады, «удостоенные высочайшего утверждения». Следовательно, законом считалось, по существу, любое волеизъявление царя, облеченное в определённую правовую форму. В законодательстве не указывалось, чем одна форма закона отличается от другой и в каких случаях применяется та или иная, хотя практика выработала традицию их применения. Следствием такого положения вещей было то, что одинаковой юридической силой обладали закон и указ» (Кравец И.А. Конституционализм и российская государственность в начале XX века: Учеб. пособие. М.: ИВЦ «Маркетинг»; Новосибирск: ООО Изд-во ЮКЭА, 2000. С. 34-35).

² См.: Чхиквадзе В.М. Государство. Демократия. Законность. Ленинские идеи и современность. М.: Юрид. лит., 1967. С. 394-395.

рос о том, применять или нет существующий закон, должен решаться в зависимости от взгляда того или иного товарища... Вопрос о целесообразности закона решается коллективным разумом законодателя, а не разумом отдельных товарищей...»¹.

Итак, целесообразность за рамками закона не существует. Действующий закон непререкаем. Следует делать только одно – точно и неуклонно соблюдать и исполнять закон, ни по каким соображениям, ни при каких условиях не допуская ни малейшего отступления от него.

Правда, допускалось некоторое несовпадение понятий права и закона. Например, «...в период становления Советского государства, когда в качестве источников права фигурировали пролетарское правосознание, политика рабоче-крестьянского правительства и мета-правовые факторы»². Однако с победой социализма единство права и закона приобретает необратимый характер.

Не существует прав человека независимо от признания их государственной властью и закрепления в законодательстве. С.Ф. Кечежян писал, что «независимые от действующих правовых норм «права человека» представляют собой не что иное, как притязания, обусловленные правовыми и моральными взглядами, – то, что нередко называют моральными правами»³.

Поэтому неправильно полагать, что неюридические права человека каким-то образом возвышаются над законами государства, а тем самым и над властью в государстве, являются «вечными» и за-

¹ Цит. по кн.: Чхиквадзе В.М. Государство. Демократия. Законность. С. 395.

² Из выступления А.Ф. Черданцева. О понимании права: «круглый стол» // Сов. гос-во и право. 1979. № 7. С. 68.

³ Кечежян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1959. С. 20.

ложены в самой природе человека¹. Только государственное признание прав человека, внесение их в законодательство придают им новое политико-юридическое свойство, отраженное в понятии «права гражданина».

Права гражданина не являются простым «даром» государства-законодателя. Их источник – не юридические нормы, а материальные условия жизни. Это значит, что права и свободы предоставляются исходя из уровня экономического и политического развития данного государства. Кроме того, государства различного исторического типа предоставляют гражданам неодинаковые права и свободы. В этом отношении между капиталистическими и социалистическими странами существует значительная разница в пользу последних.

Следовательно, создание какого-либо единого, универсального каталога юридических прав для всех людей вне зависимости от их принадлежности к определенной политической системе в принципе невозможно.

Термин «права человека», по сути дела, принадлежит к сфере международного права. Зафиксированные в актах международного права положения о правах человека представляют собой общедемократические требования и выступают в качестве своего рода рекомендаций государствам по этим демократическим требованиям. Трансформируясь в права граждан, они становятся юридическими правами, т.е. правовой реальностью внутри той или иной страны, когда признаются конкретными государствами и закрепляются в конституциях как официальный государственно-правовой институт. Образцом в данном отношении считалась Конституция СССР 1977 г. В основе ее построения лежала концепция государственно-признанных прав личности. В разделе II «Государство и личность» отсутствует понятие «права человека», а употребляются лишь «права граждан».

¹ См.: Государство и право развитого социализма в СССР. Л.: Изд-во ЛГУ, 1977. С. 113.

Таким образом, государство предоставляет права и свободы не в силу человеческой сущности граждан, а делает это именно потому, что оно есть государство; из его сути, как облеченной властью политической организации, вытекает, что для всех живущих в нем лиц определен более или менее широкий круг основных прав. Их провозглашением государство как бы провозглашает самое себя¹.

Отсюда вполне объяснимо преобладание разрешительного типа правового регулирования, широкое распространение юридических ограничений, запретов, допустимость совпадения обязанностей и прав, добровольно-принудительного характера их реализации.

Право обеспечивается государственным принуждением. Принудительность – важнейшее свойство права, без которого его существование, функционирование невозможно, причем не только в классово-антагонистическом обществе. Обосновывая необходимость права при социализме прежде всего экономическими причинами, В.И. Ленин указывал, что сознание членов общества еще не поднялось до того уровня, чтобы труд стал для них первой жизненной потребностью, а производительные силы еще не достигали такого высокого развития, чтобы обеспечить изобилие материальных благ и полное удовлетворение запросов всех членов общества. Поэтому, «...не впадая в утопизм, нельзя думать, что, свергнув капитализм, люди сразу научаются работать на общество без всяких норм права, да и экономических предпосылок такой перемены отмена капитализма не дает сразу»².

Только при коммунизме, когда нет различия между членами общества по их отношению к общественным средствам производства, когда исчезнет государство и можно говорить о свободе, «...люди постепенно при-

¹ Сабо Имре. Идеологическая борьба и права человека. М.: Юрид., лит. 1978. С. 35.

² Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 33. С. 95.

выкнут к соблюдению элементарных, веками известных, тысячелетиями повторяющихся во всех прописях правил общежития, к соблюдению их без насилия, без принуждения, без подчинения, без особого аппарата для принуждения, который называется государство»¹. Право же «есть ничто без аппарата, способного принуждать к соблюдению норм права»².

Сформулированные классиком марксизма-ленинизма положения относительно принудительности в праве являются принципиальными для классово-эстетической теории. Как было показано, право представляет собой силу, извне навязанную обществу. Раз это так, то содержащиеся в юридических нормах повеления, приказы к должному поведению в интересах государства объективно могут быть реализованы не иначе, как принудительно. Отсюда логичны следующие суждения: «Право – непосредственно принудительная сила, система правил, осуществляемых в принудительном порядке»³, «Государство обеспечивает соблюдение и исполнение правовых норм, заставляя людей повиноваться законам и иным нормам права...»⁴, «Вся ценность права состоит в возможности его принудительного осуществления»⁵.

Тем самым в правовом регулировании принудительности придается универсальное, всеобщее значение. Властное, административно-командное воздействие права имеет место во всех случаях и в отношении всех субъектов, включая и добровольно осуществляющих закон (правомерноведающих). Распространение принудительности правовой нормы только на тех лиц, которые её нарушали, умалило бы обязывающее и организующее значение диспозиции и свело бы значение нормы только к её санкциям. Правовая норма всегда остается

¹ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 33. С. 89.

² Там же. С. 99.

³ Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938. С. 155, 183.

⁴ Теория государства и права. Основы марксистско-ленинского учения о государстве и праве. М., 1962. С. 35.

⁵ Гражданское право. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1969. С. 253.

государственным велением, и в этом заключается ее государственно-принудительный характер¹.

Итак, освещены основные идеи первого подхода к пониманию права. В отечественной теоретической правовой мысли ему длительное время принадлежала абсолютная пальма первенства. Не менее впечатляюще его влияние на практику государственно-правового строительства как царской России, так и Советского государства. Это и дает основания говорить об этактическом подходе к раскрытию права как определенной, устоявшейся традиции (конечно, с учетом специфики её проявления в дореволюционный и послереволюционный периоды развития общества, государства и права).

Можно ли утверждать, что этактический подход совместим с многоаспектным видением права? Нет, нельзя. Упор в нем сделан на нормативную школу права, причем в ее наиболее жестком варианте, что, кстати, затеняет ее положительные стороны. Право при такой интерпретации берется как данное, как свод норм должного, внешняя по отношению к индивиду система правил, призванных руководить поведением².

Личности в таком «праве» отводится роль малозаметная, зависимая. Для нее главное – не задумываясь повиноваться детальным властным велениям, приказам. Преобладание же навязанных извне запретов и ограничений при одновременной засекреченности значительной части нормативных документов, касающихся прав и обязанностей личности, все более усиливало ее отчуждение от права.

Этому содействовало насаждаемое официальной советской идеологией ожидание отмирания права как навязанного, насильно насаждаемого, а значит, противоестественного. В связи с чем вряд ли можно удивляться тому, что следствием классово-этактического представления о праве стали правовой нигилизм, низкий

¹ См.: Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. Львов, 1959. С. 37.

² См.: Правовая система социализма. Кн. 1. С. 22.

уровень правосознания, правовой культуры, подмена права произволом, называемого почему-то целесообразностью.

На таком фоне естественно-правовая концепция могла рассматриваться не иначе как враждебная. Из социологической теории бралось лишь то, что позволяло раскрыть право как явление, не имеющее своей истории и перспективы, полностью зависимое от государства и обеспечивающее проведение в жизнь его интересов.

Перестройка в СССР, а затем либерализация социально-экономической, политической жизни в России коренным образом меняют содержание и направления правовой мысли. Становятся востребованными учения о правовом государстве, гражданском обществе, правах человека. Поиск новых подходов в изучении права, позволяющих соединить воедино все достоинства известных правовых теорий, стал особо актуален. «По мере разработки новых концепций, — писал Р.З. Лившиц, — очевидно, будет найдено взаимоприемлемое сочетание правовых школ на основе понимания права как средства социального компромисса»¹.

По мнению С.С. Алексеева, различные трактовки права не отторгают друг друга, если в их основе лежит освещение права как явления цивилизации и культуры².

При определенном различии предлагаемых критериев общим, сближающим авторские позиции является включение в орбиту вопроса о понятии права, человека, его прав и свобод. Ставится задача прежде всего найти подход к праву, в котором его философское осмысление должно быть полностью ориентировано на человека. «В новом правопонимании, — пишет Г.В. Мальцев, — я надеюсь, будет выражен исконный смысл

¹ Лившиц Р.З. Государство и право в современном обществе: необходимость новых подходов // Сов. гос-во и право. 1990. № 10. С. 19.

² См.: Алексеев С.С. Право: время новых подходов // Сов. гос-во и право. 1992. № 2. С. 5,7,9.

права, пробивавшийся в его историческом развитии, вопреки всем препятствиям и произволу, – обеспечение и защита человеческой свободы, определение ее возможностей, границ и гарантий»¹.

В чем же преимущество рассмотрения права в человеческом измерении и почему именно человекоцентристский подход более адекватно выражает идею права? Ответу на этот вопрос и будет посвящен следующий параграф.

§ 2. Человекоцентристский подход к правопониманию

Методологической основой таких разработок стали философские, теоретико-правовые идеи, положения о свободе личности, естественных правах и свободах человека и гражданина, выдвинутые и развитые как западными зарубежными мыслителями, так и отечественными дореволюционными и советскими. И хотя сегодня достаточно проблемных моментов, противоположных мнений на сей счёт, можно утверждать, что современное правопонимание без человеческого измерения невозможно.

Представляется, что право в человеческом измерении характеризуется следующими чертами.

Возникновение права – закономерный, естественно-исторический процесс, связанный с переходом человечества от первобытного (родового) общества на новую более высокую ступень социального развития. Родовой строй – самая первая, низшая, наиболее примитивная форма организации общежития людей. Его жизнеспособность в силу известных причин поддерживалась коллективным трудом, совместной ответственностью, уравнительным распределением. Поэтому человек, еще не оторвавшийся от пуповины естествен-

¹ Право, свобода, демократия: Материалы «круглого стола» // Вopr. философии. 1990. № 6. С. 17.

но-родовых связей (К. Маркс), был вне общины – ничто. Он не только не помышлял о выделении из общества, но и не осознавал самого себя его членом, своё «я», свою личность. Не было и не могло быть у него и обособленных от коллектива социальных потребностей и интересов. В своем сознании и своей деятельности человек отождествлял себя с родом, и всё сделанное им воспринималось как сделанное родом. Так, всякое преступление, совершенное членом рода, влекло ответственность рода, любого сородича¹.

Поглощение личного общественным предопределяет важнейшую особенность нормативного регулирования при первобытности. Вырастая из стихийной потребности людей держаться вместе и действовать сообща², нормы поведения того времени были направлены на обеспечение господства «целого», его приоритета над личным (да так, чтобы человек, как автономная личность, по существу не выделялся, не обособлялся от целого)³.

Это во многом объясняет, почему первобытные нормы зарождаются как запреты, да ещё в форме табу. По данным этнографии, весьма вероятно, что формы табу носили все первые нормы поведения, в том числе и такие, которые имели позитивное содержание⁴.

Отношения, построенные на подчинении человека коллективу, характерны в целом для всего первобытного общества. И все же нельзя не видеть различие между, например, раннеродовой и позднеродовой общинами. «Если в начале жизнь и деятельность отдельных лиц, – писал выдающийся русский философ В.С. Соловьев, – вполне определялась историческим бытом народа как целого и представляла в своем корне лишь

¹ См.: Леббон Дж. Начало цивилизации. СПб., 1857. С. 309-310.

² См.: История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. М.: Наука, 1986. С. 394, 554.

³ См.: Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1994. С. 34.

⁴ См.: История первобытного общества. Общие вопросы. Проблема антропосоциогенеза. М.: Наука, 1983. С. 244, 315.

произведение тех условий, которые органически выработались народной историей, то с дальнейшим развитием, наоборот, сама история всё более и более определяется свободной деятельностью отдельных лиц и весь народный быт становится все более и более лишь осуществлением этой личной деятельности... Стремление личности к самоутверждению и к полнейшему высвобождению из первобытного единства родовой жизни остается фактом всеобщим и несомненным»¹.

Все усиливающаяся тенденция к отчуждению индивида от рода неизбежно ведет к распаду первобытной общины. И это закономерно. Нарождающаяся в позднеродовой период личность с её устремлением к свободе и независимости уже не вписывается в модель «род-человек», имеющую для первобытного общественного сознания свой довольно однозначный коллективистский вид².

Отсюда родоплеменной строй прекращает свое существование там и тогда, где и когда становится объективно и субъективно возможной самостоятельная, обособленная от общины жизнь людей, преследующих свои личные (частные) интересы, коренным образом отличающиеся от всеобщих коллективистских. Да иначе, думается, и быть не могло, ведь в условиях первобытности индивидуальное (персонифицированное) и коллективное (безличное) – это антиподы, взаимоисключающие явления, и противоречия между ними не могут быть примирены. Родовая организация общества, сыграв свою необходимую роль в

¹ Соловьев В.С. Предварительные замечания о праве вообще // Власть и право: Из истории русской правовой мысли. С. 91-92.

² Эту мысль подтверждают и современные исследователи первобытного общества, отмечая, что гибкость «первобытных обычаев, которые далеко не всегда угнетали и подавляли личность; напротив, обычай и общественное сознание давали и тогда выдающейся личности определенные возможности для самовыражения, инициативы, личной деятельности» (История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. С. 516).

становлении человечества, уходит с исторической арены. На смену ей приходит эра, получившая название «цивилизация» (от латинского *civis* – гражданин), где ведущее положение занимает свободная, реализующая и свои собственные интересы личность.

Превращение человека из просто члена родоплеменного коллектива в активного преобразователя, сознательного творца своего и общественного бытия, существенно трансформирует содержание нормативного регулирования. Появляются социальные нормы, которые «...основываются в первую очередь на представлении гарантированных обществом мер возможной деятельности, свободы пользования соответствующими социальными благами, на установлении определенного круга прав личности...»¹. Так рождается право. Именно как право: оно не запрещает и ограничивает, а предоставляет права, свободу выбора и деятельности, благодаря чему процесс обретения человеком качеств автономной личности становится необратимым.

Вместе с тем необратимость процесса обособления отдельного человека от «целого» и выделение правовых качеств личности не означают, что на заре цивилизации сложились все необходимые условия для признания свободным и равным каждого индивидуума или, как выражался И. Кант, его способность быть господином себе самому.

Не был преодолен в сознании и поведении многих людей тысячелетний опыт аморфной, без собственного «я» жизни. Невозможно было и принудительное осчастливливание, и принудительное совершенствование, освобождение людей. К тому же право – принципиальная антитеза патернализма².

Поэтому закономерно, что формирование личности было сопряжено с выделением из рода прежде всего наиболее зрелых, способных и деятельных индивидов,

¹ Явич Л.С. Право и социализм. М.: Юрид. лит., 1982. С. 13.

² См.: Соловьев Э.О. Личность и право // Вопр. философии. 1989. № 8. С. 68.

преследующих свои частные интересы и объединяющихся для их утверждения в социальные группы, классы. Более того, развитие человечества (а значит, и движение его по пути прогресса, свободы, права), писал К. Маркс, «вначале совершается за счет большинства человеческих индивидов и даже целых человеческих классов... что, стало быть, более высокое развитие индивидуальности покупается только ценой такого исторического процесса, в ходе которого индивиды приносятся в жертву»¹.

Таким образом, право как «царство осуществленной свободы» (Гегель) входит в жизнь в ущерб равенству. Но иначе ни свободная личность, ни право возникнуть и существовать не могли, а «...развитие всего человеческого рода должно быть задержано ради обеспечения блага отдельных индивидов...»².

Многие столетия в государственно-организованном обществе ушли на преодоление (с перерывами, поворотами назад, зигзагами) ограниченности, неразвитости права, на преобразование каждого человека в правовую, т.е. в полном смысле этого слова свободную и равную личность. Это был путь, полный драматизма, классовых столкновений, но именно он вел к заветной цели. Негативная сторона этого процесса достаточно полно описана в литературе, в связи с чем здесь будут освещены, главным образом, его позитивные моменты. Для более полной достоверности обратимся к истории.

Специфика социализации была в том, что «индивид включался в социальную структуру либо в качестве свободного, либо в качестве раба»³. Соответственно, «главное разделение в праве, — замечал в своих «Институциях» (кн.1, гл. 9) знаменитый римский юрист Гай (II в.), — состоит в том, что все люди — или свободные, или рабы»⁴.

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 26. Ч. II. С. 123.

² Там же. С. 123.

³ Спиридонов Л.И. Социальное развитие и право. Л.: Изд-во ЛГУ, 1973. С. 95.

⁴ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. М.: Юрид. лит., 1984. С. 54.

Так, свобода, например, граждан в древних республиках вся покоилась на рабстве. Но сам этот её «узкий» характер делал свободу пригодной ...для известной ступени развития¹. «Только рабство, – подчеркивал Ф. Энгельс, – ...создало условия для расцвета культуры древнего мира...Без рабства не было бы греческого государства, греческого искусства, греческой науки, без рабства не было бы и римской империи... Даже для самих рабов это было прогрессом: военнопленные, из которых вербовалась основная масса рабов, оставалась теперь, по крайней мере, в живых, между тем как прежде их убивали»².

Но не только в этом заключалось отличие положения раба от положения первобытного человека. Будучи социально-экономически противопоставлен свободной части членов общества, раб стал носителем особых интересов и в этом смысле получил большую степень общественного признания и свободы, нежели первобытный человек³. Ведь «...первобытная несвобода... глубже и полнее, чем рабство»⁴.

В уже упоминавшихся «Институциях» Гая в книге 1 гл. 53 записано: «...в настоящее время никому из подданных римского народа не дозволяется чрезмерно жестоко поступать со своими рабами без законной причины. По постановлению императора Антония тот, кто без причины убьет своего раба, подвергается не меньшей ответственности, чем тот, кто убил чужого раба»⁵.

¹ См.: Чичерин Б.Н. Свобода в государстве // Власть и право. С. 33.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 20. С. 185-187.

³ См.: Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Алма-Ата, 1992. С. 17.

⁴ Поршнев Б.Ф. Периодизация всемирного исторического процесса у Гегеля и Маркса // Философские науки. 1969. № 2. С. 61; См. также: Косарев А.И. О поступательном развитии права в эксплуататорских формациях // Правоведение. 1977. № 4. С. 85; Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. С. 54-55.

⁵ Перетерский И.С. Дигесты Юстиниана. М., 1956. С. 102-103.

Безусловно, более значимо то, что уже тогда раба могли перевести в сословие свободных людей. Доказательством этому служит институт вольноотпущенных. «По праву народов, – писал видный римский юрист Ульпиан, – возникает три вида людей: свободные и противоположные – рабы и третий вид – отпущенники, то есть те, кто перестал быть рабами»¹. И хотя свобода давалась с разрешения, по милости хозяина, и до настоящего равенства было ещё далеко, процедура отпущения была регламентирована законом, а переставший быть рабом человек получал правовую гарантию своей свободы.

В феодальном обществе, в сравнении с рабовладельческим, все члены рода «человек» – субъекты права, в том числе и крепостные крестьяне. Так, в XI–XII столетиях было сформулировано правовое понятие серважа («прикрепленный к земле»). «...С тех пор зависимость сервов получила юридическое определение, а это значило, что серваж стал предметом прав и обязанностей...

Более того, серв получил возможность выкупаться из зависимости, он мог стать свободным, получив вольную... Это был юридический процесс, который обычно происходил в форме символической церемонии – получения письменной грамоты, даваемой на условиях немедленной уплаты некой суммы денег или принятия переходящего на наследников серва постоянного обязательства вносить определенную плату или исполнять определенные службы. Это не значит, что серв перестал быть бедным и угнетенным. Это означало только, что он приобрел права в определенной правовой системе. Отныне он был личностью...»²

Обретение статуса личности позволяло активным индивидам, находящимся на низших ступенях сословной лестницы, передвигаться на более высокие ступе-

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. С. 54-55.

² Берман Г.Д. Западная традиция права: эпоха формирования. С. 311.

ни, а значит, увеличивать объем прав, свободу выбора и деятельности. «Индивид, — подчеркивает Г.Д. Берман, говоря о городском праве XII столетия, — не существовал в правовом отношении иначе как член одного или более субсообществ в рамках целого, и его индивидуальная свобода состояла главным образом в его мобильности, то есть способности передвигаться из одного сообщества в другое или обращаться к одному сообществу за защитой от другого»¹.

Со временем позитивные ресурсы феодализма в человеческом плане начинают иссякать. Сословные привилегии, сохраняющаяся личная зависимость людей становится анахронизмом. И не случайно там, где на смену феодализму приходит капитализм, происходит юридическое признание свободы и равных прав за всеми без исключения, независимо от социального происхождения, сословной принадлежности, вероисповедания и т.п. Другими словами, человечество созревает не только до сознания того, что по природе всякий человек рождается свободным (о чем говорили ещё и римские юристы, и французские короли в средние века)², но и до реализации гуманистической идеи: «свободное развитие каждого есть условие свободного развития всех».

¹ Берман Г.Д. Западная традиция права: эпоха формирования. С. 369.

² Например, «...французские короли Людовик X и Филипп Длинный, провозгласившие в 1315 и 1318 г. г. освобождение сервов на некоторых землях короны, выражались так...: «Поскольку по закону природы всякий человек должен рождаться свободным, но из-за некоторых обыкновений и обычаев великой давности, сохранившихся в нашем королевстве...и, быть может, из-за злоупотреблений предков, некоторые люди из нашего простого народа впали в узы несвободы и разные состояния, которые нас очень огорчили, тем более что королевство наше именуется Королевством франков (т.е. «свободных людей»...)... мы приказали...чтобы эти несвободы были приведены к свободе, и тем, кто по рождению или давности или недавно по браку или месту жительства впаи в несвободное состояние, да будет дана свобода на добрых и удобных условиях» (Цит. по кн.: Берман Г.Д. Западная традиция права. С. 313-314).

В идеале уже тогда, в раннем капитализме, свобода и равенство виделись в неразрывном единстве, хотя реально их соединение будет сложнейшей задачей и труднейшим испытанием для мирового сообщества и на это уйдёт не одно столетие. Существуют здесь проблемы и по сей день. В данной связи вызывает возражение следующее суждение: «Процесс становления прав и обязанностей человека исторически соответствует формированию личности. Но на определённом этапе развития общества этот процесс искажается юридическим закреплением и фактическим осуществлением господства эксплуататорских классов (за права человека, соответствующие уровню развития производительных сил того времени, боролись и рабы)»¹.

Представляется, что разделение общества на классы не исказило процесс правообразования и формирования личности, а, напротив, вызвало его к жизни. Ведь «классовость как выражение передовых устремлений господствующего класса – мощный двигатель прогресса»². Как было показано выше, свободная, праводеееспособная личность первоначально объективно могла появиться лишь только за счёт целых человеческих классов и в ущерб равенству, поскольку для посвящения всех сразу в свободные и равные ни природных, ни социальных условий не существовало. Благодаря же классовым противоречиям и различным формам их разрешения (хотя с замедлением, топтанием на месте, а то и движением вспять) происходило постепенное и неуклонное расширение правового пространства и вовлечение в него всё новых и новых свободных индивидов, пока отношения личной зависимости не были полностью устранены.

Таким образом, после освобождения человека от родовых пут и вхождения в правовое пространство государственного-организованного общества начинается про-

¹ Кучинский В.А. Личность, свобода, право. М.: Юрид. лит., 1978. С. 28-29.

² Косарев А.И. О поступательном развитии права в эксплуататорских формациях. С. 85.

цесс формирования свободной правовой личности и вся история человечества с этого момента «есть история расширения юридического признания свободы личности...»¹.

Важнейшей гарантией необратимости данного процесса является преемственность права различных стадий цивилизации, его постепенное, поступательное развитие как явления цивилизации и культуры. Поэтому трудно согласиться с утверждением Э.Ю. Соловьёва, о том, что «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... Право при этом придётся признать весьма поздним продуктом истории, появившимся лишь после того, как прозвучали великие декларации прав человека и гражданина»².

Необходим многофакторный подход к характеристике права³. Любая попытка выделять в системе компонентов, влияющих на право, какой-то один веду-

¹ Вишняк М.В. Личность в праве. М., 1917. С. 85. Такой путь развития права, формирования личности связывается с западной традицией, которой придерживается современная Россия. «В традиции народов Азии...общество управляется в первую очередь не путем распределения прав и обязанностей..., а путем поддержания правильных отношений между членами семьи, между семьями...в границах определенной местности и под главенством императора. Общественная гармония гораздо важнее, чем «дать каждому по заслугам». Да и «каждый» и не мыслится отдельно от его общества или от вселенной, «каждый» – это неотъемлемая часть системы общественных отношений, подчиненной Принципу Неба. Поэтому в древних цивилизациях Азии подчеркивались традиционные, коллективные, интуитивные стороны жизни, а стороны интеллектуальные, аналитические, правовые были с ними слиты и им подчинены (Берман Г.Д. Западная традиция права. С. 87).

² Право, свобода, демократия: Материалы «круглого стола» // Вopr. философии. 1990. № 6. С. 6.

³ См.: Шахназаров Г. В поисках утраченной идеи // Коммунист. 1991. № 5. С. 23.

щий, обуславливающий все остальные, несостоятельна. Красноречивым свидетельством тому стал опыт нашей страны, других бывших социалистических государств Восточной Европы, провозгласивших главенствующую роль способа производства по отношению к праву. В конечном счёте возведённая в абсолют формула «право не может быть иным, чем экономический строй общества» привела к оправданию просчетов, ошибок в сфере экономики, в результате которых право (не только вопреки социальным законам, но и здравому смыслу) на десятилетия обречено было оставаться неразвитым, ограниченным, а то и вообще заменялось произволом.

Определяющее воздействие на право оказывают много факторов: экономика (различные формы собственности, предпринимательство, конкуренция), политика (форма правления, политический режим), культура (духовное и нравственное развитие общества), идеология (господствующие политико-правовые идеи, теории), религия (христианство, ислам, иудаизм, буддизм), национальные и исторические традиции (западные, восточные) и т.д. Другое дело, что их комбинация, сила побуждающей энергии каждого фактора могут быть неодинаковы на различных стадиях цивилизации и у разных народов.

Самостоятельное место среди факторов занимает само право. Возникнув, оно начинает своё независимое историческое существование и развитие, выступая как одна из причин, а не только как следствие, один из результатов¹ действия экономического, политического и иных названных факторов. Ведь не случайно восстания рабов, крестьянские войны, революционные выступления буржуазии, рабочих велись в том числе и за свободу и справедливость, т.е. имели определённое правовое содержание. Поэтому следует признать не нашедшим подтверждения положение Марк-

¹ Берман Г.Д. Указ. соч. С. 57.

са и Энгельса о том, что «право...не имеет своей собственной истории...»¹

Невозможно право и без появления автономной личности, для которой свобода – это естественная потребность, непереносимое условие существования с себе подобными. «Право, – замечает В.Д. Зорькин, – предполагает наличие субъекта права, т.е. личности, обладающей разумом и свободой...»²

Итак, право обусловлено разнообразными факторами. В реальной жизни ни один из них не имеет преимуществ перед другими, они действуют совместно, параллельно, взаимно влияя друг на друга.

Главное в праве – права и свободы личности.

«Ничто человека в большее уныние привести не может, – писал русский философ А.Я. Поленов, – как лишение соединённых с человечеством прав»³. Право без прав личности так же невозможно, как права без и вне права⁴. Это позволяет говорить о праве как свойстве личности; выделять правовую сторону личности, содержание которой составляют права и свободы.

Права и свободы возникли и развивались на основе биологической (анатомо-физиологической), психологической и социальной сущности человека, а отсюда имеют естественный характер, неотчуждаемы. Это, видимо, явилось одной из причин считать их известными уже в первобытном обществе.

Однако, как было показано выше, открытие и формулирование института прав и свобод произошло значительно позднее, в период перехода от первобытности к цивилизации, когда человек стал на собственном опыте

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 3. С. 64.

² Вопросы философии. 1990. № 6. С. 21.

³ Поленов А.Я. О крепостном состоянии крестьян в России // Русская философия собственности XVIII-XX вв. М., 1993. С. 39.

⁴ См.: Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. М.: Юрист, 1994. С. 311.

убеждаться в преимуществах свободной, по своей воле и в своих интересах деятельности. Немецкий естествоиспытатель и социальный мыслитель В. Гумбольдт утверждал: «...Ничто не способствует в такой мере достижению зрелости, необходимой для свободы, как сама свобода...Недостаток зрелости, необходимый для получения свободы, может проистекать только из недостатка интеллектуальных и моральных сил...Это требует работы, а работа – свободы, пробуждающей самостоятельность»¹. Другими словами, когда происходит превращение индивида в автономную, независимую личность. «Человеческая личность, – замечает французский юрист Жак Мартон, – имеет права именно потому, что она личность, полный хозяин самому себе и своим поступкам...»²

Итак, только личность как более сложный и поздний продукт природы и общества стала обладателем прав и свобод.

В то же время значительная часть людей была не готова к самостоятельности, не могла выйти из своего подопечного положения, оставалась в личной зависимости. Не существовало материальных, социальных, духовных условий для всеобщего освобождения людей. Поэтому формирование личности, её прав происходило на фоне противостояния людей и даже целых классов друг другу, их взаимного отчуждения. Понятно, что в обстановке социального катаклизма для существования и развития личности от общества требовались признание, поддержка, привилегии, надежная охрана и защита. Эти ожидания личности оправдались только с возникновением государства. В нём личность обретает статус гражданина (подданного), становится носителем официально закреплённого и гарантированного комплекса прав и свобод. С тех пор права гражданина связываются с позитивным правом, то есть правом, исходящим от

¹ Гумбольдт В. Язык и философия культуры. М., 1985. С. 137.

² Цит. по кн.: Сабо Имре. Идеологическая борьба и права человека. С. 25.

государства. А общество начинает видеть в самодеятельном, инициативном, преследующем свой частный интерес поведении личности норму, а не патологию. Всё сказанное позволяет отнести открытие, признание и утверждение прав личности к величайшим достижениям земной цивилизации.

И всё же, при всей значительности произошедшего события, не привело ли государственное признание прав гражданина к ограничению прав человека? Думается, не привело. С подобным утверждением следовало бы согласиться, если исходить из предположения о возникновении праводеееспособной личности в момент отделения человека от животного мира. Но это не что иное, как упрощение социо- и правогенеза. Человеку в процессе эволюции ещё только предстояло открыть своё «Я», проявить свою автономность, индивидуальность, осознать и оценить потребность в праве (правах). В этом смысле справедливо звучит положение, что личностью не рождаются, а становятся. Так что говорить об ограничении прав человека на «пороге» цивилизации нет оснований, наоборот, обществу, государству удалось спасти, отстоять человеческую личность, её права, найти первую наиболее жизнеспособную форму их существования в лице гражданина (подданного), ибо гражданин – это «личность в её отношении к государству и праву...»¹.

Государственное признание как закономерный исторический процесс не изменило природной, социальной сущности личности, естественного характера её прав, поскольку государство не дарует, не создаёт и даже не распределяет права по своему произволу, а лишь формулирует, закрепляет и обеспечивает их.

Другое дело, что преобразование человеческой личности в гражданина стало не венцом, а только началом решения глобальной проблемы соединения

¹ Мальцев Г.В. Социалистическое право и свобода личности. М.: Юрид. лит., 1968. С. 19.

всего рода «человек» с правом. Уже отмечалось, что при возникновении государственно-организованного общества в силу объективно-субъективных причин задатки индивидуальности и личности проявились не в каждом человеке, соответственно не все люди сразу и везде обрели права и свободы. По тем же причинам было нереально тогда формальное равенство в правах и среди свободных людей. Следовательно, отсутствие прав у определённой части людей, а также неравенство в правах граждан (подданных и всех признаваемых государством свободных членов общества) имеет место, но оно зиждется не на чьей-то злой воле или произволе, а на противоречии, возникшем в результате освобождения человека от обезличенности, тотального коллективизма, несамостоятельности и обретения индивидуальности, независимости, автономности в обществе.

Это, как представляется, одно из основных противоречий двух эпох: первобытности и цивилизации. Разрешение данного противоречия не только привело к появлению первой жизнеспособной человеческой личности – гражданина (подданного), но и послужило толчком к формулированию ещё мыслителями древности идеи о естественном характере прав, о принадлежности их всем людям. «Все народы, которые управляются законами и обычаями, – писал римский юрист Гай, – пользуются частью своим собственным правом, частью общим правом всех людей»¹. При этом данное общее право он называл правом народов – правом, «...которое между всеми людьми установил естественный разум...»².

Ещё ранее, обосновывая положение о равенстве всех людей по природе, софист Антифон замечал: «По природе мы все во всех отношениях равны, притом (одинаково) и варвары и эллины. Здесь уместно обра-

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. С. 53.

² Там же. С. 53.

тить внимание на то, что у всех людей нужды от природы одинаковы»¹. Необходимо заметить, что все это, разумеется, было лишь теоретическим требованием, поскольку по действовавшему тогда праву (по выражению римских юристов «праву народов») рабство сохранялось, а значит, значительная часть людей не имела свободы, не обладала правами, была объектом права. И всё же данные идеи оказали серьёзное влияние на последующее развитие института прав и свобод человека.

В средние века начинается качественно новый этап в истории прав человека. В их пределах не только теоретически, а и практически посредством нормативных документов каждый человек в отдельности признаётся субъектом права, носителем того или иного объёма прав и свобод. Среди юридических документов, закрепивших права человека, особо выделим Хартию вольностей города Ларриса 1155 г. (Франция), Великую хартию вольностей 1215 г. (Англия), Псковскую Судную грамоту XIV-XV вв., Новгородскую Судную грамоту 1471 г., Петицию о правах 1628 г. (Англия) и др. Например, в Великой хартии вольностей права человека сформулированы следующим образом:

«Ни один свободный человек не будет арестован или заключён в тюрьму, или лишен владения, или объявлен стоящим вне закона, или изгнан, или каким-либо (иным) способом обездолен, и мы не пойдём на него и не пошлём на него иначе, как по законному приговору равных его (его прав) и по закону страны...

Никому не будем продавать права и справедливости, не будем никому отказывать в них или замедлять их...

Каждому пусть впредь будет позволено выезжать из нашего королевства и возвращаться в полной безопасности по суше и по воде, лишь сохраняя верность нам...

Если кто был лишён нами без законного приговора своих пэров (своих) земель, (своих) замков, своих

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

вольностей или своего права, мы немедленно же вернём ему их...»¹

Таким образом, в средние века вместо прежней поляризации между правосубъектностью свободного и бесправием раба² складывается общее правовое пространство того или иного государства, в которое включаются, в котором взаимодействуют все человеческие индивиды. Иной вопрос, что объём, полнота прав человека определялись его сословной принадлежностью, ибо формального равенства в те времена на правовом уровне ещё не существовало.

В XVII–XVIII вв. идея прав человека, благодаря усилиям наиболее известных представителей естественного права (Гроция, Гоббса, Спинозы, Локка, Руссо и др.), получает определенную концептуальную завершённость, что создало благоприятные условия для претворения этой идеи в реальной жизни отдельных государств, вытекающих из неё практических требований. Так, опираясь на работы нидерландских, английских и французских мыслителей и юристов, Т. Джефферсон и его соратники в Декларации независимости Соединённых Штатов Америки 4 июля 1776 г. записали: «...все люди сотворены равными, и все они одарены своим создателем некоторыми неотчуждаемыми правами, к числу которых принадлежат: жизнь, свобода и стремление к счастью. Для обеспечения этих прав учреждены среди людей правительства, заимствующие свою справедливую власть из согласия управляемых». Это и подобные ему положения о правах человека мы находим в таких выходящих в исторической и логической последовательности актах, как Конституция Соединённых Штатов Америки 17 октября 1787 г., Французская декларация прав

¹ Международное сотрудничество в области прав человека: Документы и материалы. Вып. 2. М.: Междунар. отношения, 1993. С. 7-8.

² См.: Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. С. 313.

человека и гражданина 26 августа 1789 г., Билль о правах 1789-1791 гг. (первые десять поправок к конституции США). Признание в отдельно взятых странах формального юридического равенства людей в правах и свободах стало величайшим событием в развитии человечества.

В то же время не только древнее (греческое, римское), средневековое право, но даже буржуазное право не могло подняться до закрепления равенства прав и свобод каждой личности независимо от государственных границ.

До признания всеобщего характера прав и свобод человека потребовалось значительное время, по истечении которого стало возможным увидеть в человеке не только праводеспособного гражданина конкретного государства, а и праводеспособного жителя планеты Земля. В процессе универсализации прав и свобод выдающуюся роль сыграли ключевые международно-правовые документы: Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. В Декларации подчеркивается, что «все люди рождаются свободными и равными в своём достоинстве...» (ст. 1), что «каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашёнными... Декларацией, без какого ни было различия...» (ст. 2). Всё это и позволяет утверждать, что главное в праве – человек, его права и свободы.

Государство не может стоять над правом, быть выше права, господствовать над ним. Право также необходимо государству, как государство праву. По своему содержанию право входит в общественную жизнь вместе с формирующейся (в недрах распадающегося первобытного общества) автономной личностью, и в этом смысле исторически уже имеется,

выступает как данное в виде фактически сложившейся определённой меры свободы – совокупности прав и свобод личности. «Если под правом понимать, наряду с юридическими нормами, также естественные и неотчуждаемые права человека, – пишет Н.И. Матузов, – то источником его будет уже не только государство»¹.

Ещё более категоричен в данном вопросе был Н.А. Бердяев, по мнению которого, «право имеет своим источником не то или иное положительное государство, а трансцендентную природу личности...»².

К. Маркс также считал, что государство в лице законодателя не творит прав и свобод личности, поскольку законодательная власть не создаёт закона, она лишь открывает и формулирует его³.

Итак, государство не порождает право, не является его непосредственным источником. Сделанный вывод, вместе с тем, ни в коем случае не следует воспринимать как умаление значения государства для возникновения и существования права, оно достаточно весомо.

Именно государству в начале человеческой цивилизации принадлежит пальма первенства в официальном оформлении, объективировании представлений, требований о правах и свободах личности в качестве общих правил поведения, распространении их на граждан и всех людей, признаваемых государством свободными. Но и это ещё не всё.

Государство своей силой гарантирует и защищает права и свободы, выступая важнейшим фактором реальности действия права. Тем самым государство своей деятельностью привносит в право неизвестные прежде признаки, свойства, благодаря которым оно и становится тем, что принято называть правом –

¹ Курс лекций по теории государства и права. Ч. 1. Саратов, 1993. С. 170.

² Бердяев Н.А. Государство // Власть и право. С. 290.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 162.

специфически юридическим феноменом или позитивным правом. Решающее «...в миссии государства по отношению к праву состоит в том, чтобы сообщить определенным принципам, положениям особое юридическое качество...»¹, придать «...праву определенные юридические формы (нормативный юридический акт, судебный или административный прецедент и др.)»².

Поэтому без помощи государства (хотя и не выступающего изначально, определяющей причиной права) позитивное право как новое социальное явление возникнуть, а тем более утвердиться в обществе не могло. С этих позиций, действительно, без государства нет и не может быть права как юридического образования.

Но означает ли это, что государство в лице своих высших органов вправе по своему усмотрению издать, изменить или отменить любые содержащие права, свободы, правила поведения, соблюдая лишь только им же установленный для подобных ситуаций порядок? Нет, такой ответ не оправдан. Как бы ни была значительна роль государства по отношению к праву, оно все равно не может выйти за рамки официального закрепления и обеспечения права. В противном случае «...мы должны были бросить упрек законодателю в безграничном произволе, если бы он подменил сущность дела своими выдумками...»³.

Сущность дела состоит в том, что в основании принципов, норм права, исходящих от государственной власти, лежат принадлежащие от природы и неотчуждаемые права человека, игнорирование которых в любой форме и ведет к подмене права произволом. Еще в конституции Франции от 3 сентября 1791 г. было категорично заявлено, что государство «не может издать

¹ Алексеев С.С. Теория права. С. 73.

² Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. С. 66.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 162.

законы, препятствующие осуществлению естественных гражданских прав»¹.

Не наделены органы государства и прерогативой по своему разумению устанавливать (дозировать) право в праве. Процесс накопления правовых компонентов, как уже отмечалось ранее, шел постепенно, естественным образом, переходя на следующие более высокие ступени цивилизации по мере появления все новых и новых экономических, духовных и иных факторов, необходимых для свободной и равноправной жизнедеятельности каждого и всех индивидов. Чем выше ступень цивилизации, тем больше появляется равноправных праводеспособных субъектов и тем насущней становится потребность в ограничении, а затем в полном устранении неправовых (чисто государственных-силовых) средств воздействия на ту или иную часть общества, применявшихся в государствах, знавших полную или частичную несвободу или неравенство среди свободных.

Но самое главное – право в результате признания в ряде стран всех людей свободными и равноправными начинает рассматриваться не столько с позиции государства, сколько с позиции развивающегося демократического гражданского общества. «Это общество осознает свои права, свободы, обязанности, ответственность... В нем все глубже распространяется понимание того, что право – это атрибут, черта общества. Оно возникает и существует как необходимость его развития, как одно из условий, факторов его самореализации и ограничения власти государства»².

Самостоятельность права относительно государства, безусловно, не означает устранения связей, взаимообусловленностей этих высокоценных социальных феноменов. Но, тем не менее, в отношениях государ-

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. С. 218.

² Соколов А.Н. Правовое государство. Идея, теория, практика. Курск, 1994. С. 19.

ства и права по мере углубления демократии в обществе происходят кардинальные изменения, а именно – роль ведущего все активнее начинает играть право, а ведомого – государство. «...В условиях демократического политического режима право в полной мере обретает свое собственное бытие и свое собственное содержание, способно из орудия государства стать «суверенным» образованием, возвышающимся «над» государством...»¹

Возвышение права, а вместе с ним человека, его прав и свобод трансформирует положение и роль государства в обществе. Его ценность измеряется прежде всего тем, в какой степени оно обеспечивает свободное развитие каждой личности, признает, соблюдает и защищает ее права и свободы.

Теоретическим обоснованием новых взаимоотношений права и государства стала концепция правового государства, постепенная реализация идей которой позволила вместе с неразвитостью права преодолевать неразвитость государства. Так, в процессе эволюции в лице правового государства была найдена альтернатива абсолютистскому, полицейскому государству.

Исходя из изложенного, сомнение вызывает высказывание Ганса Кельзена о том, что «всякое государство есть правовое государство, а сам этот термин представляет собой плеоназм»². Приведенное суждение – показатель формального подхода к правовому государству. отождествляя право и государство, отказываясь от их сущностно-содержательной характеристики, подобный взгляд лишает возможности, опираясь на общечеловеческие ценности, выявить, почему и как возникли, развивались и взаимодействовали право и государство, почему и когда созрели условия для обоснования и реализации на практике идеи правового государства.

¹ Алексеев С.С. Теория права. С. 59.

² Kelsen H. Reine Rechtslehre. Wien, 1960. S. 314.

Остается без ответа и вопрос: чем отличается построенное правовое государство от еще строящегося, а тем более от антиправового, если все государства правовые?

Возьмем для примера фашистское государство Германии. Согласно официальной идеологии национал-социалистическая Германия являлась правовым государством. Министр юстиции третьего рейха Франк заявил: «Мы безусловно продемонстрируем всему миру совершенный образец идеально построенного и гарантированного до малейших деталей правового государства». Как вождь немецких юристов, он объявлял: «Государство Адольфа Гитлера – это единая и могущественная германская империя национал-социализма – представляет собой правовое государство. Оно глубже, подлиннее веймарского, больше того, по существу, «третья империя» – это первое истинное правовое государство»¹.

В действительности же германское государство того времени стало эталоном бесправия, произвола и грубого насилия над личностью, попрания прав и свобод.

Итак, антигуманистическое, фашистское государство, несмотря на свои кровавые злодеяния, причислялось нацистскими лидерами к разряду правовых. Более того, свои «достижения» в области «правотворчества» они пытались представить мировому сообществу как образец цивилизованности, нормальности. Что это, пусть лицемерное, фиктивное, но все же признание ценности права? Вряд ли.

В государствах, подобных фашистскому, резонно подчеркивает С.С. Алексеев, «...на самом деле...работает не право, а юридизированное в своих действиях авторитарное государство. И оно, авторитарное государство, и тем более его острая разновидность – тоталитарное государство, в общем-то не нуждаются

¹ Критика современной буржуазной теории права. М.: Прогресс, 1969. С. 259.

в сколько-нибудь развитой правовой системе, в которой были бы развернуты ее собственные свойства и потенции, существовало развитое частное право, высокозначимые права и свободы человека». И в другом месте: «Сами же жесткие государственно-властные меры воздействия восходят к государству и, строго говоря, не характеризуют непосредственно правовое содержание юридического регулирования, его специфику»¹.

Таким образом, дилемма – право или произвол – для фашистского (как, впрочем, любого тоталитарного) государства не существует. Выбор однозначно делается в пользу произвола, правда, с применением юридической формы. Но формальное использование нормативного способа регулирования, судопроизводства, юстиции, процессуальных институтов и т.п. юридических средств, думается, не дает оснований для отождествления их с правом², как и нет основания относить «фашистское право» к разряду неразвитых, то есть рассматривать в одном ряду с рабовладельческим, феодальным правом.

Во-первых, древнее, средневековое право – это не право отдельно взятой страны и даже не право нескольких государств, а совокупность имеющих общие черты признаки правовых систем, занявших целые самостоятельные эпохи земной цивилизации.

Во-вторых, неразвитость рабовладельческого либо феодального права была естественной, исторически неизбежной. Это находило отражение в теоретических представлениях (правосознании) и юридической практике соответствующего общества. Однако важно то, что, сочетая позитивные и негативные тенденции, древние и средневековые системы права (каждая в свое время) неуклонно продвигались вверх по ступеням цивили-

¹ Алексеев С.С. Теория права. С. 74-75, 70.

² Р. Дворкин считает: «Мы говорим, что у нацистов тоже было право, даже если это было весьма дурное право» (цит. по: Сов. гос-во и право. 1989. № 2. С. 146).

лизации, закладывая собственные, незаменимые «кирпичики» в фундамент права, правового государства в современном понимании. Их вклад в мировую культуру бесценен.

Иное дело юридические системы фашистских государств XX в. Как ни парадоксально, но они складываются тогда, когда вобравшая в себя все достижения цивилизации и культуры международная общественная мысль наконец-то вырабатывает понимание права, соответствующее его природе, когда в законодательных актах США, европейских стран закреплены положения о достоинстве личности, неотчуждаемых правах человека, о равенстве всех людей в правах независимо от социального положения, расы и т.д. И вот все эти тысячелетиями создаваемые в тяжелой борьбе и созданные ценности фашистская юридическая доктрина и практика напрочь отбрасывает за ненадобностью как чуждое, враждебное. При этом фашистское государство не только варварски до основания разрушает построенное до него правовое здание, но строит новое – государство-левиафан.

В частности, основным правам и обязанностям немецких граждан согласно Веймарской конституции были противопоставлены не конституционные права и обязанности, а соответствующие положения бесчеловечной программы национал-социалистов¹. В результате чего вместе с растоптанным человеческим достоинством в нацистском государстве умирает право. Но и государство при фашистском режиме как явление цивилизации тоже не существует. Оставшись без права (но не без нормативного юридического способа регулирования) оно трансформируется в репрессивную, несущую произвол командно-административную машину, переставшую выполнять главное предназначение государства – служение человеку. «... В тоталитарных со-

¹ См.: Соколов А.Н. Правовое государство. Идея, теория, практика. С. 104.

циально-политических системах, – заключает В.А. Четвернин, – нет государства, т.е. более или менее ограниченной правом организации власти, а есть особый властно-политический механизм, административно-командная система (подсистема), которая лишь имитирует государственно-правовой порядок, прикрывается внешней государственно-правовой атрибутикой»¹.

Избавиться от такого государства-чудовища можно одним способом – уничтожить его. Что и сделали страны антигитлеровской коалиции. Угроза тоталитаризма (его крайней формы – фашизма) сохраняется и в наши дни. Ведь многие страны только строят правовые государства, и, следовательно, уровень или степень влияния права на те или иные процессы в обществе может усиливаться или, наоборот, снижаться до критической черты. Несомненно, большая опасность здесь исходит от государства. Поэтому, как справедливо отметил С.С. Алексеев, «...право (и это, кстати, «выдает» его исконную природу) существует и развивается в известном противоборстве с государством..., ограничивает государственную власть, устанавливает для деятельности государственных органов последовательно разрешительный порядок, упорядочивает осуществление власти через отработанные процессуальные и иные процедуры-формы...

...Право с таких позиций выступает в качестве главного инструмента цивилизации, способного обуздать государство, его произвол»².

Проделанный анализ приводит к выводу, что право – гораздо больше, чем спутник, инструмент государства; в демократической системе право по отношению к государству играет ведущую роль. Но надлежащим образом «сыграть» эту роль право способно, лишь опираясь на мощь и поддержку сильного, то есть эф-

¹ Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию. С. 43.

² Алексеев С.С. Теория права. С. 76.

фективного, демократического государства¹, только такое государство и способно увеличить его потенциал в общественной жизни.

Право не всегда совпадает с законом, не сводится к нему. Единство или разъединение права и закона – вещь реально существующая. Соединение права и закона имеет место тогда, когда речь идёт о них, как о соответствующих друг другу содержании (праве) и форме (законе). В романо-германской правовой семье закон – наиболее оптимальная и ведущая форма права. Но и в данной правовой семье не всё так однозначно. Право и закон могут не совпадать: во-первых, потому что право выражается не только в законе (нормативных актах), но и других источниках (формах) права. Во-вторых, право выражается как в законах того или иного государства (национальном праве), так и нормативных международных документах (декларациях, пактах), то есть в международном праве. В-третьих, права и свободы человека и гражданина имеют непосредственное действие, независимо от наличия конкретизирующего их закона. В-четвёртых, не всякий закон по своему содержанию является правовым. Последнее расхождение права и закона, пожалуй, наиболее проблемное и требует подробного раскрытия.

Право как сторона, свойство личности возникает вне и до закона. С появлением государственно-организованного общества и закона начинается новое бытие права и новый процесс познания права, процесс отхода или приближения к нему. «В историческом аспекте законы государства, – пишет Н.В. Витрук, – представляют собой процесс юридического познания права в собственном смысле и отражают иное смысловое зна-

¹ России надо быть сильной и конкурентноспособной: Послание Президента РФ В.В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации // Рос. газета. 2003. 19 апр.

чение русского слова «право» – как уверения в истине чего-либо. С этих позиций под истинностью... законов следует понимать степень их правового содержания, т.е. соответствия праву»¹.

Итак, расхождение права и закона исторически обусловлено. Содержание права начинает оформляться законом уже тогда, когда выявлен далеко не полный перечень прав и свобод (да и то в ущерб равенству), хотя по природе, как мы знаем, каждый человек правоспособен.

Конечно, это был необходимый и единственно возможный шаг первых законодателей. Но факт есть факт: закон (форма) с момента своего рождения уже не совпадал с содержанием (правом). Данное противоречие между содержанием (естественным правом) и формой (законом) прослеживается на различных стадиях цивилизации. Причем чем ниже ступень цивилизации, тем меньше законы содержали прав и свобод и шире закрепляли правовое неравенство индивидов, тем меньше соответствовали друг другу действующее в той или иной период законодательство и право по природе. Конечно, такое соотношение между правом и законом не есть раз и навсегда данное. Вместе с поступательным, прогрессивным развитием общества и особенно важнейшего его института – демократии, повышением социальной активности личности в сторону увеличения меняется и степень права в законах, и то, что не являлось частью позитивного права в древности, становилось ею в наши дни. Удачный пример эволюционного расхождения права и закона приводит известный журналист Ю. Феофанов: «Между прочим, Сократа приговорили к смерти в демократичнейшем из государств – в древнегреческих Афинах. И приговорили демократично – 500 членов ареопага. Но величайшая демократическая несправедливость была бы исключена, если бы афинские законы

¹ Витрук Н.В. Законность: понятие, защита и обеспечение. Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 521.

содержали бы норму о свободе совести и слова как неотъемлемое правовое начало»¹.

Безусловно, право на свободу совести, мысли и слова относится к числу неотчуждаемых прав человека. Однако понятно, что те Афины, в которых жил Сократ, были объективно далеки до включения в закон данного права, в современном его понимании, как, впрочем, и ряда других потенциально доступных ныне каждому человеку основополагающих, неотчуждаемых прав. И все же важно то, что по мере развития цивилизации, перехода ее на более высокие ступени неуклонно росла потребность во все более основательном познании всех сторон права. Ведь «...в праве, — заметил Г. Гегель, — человек должен найти свой разум, должен, следовательно, рассматривать разумность права...»². Разумность же права не в противопоставлении естественных и позитивных начал в нем, а, наоборот, в их сближении, органическом единстве и взаимодействии. При этом «правовая природа вещей не может приспособливаться к закону — закон, напротив, должен приспособливаться к ней»³.

Единство и взаимодействие естественного и позитивного в праве порождают новое качественное образование — правовой закон⁴, в котором правовой дух и юридическая буква, соединившись, взаимно дополняют, обогащают друг друга, становятся неразделимыми.

Однако не допускается ли ошибка при делении законов на правовые и неправовые? Не ведет ли это к

¹ Известия. 1993. 12 марта.

² Гегель Г. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 57.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 122.

⁴ О правовом законе см.: Нерсесянц В.С. Право и закон. М.: Наука, 1983. С. 349; Он же. Философия права: Учебник для вузов. М.: Норма-Инфра, 1998. С. 36; Сапун В.А. О критериях правового закона. Правовые проблемы Евроазиатского сотрудничества: глобальные и региональные измерения: Материалы международного научного симпозиума 21-22 апреля 1993 г. Екатеринбург, 1993. С. 16-18; Лившиц Р.З. Теория права. М.: БЕК, 1994. С. 72 и др.

конфронтации с властью, к подрыву авторитета закона в обществе, а следовательно, и к краху законности? Не правильнее было бы следовать другому принципу – каким бы ни был подход к праву, нужно признать, что любой закон, любой надлежащим образом принятый нормативный акт, независимо от его содержания, подлежит исполнению?

Вопросы и связанные с ними опасения не беспочвенны. Мировой и отечественный опыт знает массу трагических фактов пренебрежения законами. К сожалению, известно и другое, когда законы не только не спасали, а с их помощью творилось зло, причинялись неисчислимые страдания людям. Поэтому, не пренебрегая предупреждением, учитывая все тонкости, деликатность темы, все же попытаемся обосновать целесообразность выделения именно правовых законов.

Еще раз подчеркнем, введение в научный и практический оборот термина «правовой закон» не направлено на искусственное размежевание права и закона, превращение последнего в пустую формальность. Напротив, оно преследует цель обосновать то, что содержание и форма права могут и должны находиться в диалектическом единстве. Они выражают разные, но неразрывно связанные аспекты одного и того же явления (образования) права: содержание права требует оформленности, форма права – содержательности.

Высшей юридической формой выражения содержания права в современной России является закон. Отсюда неудивительно, что в Основном законе страны, федеральных конституционных и федеральных законах получили закрепление естественные и неотчуждаемые права и свободы человека. Причем речь идет не о каких-то отдельных правах и свободах, а об их достаточно полном перечне. Взятые все вместе, они составляют систему личных, политических, экономических, культурных прав и свобод. Сегодня

большинство прав и свобод человека (прежде рассматривающихся лишь как идеи, моральные права) стали составной частью не только международного, но и отечественного позитивного права. И хотя официальное признание прав и свобод не изменило их дозаконной природы, оно придало необходимую устойчивость, определенность, сделало их объективно всеобщими, одинаково доступными для каждого и всех. Нельзя забывать, что вне юридической формы права человека таят в себе потенциальную опасность, как таковые они могут быть неверно интерпретированы в силу обилия мнений, точек зрения на их суть и действие, и, хуже того, стать оправданием произвола, нарушения основ конституционного строя, прав и свобод других людей.

Поэтому в законе и нашло отражение то их понимание, которое сложилось исторически на базе достижений социального в целом и правового прогресса, в частности, и разделяется большинством мирового сообщества. Примечательно и то, что посредством законов права и свободы получили развитие и конкретизацию в правах и свободах гражданина Российской Федерации, в правах и свободах граждан ее субъектов.

Закреплением, конкретизацией прав и свобод не исчерпывается назначение закона. Неоценима его роль в создании механизма реального осуществления прав и свобод человека и гражданина. В Конституции, гражданском, уголовном, процессуальных и других законах заложен комплекс средств, обеспечивающих, гарантирующих: а) самодеятельность, инициативу, творчество личности в выборе и использовании прав и свобод; б) с одной стороны, невмешательство государств в сферу прав и свобод, пресечение произвольного (незаконного) изъятия или ограничения прав, с другой – необходимое содействие в реализации прав; в) эффективную защиту достоинства, прав и свобод человека и гражданина со стороны законодательной, исполнительной, судебной власти, прокура-

туры, иных органов охраны правопорядка, а также самозащиту индивидами своих прав.

Итак, закон должен быть содержательным. Поэтому прав В.Н. Кудрявцев, считая, что неверно выхолащивать социальное содержание из понятия закона, превращать его в пустую формальность¹. В Парижской хартии для новой Европы 1990 г. записано: «В основе демократии лежит уважение к человеческой личности и верховенство закона». В данном аспекте закон представлен не только в качестве внешней формы, но и олицетворяет собой единство всех черт, свойств права, естественных и позитивных, благодаря которым право и закон становятся однопорядковыми.

Но каждый ли закон автоматически можно считать правовым? Представляется, ответ на поставленный вопрос однозначный: не каждый, как не каждое государство считается правовым. Вот здесь-то и возникает проблема критерия, позволяющего определить, является ли закон правовым, какова степень права в законе (законодательстве) или закон (законодательство) даже с большими оговорками правовым назван быть не может.

С позиции отстаиваемого в настоящей работе подхода в современных условиях основополагающим критерием, разводящим правовой и неправовой законы, служит положение о человеке, его правах и свободах как высшей ценности. Данный критерий есть отличительная черта только правового закона. В неправовых законах человек не цель и высшая ценность, а средство, орудие антигуманных, античеловеческих, антиобщественных экспериментов. Таким образом, признание законом человека, его прав и свобод высшей ценностью является первичным, исходным основанием отнесения рассматриваемого нормативного акта к разряду правовых.

¹ См.: Кудрявцев В.Н. О правопонимании и законности // Гос-во и право. 1994. № 3. С. 6.

Следующий шаг в этом направлении – выявление степени меры права в законе (законодательстве). Измерителями здесь выступают критерии, опирающиеся на основополагающий критерий и конкретизирующие его. В соответствии с ними (критериями) каждый отечественный закон должен:

- выражать волю и интересы большинства народа;
- соответствовать принципам и нормам о правах и свободах человека (по объему, видам и т.п.), закрепленных во Всеобщей декларации прав человека, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, Международном пакте о гражданских и политических правах, положениям (принципам и нормам) о правах человека и гражданина, содержащимся в Конституции России;
- гарантировать всем индивидам равное обладание правами и свободами;
- обеспечивать каждому человеку свободу выбора поведения, не запрещенного правовым законом;
- не допускать нарушение прав и свобод других людей при осуществлении человеком и гражданином своих прав;
- обеспечивать всем индивидам равную защиту, прежде всего судебную, прав и свобод, а также их самозащиту;
- закреплять обязанность государства, его органов соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина;
- устанавливать взаимную ответственность государства и личности за невыполнение обязанностей и злоупотребление правами.

Соответствие закона всем критериям свидетельствует об относительно полном совпадении права и закона. При этом все перечисленные конкретные критерии взаимосвязаны и взаимообусловлены, что не исключает возможности применения той или иной их совокупности для измерения степени права в законе.

Особо отметим, что вычленение основного, обобщающего критерия стало возможным только благодаря длительной эволюции, трансформации более частных критериев. Их вызревание, развитие и привело не только к обоснованию как на государственном, так и международном уровне идеи высшей ценности каждого человека, его прав и свобод, но и к ее закреплению в нормативно-правовых документах.

Предполагаемые критерии (основной и дополняющие) правового закона позволяют уйти от односторонней характеристики его содержания – только как всегда совершенного, гармоничного, справедливого. Подобное толкование противоречило бы историческим закономерностям, правогенезу. Ведь право существовало и тогда, когда еще не все были свободными, а свободные равными между собой и перед законом. Отсюда и законы (древние, средневековые, эпохи Просвещения, современные) являются правовыми в той степени, в какой выступали(ют) проводником свободы и равенства людей в обществе, служили(ат) почвой для формирования и расцвета самостоятельной, автономной, то есть правоактивной личности. И не страшно, что свобода и равенство в разные эпохи существенно разнятся в своем проявлении, да и иначе просто не могло быть в разделяемых столетиями, в непохожих исторических средах. Важнее другое – правовое начало во все времена, у всех народов западной цивилизации, прежде всего, связывалось с автономной личностью, ее правами и свободами. Поэтому законы с правовой «пробой» (хотя и с разным количеством, содержанием права) издавались как в древности, так и сейчас.

Из этой закономерной цепи полностью выпадают тоталитарные юридические системы. Подтверждение тому – как трагический опыт законодательства фашистских государств, так и наш собственный в период сталинского правления. Репрессивные законы, доминирующие в законодательстве тоталитарных ре-

жимов, есть по своей сути антиправовые, поскольку унижают человеческое достоинство, сводят на нет его права и свободы. В таких условиях закон перестает защищать человека от произвола власти. Наоборот, произвол и насилие возводятся в ранг закона.

Уже в чрезвычайном законе рейхспрезидента фашистской Германии «В защиту народа и государства» (1933 г.) было отменено действие каталога основных прав. Это означало ограничение личных свобод, права свободного выражения мнений, свободы печати, объединений и собраний; означало вмешательство в тайну почтово-телеграфной и телефонной связи, нарушение неприкосновенности жилища – домашние обыски и конфискации, а равно ограничение собственности даже за пределами соответствующих законов¹.

24 ноября 1933 г. был издан закон об опасных рецидивистах и о мерах гарантий их исправления. Фактически же данный закон применялся против политических противников и лиц, преследуемых в расовом отношении. На основании этого закона были уничтожены сотни тысяч людей в концентрационных лагерях².

Омерзительным, открывшим дорогу невиданным преступлениям перед человечеством стало расовое законодательство нацистов. Оно было направлено на физическое уничтожение не только евреев, но и поляков, советских граждан различных национальностей и граждан других государств³.

На уничтожение прав и свобод человека и гражданина было ориентировано законодательство в годы сталинского режима. Уголовная ответственность устанавливалась буквально за все: за убой скота и «хищническую» эксплуатацию лошади, за кулацкую агитацию к убою скота, за прогул и самостоятельное ос-

¹ См.: Соколов А.Н. Правовое государство, идея, теория, практика. С. 103-104.

² См.: Там же. С. 134.

³ См.: Там же. С. 137.

тавление работы, систематические и грубые нарушения школьной дисциплины, уход учащихся из ремесленных училищ и школ ФЗО и т.д. По ряду преступлений уголовная ответственность устанавливалась с 12-летнего возраста. Ответственности подлежали не только «изменники родины», но и все члены их семьи (ст. 58 — 1 в УК РСФСР)¹.

Всевозможные изъятия из уголовно-процессуальных законов, из норм о судостроительстве, о порядке рассмотрения и расследования дел о государственных преступлениях, об исполнении наказаний по делам такого рода привели к тому, что ни в чём не повинные люди как «враги народа» привлекались к уголовной ответственности. Причём зачастую, если не удавалось вынудить обвиняемого признаться, дело направлялось в особое совещание для внесудебной расправы. Именно такой «порядок» рассмотрения дел о государственных преступлениях предусматривался постановлениями ЦИК СССР от 1 декабря 1934 г. о порядке ведения дел о подготовке или совершении террористических актов и от 14 сентября 1937 г. по делам о контрреволюционном вредительстве и диверсиях. Согласно этим актам устанавливались ускоренный порядок расследования (10 дней) дел о террористических актах и террористических организациях; с вручением обвинительного заключения обвиняемым за сутки, слушанием дела без участия сторон, не допускалось кассационное обжалование и помилование, приговор к высшей мере наказания исполнялся немедленно по вынесении. По делам о контрреволюционном вредительстве и диверсиях обвинительное заключение тоже вручалось за одни сутки, не допускалось кассационное обжалование, а приговор о расстреле приводился в исполнение по отклонении ходатайства о помиловании. Особое

¹ См.: Мицкевич А.В. Демократизация законодательства о правах человека // Советское законодательство: пути переустройства / Отв. ред. А.Ф. Мицкевич, А.С. Пиголкин. М.: Юрид. лит., 1989. С. 179, 185, 186.

совещание могло заочно, в порядке внесудебной процедуры, определить наказание в виде содержания в ИТЛ до 10 лет, ссылки или высылки.

Острые атаки деспотического режима были также направлены на уничтожение политических (демократизм, гласность, участие в управлении) и юридических гарантий защиты прав и свобод граждан, на создание чрезвычайных и тайно от народа действующих институтов расправы над личностью, лишённой элементарных юридических средств защиты¹.

По сути дела функционировала обособленная, замкнутая, достаточно отлаженная, хорошо организованная политико-юридическая система страны – органы государственной безопасности, внутренних дел, революционные, а затем и военные трибуналы, общие суды, прокуратура. И действовали все эти органы и учреждения преимущественно на основании нормативных актов, то есть осуществляли правоприменительную деятельность, принимали юридически значимые решения. Они (нормативные акты) и легли в основу той «юриспруденции террора», которая была создана в нашей стране после революции 1917 г. и стала основой жестоких преследований широких слоев населения².

Итак, произвол, насилие, расправа над личностью – норма в тоталитарном государстве. Причём всё это укладывалось в рамки закона. Производство законов было поставлено на поток, и репрессивная государственная машина неуклонно проводила их в жизнь. Так что о беззаконии (отсутствии законов) в тоталитарном государстве говорить не приходится. Даже на Нюрнбергском процессе нацистские палачи оправдывали свои злодеяния выполнением приказа, основанного на законах третьего рейха. Однако судьи Международного военного трибунала отвергли эти

¹ См.: Мицкевич А.В. Указ. соч. С. 183-184, 187.

² См.: Кудрявцев В.Н., Трусов А.И. Политическая юстиция в СССР. М.: Наука, 2000. С. 4.

доводы, признав преступными законы фашистского режима и деяния их исполнителей. Да иначе и не могло быть, ибо законы, санкционирующие произвол, расправу над личностью, уничтожающие её права и свободы, не имеют самого главного – правового содержания. Как справедливо заметил Золтан Петери, «содержание облеченных в форму закона фашистских предписаний представляло собой надругательство над самим понятием права»¹.

На первый взгляд может показаться, что в работе обосновывается какая-то внеисторическая идеальная конструкция всегда хорошего права и «плохого закона». Совсем нет. Автор разделяет мысль В.Н. Кудрявцева о том, что «никакая правовая система не является идеальной; принципы гуманизма и демократии воплощаются в ней постольку, поскольку демократичен и прогрессивен политический режим государства, его социально-экономический строй»². И все же есть черта, за которой прекращает существование одно явление и начинается жизнь другого. Да, позитивное право в ходе эволюции развивалось неровно, противоречиво. Но то, что происходило на юридической ниве в тоталитарных государствах XX в., нельзя назвать несовершенством или незрелостью. Перед нами типичный образец целенаправленной, циничной ликвидации демократических правовых ценностей.

В таких условиях развитие прав и свобод граждан, укрепление их гарантий просто невозможно: отдельные новые нормы, закрепляющие, а тем более расширяющие права граждан, были скорее случайным или формальным явлением, чем нормальным ходом развития³. Напротив, ведущим направлением динамики всей зако-

¹ Петери З. О некоторых чертах доктрины «возрожденного» естественного права // Критика современной буржуазной теории права. С. 129.

² Кудрявцев В.Н. О правопонимании и законности. С. 6.

³ См.: Мицкевич А.В. Демократизация законодательства о правах человека. С. 187.

нодательной и нормоприменительной практики тоталитарных политических режимов стало антиправо, то есть произошло уничтожение прав и свобод человека.

Произошедшая с законом описанная выше метаморфоза не позволяет распространить на них известное положение Л. Фейербаха: «Закон закрепляет только то, что является правом...»¹ Фашистское и тому подобное законодательство не вписывается в приведенное положение, противоречит ему. Оказалось достаточно преступного умысла, чтобы выветрить полностью из закона (сложившейся и общепринятой официальной формы выражения и закрепления права) правовой дух и вселить в тело закона дух произвола и насилия (нечистый дух).

Вместе с тем в реальной жизни бывает сложно отличить правовой закон от неправового. Тем более, если пользоваться не аксиологическими, а чисто внешними, формальными критериями. В частности, неправовой закон также начинен юридическими категориями, понятиями, конструкциями, состоит из властных категорических предписаний, обеспеченных государственным принуждением. Но если пойти дальше, то станет очевидным, что этих характеристик недостаточно для констатации наличия права в законе. Стоит только углубиться в содержание неправового закона, как выясняется, что в нем преобладают запреты и ограничения, обязанности. Права часто отождествляются с обязанностями, да и представляются государством своим гражданам в разрешительном порядке. Иными словами, «правовое» регулирование сводится в основном к установлению обязанностей. Между тем обязывания, подмечает С.С. Алексеев, «...не собственно правовой канал воздействия на общественные отношения..., они в большей мере выражают роль государства, его качества и свойства, его императивно-властную деятельность...

¹ Фейербах Л. Избранные философские произведения. Т. 1. М., 1955. С. 642.

Да и вообще, надо полагать, подобная трактовка права имеет тоталитарное звучание. Её источник – авторитарный режим власти, преобладание командно-административных, бюрократических методов управления, господство разрешительных, ограничительных, предписывающе-запретительных тенденций в социальной жизни, что способствовало своего рода «возвеличанию» позитивных обязываний...

Настало время сменить акценты в самой ориентации понимания права, выдвинуть на первое место органически присущий ему элемент... – дозволения»¹.

Итак, закон, лишаящий свободы выбора и вынуждающий помимо воли, личного интереса следовать ему, не есть собственно правовой канал воздействия. Однако, распростившись с правом, закон не перестает быть законом, то есть актом высшей юридической силы. Будучи заряженным властной нормативной энергией, он по-прежнему регламентирует поведение людей. Это позволяет утверждать, что в тоталитарных государствах не совпадают не только право и закон, а и понятия «правовое» и «юридическое», поскольку неправовым является либо законодательство в целом, либо его большая часть. Ведь субстанцию юридического составляют замешанные на произволе и навязанные человеку формально определенные правила поведения. Правовое же вытекает из природы человека, зиждется на его правах и свободах. Когда закон подавляет естественное человеческое начало, он не является правовым и выступает только как средство, инструмент технико-юридического конструирования формальных, антигуманных нормативных предписаний, что и позволяет развести не только право и закон, но и вообще понятия «правовое» и «юридическое».

В демократическом государстве также возможно несовпадение права и закона, «правового» и «юридического». Но, в отличие от тоталитарного государства,

¹ Алексеев С.С. Теория права. С. 119.

в целом правовому законодательству противостоят отдельные законы или даже некоторые нормы законов. Поэтому несоответствие права и закона, правового и юридического здесь имеет чисто локальный характер.

Таким образом, и в демократическом обществе не любой юридический акт, даже облеченный в «одежду» закона, является правом. Сделанный вывод побуждает пересмотреть сложившееся в период командно-административной системы представление относительно понимания и действия принципа законности. В частности, о необходимости всегда исходить из целесообразности в рамках закона, а не из целесообразности за рамками закона; о недопустимости для субъекта реализации, пока закон не отменен, ставить свое мнение выше действующего закона¹.

Приведенные суждения расходятся с содержанием известной формулы: «В демократии не человек существует для закона, а закон существует для человека», законом здесь является человеческое бытие. Закон превращается в своеобразную вещь «для себя», в некую абстрактную абсолютную ценность. Человек же перед законом обречен на пассивность. Его главная задача – во имя сохранения закона безропотно, не задумываясь следовать формальным категорическим предписаниям, даже если они несправедливы. Такое допустимо лишь в огосударствленном обществе. Для общества, вставшего (пытающегося встать) на правовые «рельсы» и допускающего возможность несоответствия права и закона, важна неформальная законность, которая обеспечивает регулярность и последовательность в достижении и поддержании демократического порядка, а также и справедливость, основанная на признании и полном принятии высшей ценности человеческой личности².

Следовательно, законность – требование реализации не всякого законодательства (пусть даже совер-

¹ См.: Общая теория государства и права. Т. 2. Общая теория права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1974. С. 391.

² См.: Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ. 5-29 июня 1990 г. М.: Междунар. отношения, 1990. С. 11.

шенного с точки зрения юридической техники), а такого законодательства, которое адекватно воплощает правовые принципы, общечеловеческие идеалы и ценности, насущные потребности и интересы человека, объективные тенденции социального прогресса. Н.В. Витрук резонно предлагает определить такую законность как правозаконность¹.

В аспекте правозаконности следовать закону, пусть даже надлежащим образом юридически оформленному, но содержательно ущербному, вряд ли правомерно. И это вовсе не призыв к всеобщему непослушанию, к беспорядкам, анархии. Такая оценка могла иметь место во времена, когда права человека не признавались самостоятельной ценностью и противопоставлялись правам гражданина, когда Конституция рассматривалась не иначе как политическая декларация, а не нормативный акт прямого действия.

Сегодня сложилась иная правополитическая ситуация. В соответствии с действующей Конституцией РФ права и свободы как высшая ценность (ст.2) признаются и гарантируются в Российской Федерации (ст.17), являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов (ст.18). Общие принципы международного права и международные договоры Российской Федерации являются правовой частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем **предусмотренные законом** (выделено мной. – В.Ш.), то применяются правила международного договора (ч. 4 ст. 15). В свою очередь, законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации (ч.1 ст. 15).

Таким образом, права и свободы человека, закрепленные в международных правовых документах, Консти-

¹ См.: Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. С. 523, 528.

туции РФ, имеют непосредственное юридическое значение, служат нормативной основой, правовым критерием в процессе реализации права. Это и позволяет при решении конкретного юридического дела в случае сомнения по поводу соответствия закона (его отдельной нормы) правам человека руководствоваться не действующим, вызывающим сомнение законом (его отдельной нормой), а принципами и нормами международного права, Конституцией, закрепляющими положение о правах человека.

Игнорирование такого подхода ведет к нежелательным последствиям как для личности, так и для правопорядка в обществе. Показательно в данном отношении рассмотренное Конституционным Судом дело о проверке конституционности части пятой статьи 209 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Р.Н. Самигуллиной и А.А. Апанасенко. Основанием к рассмотрению дела явилась обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ положение части пятой статьи 209 УПК РСФСР, устанавливающей, что постановление о прекращении уголовного дела, вынесенное на стадии предварительного расследования, может быть обжаловано прокурору.

В ходе рассмотрения дела Конституционный Суд установил, что законодательное закрепление права заинтересованных лиц обжаловать постановление о прекращении дела прокурору само по себе не вступает в противоречие с провозглашенными Конституцией Российской Федерации гарантиями прав и свобод человека и гражданина, поскольку позволяет добиваться достаточно быстрого исправления ошибок и нарушений, допущенных в ходе дознания и предварительного следствия.

Вместе с тем рассматриваемое положение части пятой статьи 209 УПК РСФСР воспринимается судами и иными правоприменительными органами не только как предоставляющее заинтересованным лицам право обжаловать прекращение дела прокурору, но и как исключающее возможность подачи аналогичной жалобы в суд. Таким образом, правило части пятой статьи 209 УПК РСФСР, признавае-

мое правоприменительной практикой единственной законодательной нормой, которая определяет порядок обжалования постановления о прекращении уголовного дела, приводит к тому, что значительное число правоприменительных решений, затрагивающих основные права и свободы граждан, вопреки установлениям статьи 46 Конституции Российской Федерации выводится из-под судебного контроля.

На основании изложенного суд постановил:

Признать часть пятую статьи 209 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в той мере, в какой эта норма по смыслу, придаваемому ей сложившейся правоприменительной практикой, ограничивает возможность судебного обжалования постановлений о прекращении уголовного дела, не соответствующей Конституции Российской Федерации, ее статьям 46 (части 1 и 2) и 52.

Положение части пятой статьи 209 УПК РСФСР не может служить основанием для отказа в судебном обжаловании постановлений о прекращении уголовного дела.

В соответствии со статьями 15 и 18 Конституции Российской Федерации, части четвертой статьи 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» при рассмотрении жалоб на постановления о прекращении уголовного дела в стадии предварительного расследования должны непосредственно применяться положения статьи 46 (части 1 и 2) Конституции Российской Федерации с учетом пункта 1 резолютивной части настоящего постановления и установленного уголовно-процессуальным законодательством порядка судебной проверки иных действий органов дознания, следователей и прокуроров¹.

Итак, граждане Р.Н. Самигуллина и А.А. Апанасенко с помощью Конституционного Суда РФ сумели отстоять права человека. Казалось бы, радостное событие. И все же, когда задумываешься о том, что на их пути в качестве преграды стояли органы прокуратуры, общие суды разных инстанций, начинаешь понимать: радоваться особенно нечему. Ведь, по существу, Конституционный Суд разрешил вопрос, который по плечу обычному районному суду. Истцам не потребовалось бы затратить столько времени, сил и средств, если бы судебная практика взяла за правило использовать во всех случаях права человека в качестве непосредственного критерия при решении

¹ См.: Российская газета. 1995. 28 нояб.

юридических дел. Впрочем, это относится к любым юридическим органам, разбирающим дела с участием граждан и их объединений. При этом от правоприменяющих органов здесь не потребуются официально признавать закон или отдельную его норму неправовыми, да это и не их прерогатива. Их задача в другом – при обнаружении неправового закона или неправовой нормы закона применить принципы и нормы международного права, Конституции и тем самым обеспечить справедливое решение конкретного юридического дела.

Следовательно, преодолеть в конкретных жизненных обстоятельствах влияние неправового закона (неправовой нормы закона) можно и нужно до его отмены. Здесь требуется правовая активность граждан и высокий профессионализм юристов-практиков. И все же это важный, однако не радикальный способ борьбы с правонарушающим законом. Ведь неправовой закон не устраняется, не выводится из правового пространства. А значит, в самый неожиданный момент его негативное воздействие проявит себя. Поэтому и создан был институт конституционного контроля, а также специальный орган – Конституционный Суд, который решает исключительно вопросы права. Признание Конституционным Судом закона не соответствующим Конституции, то есть неправовым, ведет к утрате законом юридической силы. Для выведения неправового закона за границы правового поля и урегулирования возникающих правоотношений предусмотрен специальный юридический механизм. Так, в случае, если решением Конституционного Суда Российской Федерации закон признан не соответствующим Конституции Российской Федерации полностью или частично либо из решения Конституционного Суда Российской Федерации вытекает необходимость устранения пробела в правовом регулировании, законодатель рассматривает вопрос о принятии нового закона, который должен, в частности, содержать положение об отмене закона, признанного не соответствующим Конституции Российской Федерации полностью, либо о внесении необходимых изменений и (или) дополнений в закон, признанный

неконституционным в отдельной его части. До принятия нового закона непосредственно применяется Конституция Российской Федерации (ст.79 Закона РФ «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Обеспечение права – многоаспектная проблема.

Она не ограничена рамками государственно-принудительного воздействия, не сводится к нему, но и не может быть осмыслена без него. Заслуживающее внимания в этом отношении соображение высказал французский ученый Жан Карбонье: «...Принудительность права не какой-то случайный момент в его эволюции. Тем не менее принудительность не является важнейшей чертой юридического»¹.

Действительно, позитивное право не смогло бы появиться на свет, занять свое значимое место в системе социальных ценностей без опоры на принуждение. В настоящей работе уже отмечалось, что право как мера свободы возникает и длительное время существует в государственно-организованном обществе при ограниченном круге полностью свободных людей и в ущерб равенству. Поэтому обделенная в правах, неравная перед законом значительная часть общества наряду с определенными преимуществами от вхождения в правовое пространство испытывала на себе всю тяжесть несправедливости из-за несения многочисленных, часто односторонне-обременительных обязанностей.

При этом от ущемленных в правах требовалась непрекаемость, слепое беспрекословное повиновение даже тем приказам власти, которые противоречили их воле, интересам, унижали их человеческое достоинство. Вот здесь-то принуждение прежде всего играет заглавную роль, являясь незаменимым средством воздействия на людей. Да это и понятно. Только угрожая принуждением или применяя его, государство имеет шанс заставить человека под-

¹ Карбонье Ж. Юридическая социология / Пер. и вступ. ст. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1986. С. 170.

чиниться тому, что идет вразрез с его естественной природой, противоречит его желаниям, потребностям. И хотя это было жесткое, грубое навязывание юридических правил (принуждение может быть и в более мягких формах), однако, думается, именно с такого наделения нормативных предписаний внешней принудительной силой стало складываться этакое представление об общеобязательности права вообще, о приказном характере отношений государства ко всем своим подданным.

Обосновывание необходимости безусловного повиновения распоряжениям власти и недопущения какой бы то ни было критики их со стороны населения можно найти как у исследователей древности и средневековья, так и у буржуазных мыслителей. По мнению Бенедикта Спинозы, — все должны во всем повиноваться верховной власти; все «обязаны безусловно исполнять все приказания верховной власти, хотя бы она повелевала исполнять величайшую глупость»¹.

«...Вся государственная власть основана на повиновении подданных, вся ее деятельность есть претворенное повиновение... Это приложимо ко всякому государству: степень повиновения и исполнения обязанностей его членами измеряется его сила и могущество»², — считал Георг Еллинек.

Итак, формула, согласно которой каждый обязан повиноваться велениям власти, построена на признании того, что отношения между государством и гражданином — это преимущественно односторонние властные отношения. На одной стороне — верховная власть, а на другой — подчиненный ей гражданин; на одной — господство, создающее нормы и приказывающее приминять их и следовать им, на другой — повиновение³.

Приказной способ обращения власти со своими подданными обосновывался благими целями, общественной

¹ Спиноза Б. Избранные произведения. Т. 2. М., 1957. С. 208.

² Цит. по кн.: Сабо И. Основы теории права. М.: Прогресс, 1974. С. 150.

³ См.: Там же. С. 151-152.

пользой. Определенная доля истины здесь есть. Однако нельзя забывать, что общественная польза в государстве, покаявшемся хотя бы на частичной несвободе, неравенстве людей, имеет особенность: она преломляется через приоритеты, в первую очередь, самого государства, отождествляющего себя с обществом. Поэтому-то, заботясь о «благе каждого своего подданного», оно делает это, осуществляя полицейские функции, разрешая, дозируя по своему усмотрению осуществление прав. «Полицейское государство, — указывает Б.А. Кистяковский, — убивает... всякую личную и общественную инициативу и самодеятельность. Оно заменяет ее детальной и формально-казуистической регламентацией. Притом полицейское государство всегда ревниво оберегает свои прерогативы. Во всяком проявлении инициативы со стороны общества оно видит покушение на свои полномочия...»¹ Если кто-нибудь попытается освободиться от сковывающей, навязчивой опеки государственных органов и проявит недозволенную активность, он будет принужден к повиновению юридическим правилам. Или, говоря словами Жан-Жака Руссо, «...его силой заставят быть свободным»².

Таким образом, идея внешней принудительности права и лежит в основе свободного повиновения (подчинения) юридическим нормам. Но данная теория приспособлена к такой социальной среде, в которой личность располагает правами, строго отмеренными государством. Индивид должен делать только то, что ему прямо разрешено, и всякая самодеятельность, инициатива наказуема. А чтобы эмоции, чувства, действия не выплескивались через край (границу дозволенного), и необходима принудительность. Закрепление, обновление принудительных механизмов составляют главную заботу государственных органов. Ведь для полицейского государства человек только средство, а не цель преобразований в обществе. Отсю-

¹ Кистяковский Б.А. Государство и личность // Власть и право. Из истории русской правовой мысли. С. 159.

² Руссо Жан-Жак. Об общественном договоре или принципы политического права. М., 1938. С. 16.

да логично, что «категория «должное поведение», т.е. поведение, обеспечиваемое принудительной силой государственного аппарата и соответствующее юридической норме, отражает специфику права в целом...»¹.

Но неужели свобода, навязанная в сфере права, исчерпывается свободой под внешней опекой и принуждением? И в этом ли суть социального и в том числе правового прогресса? Конечно, нет. В своей эволюции человек освобождается от рабства, иных противоестественных форм несвободы, обретая равенство перед правовым законом, в обладании правами и свободами независимо от природных и социальных черт, качеств. Все это трансформирует отношения между личностью и государством. Они уже строятся на основе признания человека, его достоинства, прав и свобод высшей ценностью. Теперь забота государства – создание основ, гарантий для развития самостоятельности, инициативы, творчества каждой личности.

С правовой точки зрения это предполагает полный поворот в правовом регулировании. Разрешительный тип регулирования обращён прежде всего к государству, его органам; для граждан определяющим становится правовое воздействие, построенное по принципу: можно делать все, что правом не запрещено. Запрещается только то, что противоречит идеалу: свободное, равноправное развитие каждого есть условие свободного, равноправного развития всех. Вмешательство государства в частную сферу не допускается.

В данной связи напрашивается очевидный вопрос: если человек в правовом государстве свободен и волен проявлять любую желательную для него инициативу, не ущемляющую свободу, права, интересы других людей, то верно ли считать, «...что правовые нормы издаются для того, чтобы принудить всех и каждого к определенным действиям...»²? Думается, что вряд ли верно.

¹ Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности. М.: Изд-во МГУ, 1972. С. 27; См. об этом же: Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России: Учеб. пособие. М.: Норма, 1997. С. 136-141.

² Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. С. 36.

На данное обстоятельство обратил внимание еще Г. Еллинек. «Цивилисты... писал он, – вплоть до настоящего времени по общему правилу признают принуждение единственной гарантией и с тем вместе существенным признаком права. Присматриваясь ближе к понятию принуждения, мы видим, что оно выступает преимущественно как непосредственное принуждение, т.е. что право достигает своих целей путем мотивации. Но совершенно непонятно, почему только мотивация, являющаяся результатом страха перед невыгодными юридическими последствиями, угроз и т.п., должна быть рассматриваема как гарантия права». И ниже: «...как бессильно было бы право, если бы оно располагало только средствами внешнего государственного принуждения. ...Уже... можно было видеть на примере церковного права, что правопорядок может быть гарантирован иными средствами, чем те, которые обычно объединяются под понятием правового принуждения.

...Правовое принуждение не способно само по себе гарантировать право...

Правовые нормы суть не столько принудительные, сколько гарантированные нормы»¹.

Еллинек довольно точно подмечает, насколько односторонен подход к пониманию права как средства принуждения. Принуждение – такое фактическое состояние, которое, если и не исключает решение человека из цепи детерминации, то, во всяком случае, ставит человека в положение, когда у него нет выбора для избрания иного варианта поведения². Кроме того, действуя по принуждению, индивид ведет себя вопреки своей воле и в интересах принуждающего.

Однако действительная социальная ценность права заключается не в подчинении, устранении человека, подавлении его активности, а в том, что оно выступает

¹ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб, 1908. С. 245-246.

² См.: Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. С. 267.

как целый комплекс юридически гарантированных возможностей свободного выбора решений и действий субъектов общественных отношений, как система закрепленных прав граждан, обеспечивающих самостоятельность, инициативу, творчество.

Таким образом, в обществе с развитым правом человек в полной мере обретает свободу, проявляет свою индивидуальность, получает простор для собственного активного поведения. А раз это так, то совершенно противоестественно принуждать гражданина жить по праву (к использованию своих прав и свобод), то есть к тому, что соответствует его природе, свободной воле и интересам. Свободная воля в себе и для себя, как указывал Г. Гегель, принуждена быть не может¹.

Другое дело поддержать, развить, поощрить на основе согласия, равновесия социально-правовую активность личности. Это настоятельная и острая необходимость. Но здесь в первую очередь нужны позитивные средства обеспечения (правовое поощрение, эффективная организующая деятельность органов государства, правовое обучение и воспитание и т.п.). Сводя же обеспечение права к принуждению, мы тем самым молчаливо признаем их второстепенность, считая главными в работе юридического механизма те элементы, которые пускаются в ход для борьбы с отклоняющимся от принципов и норм поведением. На самом деле все должно обстоять наоборот. Для утверждения в государственно организованном обществе *именно права* вся созидательная энергия, сила правовой власти должна быть направлена прежде всего на укрепление и развитие позиций ведущей себя правомерно личности.

Как справедливо замечает И. Сабо: «Понятие «власть» связано не только и не столько с представлением о принуждении, сколько с ролью государства как представителя общества...Во всяком случае, в совре-

¹ См.: Гегель Г. Философия права. С. 114.

менном обществе институционалированная, закреплённая государством система правил поведения есть обшая движущая сила соблюдения права.

По сравнению с этим принуждение в конкретных случаях применения норм права является лишь второстепенным фактором»¹.

Безусловно, было бы абсурдно вообще сводить на нет роль принудительности в обеспечении действия права, причем как в настоящем, так и в будущем. Несостоятельность позиции об отпадении государственной принудительности совершенно очевидна. Надо лишь не забывать об ограниченном круге ситуаций применения жестких государственных мер. В частности, принуждение допустимо тогда, когда не соблюдаются или не исполняются обязанности, произошло злоупотребление правами. При этом оно должно носить правовой характер, то есть быть обогащено свойствами права и сообразно этому иметь законное нормативное обоснование, строиться в соответствии с формальными требованиями закона и реализовываться в законом предусмотренных формах и процедурах².

Вместе с тем ни при каких обстоятельствах недопустимо принуждать человека к использованию прав или отказу от них, умалять права и достоинство личности. Если это произошло, индивиду следует решительно защитить свое право. По этому поводу еще Р. Иеринг писал: «Сопrotивление постыдному не праву, посягающему на самую личность человека, т.е. всякому нарушению права, которое по приемам своим носит характер неуважения к нему... такое сопротивление есть обязанность, долг; оно — долг управомоченного по отношению к самому себе, ибо таково веление нравственного самосохранения; оно — долг по отношению к обществу, ибо оно необходимо для осуществления права»³. Следовательно, право обеспечивается позитивными (правовое поощрение, организующая правомерное поведение деятельность органов государ-

¹ Сабо И. Основы теории права. С. 168.

² См.: Алексеев С.С. Теория права. С. 78.

³ Иеринг Р. Борьба за право. СПб, 1908. С. 18.

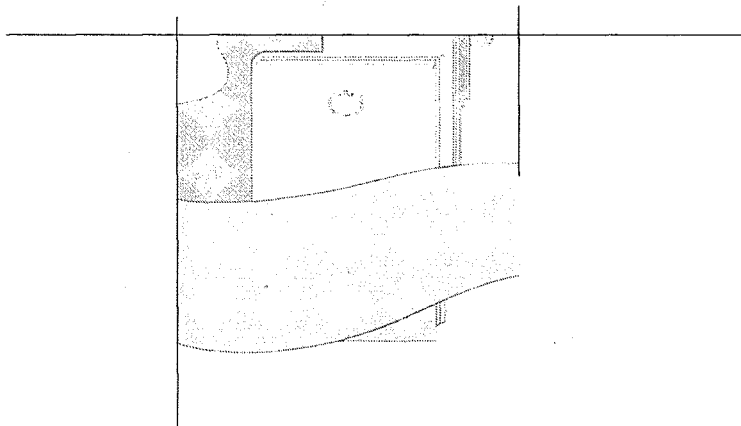
ства, правовое обучение и воспитание и т.п.) и негативными (государственное принуждение) юридическими средствами. Соответственно принудительность является составной частью более общего признака – обеспеченности права обществом и государством.

Завершен анализ человекоцентричного подхода к понятию права. Можно ли сказать, что он совместим с многоаспектным видением права? Безусловно, да. Человеческое измерение права как раз и доказывает преимущество интегрированного правопонимания. Именно через человеческое измерение притяжение направлений изучения права к друг другу становится необходимым и единственно возможным. Общим для них является ориентир на признание человека, его прав и свобод высшей ценностью, развитие и обеспечение высокого уровня правосознания, правовой культуры и социально-правовой активности.

Если исходить из предложенного критерия (человеческое измерение), то представляется, что основные школы (концепции), раскрывающие в своем взаимодействии право в целом, можно изложить в такой последовательности: естественно-правовая, рассматривающая сущность, содержание права (права и свободы, обусловленные природой человека); нормативная – исследующая внутреннюю (принципы, нормы права) и внешнюю (источники права) формы права; социологическая, рассматривающая право в действии, развитии и обеспечении.

Такое единство разных концепций права позволяет говорить не просто о естественном либо позитивном праве, а о динамичном функционирующем и развивающемся *естественно-позитивном праве* или праве в человеческом измерении. Естественно-позитивное право и станет предметом последующего исследования.

ЧЕЛОВЕК, ЕГО ПРАВА И СВОБОДЫ ЯВЛЯЮТСЯ ВЫСШЕЙ ЦЕННОСТЬЮ



ГЛАВА 2

СУЩНОСТЬ И СОДЕРЖАНИЕ ЕСТЕСТВЕННО-ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

Введение в теорию

§ 1. Сущность права

Под сущностью философская наука понимает внутреннюю, глубинную, устойчивую сторону явления, определяющую его природу, наиболее общие черты, свойства, из которых вытекает, на которых основываются все другие его черты, свойства. Сущность права – это главное, основополагающее в нем, раскрывающее его действительную природу. Сущность права с отстаиваемой в работе позиции обусловлена природой человека, его потребностью к свободе, самоопределению. Свобода, в свою очередь, выражается в правах и свободах.

Поэтому основное, глубинное в праве – права и свободы человека. Являясь биолого-социальным существом, свободная человеческая личность также невозможна без прав и свобод, как без сердца, нервной системы, легких и т.п. Вот почему право (права и свободы) не навязано и не могло быть навязано никем извне, включая государство. Как отмечал Г. Еллинек, государственная власть бессильна в отношении комплекса основных прав, вытекающих из свойств субъекта¹.

Формирование правовых свойств индивида – достаточно сложный и длительный процесс. Познание, обретение свободы, права происходит не в одночасье, а исторически готовится всесторонним развитием, всей совокупностью общественных отношений (среди которых особенно выделяются отношения частной собственности), создающих условия для автономной, относительно независимой жизнедеятельности человека. Сложившиеся новые отношения вызывают потребность в свободе. Осознание потребности в личной свободе порождает интерес, который вместе с мотивами, целями ведет к закладке в индивиде правовых свойств, способностей. Для каждого человека превращение в правовую личность сопряжено с борьбой мотивов, сменой системы ценностей, ломкой психологических установок. Да и как иначе. При овладении правом изменяется многовековой привычный жизненный коллективистский уклад, где «я» и «мы» — синонимичны, нераздельны. Правовые способности личности, напротив, появляются вместе с утверждением частного интереса, частной собственности, разграничением индивидуального и коллективного. Поступать по праву — означает, в первую очередь, поступать по своему желанию, в личных интересах, по своему усмотрению.

Весь психологический механизм превращения каждого отдельного человека в правовую личность (пра-

¹ См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 271, 273.

водееспособного субъекта) – потребности, интересы, мотивы, цели, ценностные ориентации, установки — приводит в движение воля. Воля – сознательное, свободное регулирование индивидом своего поведения. «Почвой права, – писал Г. Гегель, – является вообще духовное, и его ближайшим местом и исходной точкой – воля, которая свободна...»¹ Именно воля направляет умственные и физические усилия каждого человека на познание, усвоение и реализацию права, правовых возможностей. Без таких волевых свойств, как целеустремленность, решительность, настойчивость, выдержка, самостоятельность, человек никогда не смог бы превратиться в правовую личность, открыть правовое пространство как естественную среду обитания.

Содержание правовой регуляции отдельно взятого субъекта выражает индивидуальные, значимые, казалось бы, только для него правовые потребности и интересы. Однако, оценивая волевою регуляцию в сфере права, необходимо иметь в виду ее направленность: от индивидуальной к коллективной воле (групповой, классовой, большинства общества). «Мы можем принять за доказанное, – заявлял П. Г. Виноградов, – что человеческая воля, поскольку она пользуется свободой, преследует свои различные интересы. Проблема заключается в том, чтобы предоставить каждой личной воле такую свободу проявления, которая не противоречила бы свободе проявления других воль»². Поэтому «...живущим в обществе людям приходится не только избегать столкновений, но и налаживать всевозможные формы сотрудничества... ради достижения общей цели»³.

Таким образом, формирование общей воли происходит на основе сложного взаимодействия индивиду-

¹ Гегель Г. Философия права. С. 67.

² Виноградов П.Г. Очерки по теории права. СПб, 1915. С. 28.

³ Там же. С. 29.

альных волей. Групповая деятельность людей преобразует сознание и поведение отдельной личности, порождает у членов коллектива сходные, однородные побуждения и акты поведения как результат социального общения¹.

Это уже качественно новая общая воля: воля объединяющихся в ранее неизвестный гражданский союз, союз автономных, независимых личностей. Такая воля не может быть простой суммой или следствием механического сложения индивидуальных волей. Она вырабатывается в ходе систематического взаимовлияния друг на друга индивидуальных психик, в результате взаимодействия которых свободные личности достигают определенного уровня понимания не только важности своих собственных, а и общих интересов. «...Волю делает общей не столько количество голосов, сколько общий интерес, который объединяет их...»², – подметил Ж.Ж. Руссо.

Наличие общего интереса – лучшее подтверждение найденного согласия, сочетания, компромисса индивидуальных волей. «Единственный путь, посредством которого кто-либо ... надевает на себя узы гражданского общества, – говорил Д. Локк, – это соглашение с другими людьми об объединении в сообщество...»³

Разработка идеи договорной общей воли – крупнейшее достижение в истории правовой мысли. Она же (идея) стала основой заблуждения об общей воле как изначальном и единственном источнике правовой энергии. В известном своем труде «Об общественном договоре или принципы политического права» Ж. Ж. Руссо, доказывая, что право основано на соглашениях, свел суть договора к следующему: «Каждый из нас отдает

¹ См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М.: Юрид. лит., 1973. С. 37; Явич Л.С. Сущность права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1985. С. 10, 68-69.

² Руссо Жан Жак. Об общественном договоре. С. 27.

³ Локк Д. О государственном правлении. Избранные философские произведения. Т. 2. М., 1960. С. 56.

свою личность и всю свою мощь под верховное руководство общей воли, и мы вместе принимаем каждого члена как нераздельную часть целого»¹.

По Руссо, индивид не сохраняет за собой при вступлении в государство ни одного атома прав. Всякое право, какое только он имеет, даруется ему общей волей, которая одна ставит себе границы по своему усмотрению и которая не может и не должна быть юридически ограничена какой-либо другой властью. Даже право собственности признается за отдельным лицом только благодаря представлению со стороны государства; в силу общественного договора государство становится господином всего имущества своих членов; последние продолжают владеть им только как хранители общественного имущества.

*Следовательно, из общественного договора вытекают не права отдельного лица, а всемогущество юридически ничем не ограниченной общей воли*².

Да это и понятно. «Право... — уточняет в начале своей книги великий просветитель, — не дано природой; оно...основано на соглашениях»³.

Это небольшое, но принципиальное уточнение автора во многом проливает свет на все последующие его рассуждения. Действительно, если право не обусловлено природой, не является свойством личности, то, естественно, другого по теории Ж. Ж. Руссо источника правовой энергии, кроме общей воли, быть не может. Тогда и все ее жесткие требования и принуждения оправданы.

Но в том-то и дело, что общая воля не стала и не могла стать результатом отказа личности от своей свободы и своих прав. Она, напротив, исходя от индивидов, открывших первоначально право в себе и для себя, явилась формой официального признания, зак-

¹ Руссо Жан Жак. Об общественном договоре. С. 13.

² Еллинек Г. Декларация прав человека и гражданина. М., 1905. С. 9.

³ Руссо Жан Жак. Об общественном договоре. С. 4.

репления и защиты баланса частных и общественных интересов. Или, говоря словами В.С. Соловьева, в позитивном праве получило выражение равновесие двух интересов – интереса личной свободы и интереса общего блага¹. Это способствует устранению и крайнего индивидуализма, и тотального подчинения личности обществу.

Вместе с тем сущность права не только в начале становления цивилизации, а и во многие другие столетия ее развития оставалась противоречивой. Ведь это не была воля большинства живших тогда людей. Из многочисленной массы жителей планеты Земля лишь относительно меньшая ее часть могла участвовать в возведении своей воли в позитивное право. В силу известных субъективно-объективных причин право пробивает себе дорогу в ущерб равенству, через привилегии отдельных групп, классов. И если выделять здесь волю большинства, то только как волю большинства среди относительного меньшинства.

С такой поправкой, думается, можно принять утверждение Локка о том, что «когда какое-либо число людей создало с согласия каждого отдельного лица сообщество, то они тем самым сделали это сообщество единым организмом, обладающим правом выступать как единый организм, что может происходить только по воле и решению большинства. Ведь то, что делает какое-либо сообщество, делается лишь с согласия составляющих его лиц, а поскольку то, что является единым целым, должно двигаться в одном направлении, то необходимо, чтобы это целое двигалось туда, куда его влечет большая сила, которую составляет согласие большинства: в противном случае оно не в состоянии выступать как единое целое или продолжать оставаться единым целым, единым сообществом, как на то согласились все соединенные в него отдельные лица...»².

¹ См.: Соловьев В.С. Предварительные замечания о праве вообще // Власть и право. С. 112-113.

² Локк Д. Указ. соч. С. 56.

В то же время возведение в закон воли относительного меньшинства не изменило и не способно было изменить человеческую природу права вообще. Во-первых, благодаря волеустановленному (позитивному) праву определенная, пусть и меньшая часть людей реально ощутили себя правовыми личностями; во-вторых, был открыт, хотя и не простой, путь постепенного превращения всех представителей рода «человек» в правовую личность. Теоретической основой этого в определенной мере стала получившая распространение в государственно-организованном обществе идея прирожденных, неотчуждаемых прав человека. Ее выдвижение — это не только негативная реакция на ограниченность, несовершенство волеустановленного права, а начало обоснования идеи права в человеческом измерении.

Практическая же значимость теории естественного права в том, что, с одной стороны, ее положения способствовали открытию, осознанию своих правовых свойств людьми, отставшими по субъективным и объективным причинам в обретении свободы, с другой — эти положения стали ориентиром для них в борьбе за право, то есть за официальное, равное признание своих прав и свобод. Только в результате борьбы за право его сущность смогла из воли меньшинства превратиться в волю большинства.

В наши дни в любом демократически устроенном государстве власть принадлежит большинству общества. Соответственно право, как и власть, исходит от народа, принадлежит ему. Народоуправление неотделимо от народовластия, оба они — слагаемые суверенитета народа. Иными словами, источник права не государство, а большинство гражданского общества. Поэтому возведение воли в национальное право проводится, во-первых, непосредственно самими гражданами, например, в порядке референдума. Принятое в порядке голосования самоуправленческое решение обладает юридической силой, имеет прямое действие, не нуж-

дается в санкционировании каким-либо государственным органом; во-вторых, представителями граждан. Здесь воля людей проводится в жизнь посредством принимаемых их избранниками нормативно-правовых актов. В обоих случаях должна быть выражена воля большинства. Так, референдум признается состоявшимся, если в голосовании приняло участие более половины граждан России; закон считается принятым, если за него проголосовало большинство членов Государственной Думы.

Уровни проявления сущности прав различны, поскольку отличаются друг от друга сообщества людей. Воля большинства может быть представлена не только на уровне страны в целом, но и на уровне субъектов Российской Федерации (республик, краев, областей и т.д.), самоуправляемых территорий, а также трудовых коллективов, общественных объединений. В частности, в результате референдума (голосования) жителей города или иной самоуправляемой территории может быть принято решение по упорядочению наиболее важных сторон местной жизни.

Выделенные уровни проявления сущности права обладают самостоятельностью, а именно – каждый из них представляет собой волеизъявление той или иной общности людей, связан со специфическим кругом общественных отношений, имеет только ему присущие границы бытия. Отличается своеобразием и механизм выявления воли на каждом из уровней. Однако автономность уровней сущности права не противостоит их единству, взаимодействию, которые присущи любой развитой системе права.

Таким образом, естественно-позитивное право по своей сущности есть возведённая в закон (иные официальные источники) воля большинства людей, провозглашающая свободу (права и свободы) человека и гражданина как высшую ценность.

§ 2. Содержание права

Право как свобода. Сущность права проявляется в содержании права. Если сущность – основное, главное, определяющее в праве, то содержание есть её конкретизация, обогащение¹.

Научные поиски содержательной характеристики права, при всей дискуссионности данного вопроса, позволили в самом общем виде определить его в качестве масштаба, меры поведения. Разногласия начинаются при уточнении непосредственного состава элементов содержания.

Имеет своих сторонников точка зрения, строящаяся на включении в число элементов содержания норм права, правоотношений, правосознания и т.д., хотя отношение к ним, их набор и компоновка различны у разных авторов².

Наряду с названным выше подходом к освещению содержания права, сложился и иной, включающий в него свободу, справедливость, равенство. В последнее время данный взгляд на содержание права получил широкое распространение не только в научной, но и учебной литературе.

С позиции развиваемой в работе человекоцентристской теории такое видение представляется оправданным. Для личности имеют значение не нормы, правоотношение, правосознание сами по себе, а те ценности, которые посредством их закрепляются, реализуются, отражаются. Такими жизненно важными, судьбоносными ценностями для правовой личности являются свобода, справедливость, равенство. В данной связи рассуж-

¹ См.: Чхиквадзе В.М. Государство. Демократия. Законность. С. 293; Керимов Д.А. Философские проблемы права. М.: Мысль, 1972. С. 199; Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М.: Юрид. лит., 1973. С. 21.

² См.: О понимании советского права // Сов. гос-во и право. 1979. № 7. С. 56, 66-67 и др.; Алексеев Л.И. К вопросу об общем понятии права // Гос-во и право. 1993. № 6. С. 128-133.

дения о нецелесообразности введения в понятие права «... не юридических категорий (свободы, справедливости и др.), влияющих на право, даже закрепляемых в праве, но правом не являющихся...»¹ представляются неверными. Иное дело, что каждое из понятий (свобода, справедливость) по-своему характеризует содержание права, имеет своё назначение в нём. Разобраться в этих тонкостях и есть задача исследования.

Появление права, как уже отмечалось в главе 1, связывается, в первую очередь, со свободой. Именно свобода – центральный компонент его содержания. «Выяснение того принципиального для всего правопонимания обстоятельства, – пишет В.С. Нерсисянц, – что норма закона состоит не только из конкретизации, но из того, что конкретизируется, и этим конкретизируемым не может быть любое произвольно взятое содержание, но лишь определённое по своей сущности содержание, т.е. свобода...»² Развивая эту мысль уже в другой работе, В.С. Нерсисянц утверждает: «Право – не просто всеобщий масштаб и равная мера, а всеобщий масштаб и равная мера именно и прежде всего свободы индивидов. Свободные индивиды – «материя», носит суть и смысл права»³.

Поддерживая тезис о праве как свободе, В.Д. Зорькин заключает: «...право – это сама свобода, свобода нормированная, определённая на основе меры». И чуть ниже: «Право – это прежде всего юридическая свобода личности»⁴.

С 90-х годов прошлого века термин «свобода» прочно вошёл в лексикон российских учёных-юристов, занимающихся проблемой правопонимания (С.С. Алексеев, В.К.

¹ О понимании советского права // Сов. гос-во и право. 1979. № 8. С. 72.

² Нерсисянц В.С. Право и закон. С. 353.

³ Нерсисянц В.С. Философия права: Учебник для вузов. С. 27.

⁴ Право, свобода, демократия: Материалы «круглого стола» // Вопр. философии. 1990. № 6. С. 21.

Бабаев, М.В. Баглай, М.И. Байтин, Н.В. Витрук, И.Г. Гойман, В.В. Ершов, В.Б. Исаков, В.П. Казимирчук, В.Н. Карташов, В.Н. Кудрявцев, В.В. Лазарев, В.И. Леушин, А.Б. Лисюткин, Г.В. Мальцев, Н.И. Матузов, А.В. Малько, В.Д. Перевалов, В.А. Сапун, И.Н. Сенякин, Л.И. Спиридонов, Л.С. Явич и др.).

Праву в аспекте свободы даются разные характеристики: реального бытия свободы, меры свободы, средства её обеспечения. Рассмотрение права под углом зрения свободы приобрело устойчивую тенденцию. Эту тенденцию довольно чётко сформулировал Г.В. Мальцев: « В контексте обновления человеческой цивилизации право как нормативный феномен культуры примет облик, полностью совместимый со свободным социальным творчеством людей. В правовом развитии акцент стоит на свободе, а это требует его ориентации на ценности самоопределения, саморазвития, саморегулирования, самоуправления во всех сферах человеческой жизни»¹.

Вместе с тем высказана и прямо противоположная позиция. В.Ю. Дорофеев считает, что «возведение... свободы или меры свободы в ранг *определения* права, встречающееся у ряда авторов, представляется спорным. Свобода, естественно, неотъемлемое свойство человеческого общества и обязательный признак правового государства, однако вряд ли обосновано суждение о том, что право это и есть свобода (мера свободы)...Свобода есть результат правового воздействия, гарантируемый всем комплексом свойств права и его функций. Право действительно отмеряет свободу, обеспечивает её реальность и гарантирует от её нарушений и ущемлений. Но всё же это не есть право как понятие; ведь речь идёт о воздействии права, о направлениях, целях и результатах такого воздействия. Поэтому известные фразы Гегеля – «право есть мера

¹ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М.: Прометей, 1999. С. 399.

свободы», «право есть вообще свобода как идея», подлежат, по мнению автора, истолкованию не как дефиниция права, а как метафоры, подчёркивающие для наглядности глубокую связь права со свободой, ценность и назначение права»¹.

Однако само высказывание В.Ю. Дорофеева не-бесспорно, противоречиво. С одной стороны, автор соглашается с тем, что право действительно отмеряет свободу, с другой – утверждает, что всё же это не есть право как понятие, поскольку речь идёт о воздействии права. Но право может воздействовать (а в данном случае регулировать) лишь с помощью того, что в нём содержится, входит в число элементов структуры его содержания. Такими элементами являются права и обязанности, которые есть сердцевина, центр правовой материи². Посредством прав и обязанностей и происходит, прежде всего, правовое воздействие на сознание и поведение людей, определение их свободы³.

Другой вопрос, что права человека и гражданина в сравнении с их обязанностями наиболее адекватно и полно выражают идею свободы как возможности быть господином самому себе. Следовательно, благодаря правам именно в праве свобода людей получает реаль-

¹ Дорофеев В.Ю. Права человека и функции российского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1998. С. 11.

² См.: Мальцев Г.В. Права личности: юридическая норма и социальная действительность // Конституция СССР и правовое положение личности. М., 1979. С. 50; Лившиц Р.З. Теория права. М.: Бек, 1994. С. 66.

³ Данное обстоятельство не учитывает Д.В. Чухвичев, полагающий, что «в качестве мерила, официально признанных рамок свободы могут рассматриваться только непосредственно нормативно-законодательные акты, представляющие собой только внешнее формальное выражение требований права» (Чухвичев Д.В. Свобода и право: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 17-18). Но сами по себе нормативно-правовые акты, как верно пишет Д.В. Чухвичев, лишь только внешняя форма выражения права. Непосредственной же мерой свободы, определителем границ возможного и должного выступают права и обязанности, составляющие содержание права.

ный характер и плюс к тому ещё неотделимость от содержания права¹.

Близок к такому пониманию и сам В.Ю. Дорофеев, когда утверждает, что «...позитивное право (как раз через неотъемлемые права человека, которые напрямую входят теперь в его содержание) непосредственно соотносится с самой основой человеческого бытия – со свободой и, в соответствии с этим, призвано воплощать её в необходимых юридических формах, реализовывать в процессе правового регулирования общественных отношений»².

Представляется, что право одновременно есть сама свобода, её мера, форма и средства её обеспечения.

Право как свобода проявляется в двух аспектах: негативном и позитивном. В первом (негативном) значении это свобода от «рабства», иной формы личной зависимости, дискриминации, вмешательства в частную жизнь, принуждения со стороны кого бы то ни было как к совершению, так и несовершению действий. Такое состояние свободы образно выразил К.А. Гельвеций: «Свободный человек – это человек, который не закован в кандалы, не заключён в тюрьме, не запуган, как раб, страхом наказания... (Б)ыло бы нелепостью назвать несвободой то, что мы неспособны полететь под облака, как орёл, жить под водой, как кит...»³ Свободой в негативном значении может обладать только правовая (праводеспособная) личность.

Во втором (позитивном) смысле – это свобода «для» проявления социально-правовой активности. Она проистекает из потребности человека самостоятельно ставить перед собой цели, определять задачи, иметь собственные мотивы принятия решений, проявлять в процессе деятельности инициативу, творчество, достигать юридические результаты, необходимые ему, а не

¹ См.: Алексеев С.С. Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность. М.: Норма, 2001. С. 75.

² Дорофеев В.Ю. Указ. соч. С. 8,9.

³ Гельвеций К.А. Соч.: В 2 т. Т.1. М.: Мысль, 1973. С. 175.

только другим людям, обществу. И в праве желания личности быть деятельной, активной находят необходимое удовлетворение. Благодаря лежащему в основе правового регулирования принципу: «дозволено делать всё, что законом не запрещено», границы возможностей индивида для самовыражения, самоопределения в разных сферах жизни общества максимально раздвинуты. При этом право здесь выступает в качестве самой свободы и её меры.

Право выступает и формой свободы. «Правовые нормы, – отмечает Н.И. Матузов, – и есть нормы свободы, но свободы юридически признанной, выраженной, (оформленной) государством в виде законов и иных правовых актов»¹. В названной формулировке отчётливо проявляется позитивная составляющая права. Выразителем свободы служат обе формы права: внутренняя и внешняя. Посредством внутренней формы (нормативно-регулятивных средств – принципов, норм) свобода объективируется, приобретает видимые очертания, границы; посредством внешней формы (источников права – нормативно-правовых актов, нормативных договоров) свобода получает официальное признание, закрепление. Придавая официальный характер свободе личности, право в то же время закрепляет средства её стимулирования, охраны и защиты. Всё это и превращает свободу из просто идеи, порой игры слов в реально существующую и обеспеченную возможность выбора действий, без которой человек не может обойтись, стать хозяином своей собственной жизни.

Таким образом, право – это сама свобода личности, но свобода официально признанная, обеспеченная, определённая общим масштабом, мерой.

В философской и юридической науках под свободой в самом общем смысле понимается возможность поступать по своей воле, без внешнего принуждения.

¹ Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2003. С. 42.

Причём понятие «возможность» используется для раскрытия прав и обязанностей. Так, Г.В. Мальцев заключает, что «...юридическая обязанность есть не только должное, но и возможное в человеческом поведении»¹.

С точки зрения Г.В. Мальцева, обязанность как возможное поведение обнаруживает себя:

- в реальности заключённых в обязанности требований, так как нельзя наложить на человека обязанность, которую он практически никогда не мог бы исполнить;

- в возможности совершения действий, противоположных тем, которые запрещаются;

- в активности обязанного субъекта при самостоятельной постановке цели в рамках правового требования, преодолении различного рода трудностей в процессе исполнения обязанностей и т.п.;

- в возможности удовлетворения не только интересов управомоченного, но и своих собственных².

Свидетельствуют ли приведённые случаи о проявлении возможности в процессе осуществления обязанности? В целом, да. Исключить, представляется, следует ситуацию с нарушением запретов. Эта антиправовая возможность. Она не есть выражение свободы в праве, её диагноз – произвол, беспредел. А вот возможность по своей воле соблюдать и исполнять обязанности стоит подчеркнуть особо. Обязанный, как и управомоченный, обладает свободой воли и в его возможности без всякого внешнего давления вести себя правомерно.

Итак, обязанность определенным образом связана с возможностью. Однако не видеть различия проявления возможности в правах и обязанностях нельзя. Своеобразно на это различие обращает внимание Г.В. Маль-

¹ Мальцев Г.В. Социалистическое право и свобода личности. С. 71.

² См.: Мальцев Г.В. Социалистическое право и свобода личности. С. 72-73, 76-77.

цев: «Если субъективное право означает возможность действовать по своей инициативе и усмотрению, то поведение обязанного лица связано с такой возможностью, которая в то же время признана законодателем необходимой. Обязанность есть возможность поведения, имеющая необходимый характер, т. е. возможное в поведении одновременно является и необходимым»¹. По мнению Л. Д. Воеводина, «здесь...правильно подмечена связь правовой возможности и правовой необходимости. В праве эти категории не только взаимосвязаны, но и взаимно проникают. И, видимо, обоснованно будет характеризовать юридические права и свободы и юридические обязанности качествами возможного и необходимого поведения»².

В основе такого суждения лежит положение о праве как должном явлении. «Всякое поведение человека на основе норм права может рассматриваться как должное»³.

«Право в так называемом объективном смысле всегда выступает в качестве масштаба, известного шаблона, служащего внешним основанием для оценки поступков людей, средством для регулирования их поведения.

Здесь право, любая норма проявляет себя как *должное*, подкрепляемое государственным принуждением, *обязательное* поведение»⁴.

Согласно такой позиции одинаково должным является поведение, установленное посредством прав и обязанностей. В свою очередь, должное – это то, что необходимо, то есть обязательно должно произойти в данных условиях, а именно – требование юридических норм под угрозой принуждения должно быть исполне-

¹ Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 74.

² Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. С. 138.

³ Пионтовский А.А. К вопросу об изучении общенародно-го права // Сов. гос-во и право. 1962. № 11. С. 24.

⁴ Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности советских граждан. С. 16.

но. Это логично приводит к допустимости отождествления прав и обязанностей. Ранее в качестве наиболее яркого примера органичного соединения прав и обязанностей служила конструкция «право на труд и обязанность трудиться». После запрещения принудительного труда (ч. 2 ст. 37 Конституции РФ) для иллюстрации стали использовать конструкцию «право на образование». «Как известно, право на основное общее образование является обязательным (ч. 4 ст. 43 Конституции РФ). В этом предписании Конституции заключается и возможность (право) и необходимость (обязанность)»¹.

Словосочетание «право является обязательным» (неважно, какое это право – на образование, на труд, отдых и т.д.) звучит довольно странно. Столь же странным было бы выражение «необязательная обязанность». На самом деле, в ч. 4 ст. 43 Конституции РФ закреплено не право, а обязанность человека получить основное общее образование. Путаница, видимо, возникает из-за того, что освещаемая обязанность помещена в статье о праве на образование, что, с точки зрения законодательной техники, вряд ли целесообразно. Правильнее было бы расположить настоящую обязанность в отдельной статье либо её части среди иных обязанностей человека. А то, что перед нами именно обязанность, подтверждается и конкретизирующей данную статью Конституции ч. 4 ст. 29 Закона об образовании. В ней записано: «Требование обязательности основного общего образования применительно к конкретному обучающемуся сохраняет силу до достижения им возраста пятнадцати лет, если соответствующее образование не было получено обучающимся ранее».

Есть ли выбор в подобных ситуациях у молодого человека, не достигшего пятнадцатилетнего возраста? Другими словами, может он не получать основное

¹ Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. С. 138.

общее образование, посчитав, что ему это не нужно? Такой выбор, такая возможность у него отсутствует. Его поведение запрограммировано внешней (объективной) необходимостью, сформулировано в виде официального категорического требования и безоговорочно должно быть осуществлено. Возможности, имеющиеся у обучающегося при исполнении обязанности, напрямую связаны с ограничениями, налагаемыми законом, органами управления образованием, школой, родителями, носят организующий, вспомогательный характер, содействуют более эффективному воплощению обязанности в жизнь. Однако такие возможности не могут и не способны изменить сути обязанности как меры должного, необходимого поведения, обеспеченного государственно-правовым принуждением. Здесь на первый план выходит внешняя необходимость, определяемая интересами общества, государства, других (управомоченных) лиц. До полного осознания ее важности, полезности для себя обязанный может и не подняться. Но независимо от этого главное для него вести себя должно и как можно точнее, то есть в соответствии с предписанными юридическими нормами. В противном случае не избежать государственно-го принуждения.

Другая картина наблюдается, когда человек выступает как носитель прав и свобод. Здесь на первый план выходит не внешняя, а внутренняя необходимость или потребность в чем-либо для себя. Ее реализовать или не реализовать индивид может, но не должен. Последнее ещё раз подчеркнём – удел обязанного лица. Одно из основных предназначений позитивного права как раз и состоит в том, чтобы чётко развести должное (обязанности) и возможности (права и свободы). В позитивном праве посредством прав и свобод всё **лично необходимое, ценное**, раскрывающее своё «я», автономность человека, получает особое признание, приоритетное развитие. Управомоченному гарантируется возможность поступать за границами правовых запретов самодей-

тельно, инициативно, творчески, реализуя свои частные и даже порой эгоистические интересы. Тем самым через юридически признанные права и свободы личность обретает внутреннюю и внешнюю свободу, становится в полном смысле слова хозяином самой себя.

На права и свободы как выражение подлинной свободы делается упор во Всеобщей декларации прав и свобод человека, в международных пактах 1966 г., в конституциях современных демократических государств.

В таком же направлении шли создатели отечественной Конституции 1993 г. Глава вторая Основного закона названа «Права и свободы человека и гражданина». Человек, его права и свободы объявлены высшей ценностью (ст. 2). Согласно ст. 18 права и свободы человека определяют смысл, содержание и применение законов, являются непосредственно действующими вне зависимости от того, приняты или нет для их воплощения в жизнь конкретизирующие нормативные документы. Подтверждением тому может служить положение ч. 3 ст. 59 Конституции РФ, на основании которой до принятия специального закона подавались в суды исковые заявления о признании права на альтернативную службу.

Совсем по-другому решается вопрос, если надо реализовать конституционную обязанность. Так, части 1 и 2 ст. 59 предписывают гражданину Российской Федерации обязанность нести военную службу. Для её осуществления одного конституционного положения явно мало. Чтобы нормы Основного закона, регламентирующие необходимое, должное поведение, были применены, потребовалось принятие специального закона РФ о военной обязанности и о военной службе. Без специального закона прямое действие данной нормы, а также других конституционных норм, закрепляющих конституционные обязанности, было бы крайне затруднительно или вообще невозможно¹.

¹ См.: Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. С. 140-141.

Подытоживая сказанное, можно утверждать, что свобода как правовая возможность – это модель поведения субъекта, который: а) независим от кого-либо, от чьих-либо требований, действий; б) поступает инициативно, по своей воле, своему усмотрению; в) действует в своих интересах, порой даже эгоистических, не всегда совпадающих с общественными; г) за пределами запрещенного законом, ничем(кем) в юридическом смысле не ограничен; д) не может быть принужден к поведению (действию или бездействию). Всем названным характеристикам соответствует лишь модель поведения управомоченного.

Таким образом, наиболее полно, тождественно свобода в праве проявляется в правах и свободах, посредством прав и свобод устанавливается ее мера. Последнее вытекает из свойства права как нормативного регулятора общественных отношений. Право и прежде всего право способно наиболее полно, конкретно закреплять объём, вид, перечень прав и свобод человека и гражданина, определять правовые возможности активного поведения. Следовательно, мера свободы включает в себя: меру развитости, полноты (объёма) прав и свобод; меру возможности самостоятельного выбора и активной деятельности.

Мера развитости, полноты (объёма), прав и свобод человека и гражданина

История права прошла несколько ступеней в своём формировании и эволюции – от естественного права, позитивно-естественного права до естественно-позитивного права. Каждой исторической ступени права присуща своя мера свободы (уровень развития, объём, перечень прав и свобод личности).

Первая ступень становления права как свободы – *естественное право* или естественные и неотчуждаемые права человека. Их открытие, выявление, обусловленное самым ходом развития общества, происходило в процессе осознания человеком себя

личностью, своего места среди других людей, потребности в индивидуальной свободе, частной собственности, личной выгоде и т. п.

Осознание нужды в правах опиралось на практический опыт, показавший наиболее зрелым, подготовленным и активным людям преимущества построенного на свободе усмотрения, независимого автономного поведения, при сохранении баланса интересов с себе подобными индивидами.

Проверенные опытом в догосударственную эпоху представления об естественных правах и сложившиеся на их основе правила во многом возникали стихийно, носили интуитивный характер, не имели формального закрепления, чёткого размежевания с обязанностями, надёжного обеспечения и защиты даже для ограниченного круга лиц. Не приходится говорить о какой-то системе естественных прав. Главным образом делалась попытка вычленивать из должного, необходимого отдельные возможности в сфере быта, труда, распределения. И всё же именно с таких простейших, слабо взаимодействующих, имеющих нравственные, религиозные, а не юридические корни естественных прав человека начинается отсчёт жизни современного права¹.

¹ Отстаивается и иной взгляд на естественное право и его взаимоотношения с позитивным правом. С.И. Лысов считает, что: «...фактически право не естественно, не природно, оно есть продукт определенного этапа развития общества. Право не может существовать без материальных проявлений. В дополнение (причем обязательное) к правовым обычаям, законам появляется и их оценка, осмысление, одной из форм которых выступает естественное право. При этом заявления сторонников естественного права, что оно выступает первичным прообразом, первоосновой позитивного права, отражают только тот факт, что появлению первых законов предшествовало критическое отношение к ранее существовавшим формам и способам социального регулирования – первобытным мононормам и правовым обычаям. Именно данные исторически первые формы социальной регуляции и надо, по существу, называть естественными, но не правовыми... Таким образом, само естественное право не является естественным, вечным по своему происхождению – не коренится ни в природе, ни в самом

Вторая ступень в развитии права как свободы, следующая за естественным правом и из него происходящая, вытекающая, может быть названа *позитивно-естественным правом*.

Позитивное право – спутник государственно-организованного общества. Оно появилось в ходе проектно-нормативной деятельности специальных субъектов – законодателей, судей. Через позитивное право познавшая преимущества личной свободы определённая общность людей официально формулирует и закрепляет свои права в нормативных актах и других юридических источниках. Благодаря государственно-властному оформлению слабые, ещё неокрепшие ростки естественного права (правовые возможности) получили необходимую среду обитания, а также новую, дополнительную энергию для своего выживания, сохранения и развития. Другими словами, в процессе исторического рождения позитивного права произошло не размежевание и отделение естественного от волеустановленного права, а их противоречивое, конфликтное взаимопроникновение, взаимодополнение, что и привело к появлению позитивно-естественного права.

В этой связи нельзя согласиться с утверждением В.И. Букреева и И.Н. Римской в том, что «отделение естественного права от права, конструируемого искусственным путём, с помощью разума, проектировочной деятельности человека – впервые зафиксировало автономность человека в обществе, несводимость чело-

человеке в качестве его прирожденного свойства. Оно представляет собой выраженную в неверных формах попытку найти действительные основания государства и права» (Гысов С.И. Естественно ли «Естественное право»? // Актуальные проблемы юриспруденции: Сб. статей. Вып. 3. Ч. 1. Тюмень: Изд-во Том. ун-та, 1999. С. 8-9). В приведенных рассуждениях не учитывается универсальность термина «право»; позитивное право лишается своей истории, корней; игнорируется главное в праве – права и свободы; смешивается содержание права (права и свободы) с формами его выражения (правовым обычаем); опускается особая миссия государства: признание, закрепление и защита прав и свобод.

века к социуму, в который он включён, возможность несовпадения их интересов, сложную судьбу «общественной» жизни человека, его вечный поиск себя в мире, и мира в себе, необходимость личного выбора своей судьбы»¹.

Надо видеть различие между теорией естественно-го права как критикой несовершенств, недостатков действующего позитивного права и самим процессом право-генеза. Представляется, что с точки зрения процесса развития права, только юридическое закрепление (официальное объективирование) с помощью института «гражданство» прав человека позволило: а) признать лич-ность внешне свободной, подтвердить её автономность и несводимость к коллективу; б) зафиксировать исход-ный комплекс прав (их объём, перечень), а также сред-ства их защиты.

Первым юридическим бытием прав человека при-нято считать неотъемлемые права гражданина антич-ного полиса. Так, в законах Афин, Рима проводится размежевание индивидуального «я» и коллективного «мы». Человек как гражданин обретает правовой ста-тус, позволяющий ему проявлять свою волю, желания, склонности, несовпадающие с волей, желанием, склон-ностями других людей. Это становится возможным бла-годаря наделению гражданина правами: на свободу, собственность, наследование, участие в государствен-ном управлении, правосудии.

Другой вопрос, что позитивно-естественное право лишь только ступень (и далеко не совершенная, не развитая) в эволюции права в целом. На довольно значительное время позитивный фактор затмил собой истинный источник права – природу человека, выдвиг-нув на первый план внешнее, властно-волевое, обяза-тельно-принудительное начало, сделав центром право-

¹ Букреев В.И., Римская И.Н. Этика права: от истоков этики и права к мировоззрению: Учеб. пособие. М.: Юрайт, 1998. С. 55.

вой «вселенной» государство, а не человека. И это закономерно. Пока сохранялись полная или частичная несвобода людей (рабство, крепостничество), формальное неравенство, право, права личности и не могли рассматриваться иначе как через призму государства. Это было право привилегий. Наделение тем или иным объёмом прав происходило в зависимости от имущественного, социального положения, принадлежности к определённым классу, сословию. Одинаковой свободы и равенства для всех не признавало ни древнее, ни затем и средневековое государство.

Ограничен был перечень формально закрепляемых прав, сложно говорить о какой-то их системе, скорее всего, это была их некая совокупность, – до целенаправленного построения системы юридических прав общество ещё не созрело.

Однако и в этих условиях утверждение гражданина, подданного как носителя определённых прав было крупным шагом в области развития духовной культуры человечества на его пути познания свободы. При всей их классовой, сословной ограниченности данные права были прогрессивны по своей природе, создавая у лиц, обладающих статусом гражданина (подданного), чувство причастности к решению общегосударственных дел и одновременно формируя и развивая личную самостоятельность при решении собственных вопросов.

Сама по себе идея гражданства явилась катализатором борьбы угнетённых, ущемлённых в правах людей, и эта борьба неизбежно должна была впоследствии вылиться в движение за всеобщую свободу и равноправие¹, изменить соотношение естественного и позитивного в праве в пользу первого.

Третья ступень развития права – *естественно-позитивное право*. Начало ему положили такие высокозначимые для мировой цивилизации юридические докумен-

¹ См.: Общая теория прав человека / Рук. авт. коллектива и отв. ред. Е.А. Лукашева. С. 48.

ты, как Декларация прав Виргинии 1776 г., Декларация независимости Соединённых Штатов Америки 1776 г., Билль о правах 1789-1791 гг. (первые десять поправок к Конституции США), французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г. Принятие, введение в действие данных документов стало государственным признанием не только гражданина (подданного), а любого человека правовой (правосубъектной) личностью. Было также официально установлено, что общество не может быть свободным, не освободив каждого отдельного человека. Общечеловеческое измерение позитивного права повлекло снятие классовых, сословных привилегий, преимуществ, утверждение формального равенства всех людей перед законом, выдвижение прав и свобод человека на ключевые позиции в юридической системе. В соответствии с ними начинают выстраиваться другие юридические средства: «... обязанности, запреты... ответственность»¹.

Побуждающая энергия позитивного права теперь в меньшей степени нуждается в «подзарядке» государственным принуждением, поскольку «свобода состоит в возможности делать всё, что не наносит вреда другому: таким образом, осуществление естественных прав каждого человека ограничено лишь теми пределами, которые обеспечивают другим членам общества пользование теми же правами» (ст. 4 французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г.). Позитивная составляющая права в большей мере начинает играть по отношению к человеку роль обеспечительной, защитной силы².

Конечно, в полной мере правовая логика, присущая содержанию естественно-позитивного права, начинает раскрываться лишь на современной стадии развития цивилизации, но то, что его первые «кирпичики»

¹ Алексеев С.С. *Философия права*. М.: Норма, 1998. С. 45.

² См.: Tinant E.L. *La positividad del derecho natural*. Bol. de la asoc Argentina de filosofia del derecho, La Plata, 1985, a. 2. № 1. P. 4.

заложены в названных выше документах, – факт исторически подтверждённый, как и попытка сформулировать и закрепить более или менее возможный тогда перечень естественных прав человека. Показателен в этом плане законодательный опыт США. Первоначально Конституция США 1787 г. не содержала перечня неотчуждаемых прав, поскольку отцы-основатели исходили из того, что естественно принадлежащие человеку права не нуждаются в позитивном подтверждении текстом закона. Их перечисление могло быть воспринято как исчерпывающий перечень прав и свобод, что привело бы к ущемлению тех прав, которые не вошли в список. Однако отсутствие в Основном законе США перечня федерально закреплённых прав и свобод вызвало критику этого документа. Под давлением общественного мнения вновь избранному Конгрессу США 1789 г. были предложены проекты поправок, содержащих положения о политических и личных правах. Десять первых поправок к Конституции, составившие федеральный Билль о правах, были ратифицированы к концу 1791 г. Непосредственно к правам человека относилось семь поправок, предусматривавших свободу вероисповеданий, свободу слова и печати, право народа мирно собираться и обращаться к правительству с петициями, неприкосновенность личности, жилища, бумаг и имущества и другие права¹.

Правильность данного подхода подтвердила Декларация прав человека и гражданина 1789 г. Во вступительной части Декларации записано: «Представители французского народа, образовав национальное собрание... – приняли решение изложить в торжественной Декларации естественные, неотчуждаемые и священные права человека, чтобы эта Декларация, неизменно пребывая перед взором всех членов общественного союза, постоянно напоминала им их права...»

¹ См.: Права человека: Учебник для вузов / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Норма-Инфра, 1999. С. 24.

Дальнейшее развитие содержания естественно-позитивного права пошло по пути установления формально равной свободы (формального равенства) между мужчиной и женщиной, представителями разных рас, национальностей, религий и т.п. Не остался неизменным перечень основных прав и свобод человека. К первоначально зафиксированным личным, политическим правам впоследствии добавились социально-экономические, культурные права человека. Получили развитие коллективные права (народов, наций, жителей самоуправляемых территорий и т.д.). В процесс обогащения содержания права неоценимый вклад внесло мировое сообщество. Организация Объединённых Наций, осмысливая трагический опыт Второй мировой войны, переносит проблему прав человека из сферы исключительно национального, внутригосударственного права в сферу международного права. В результате международного правотворчества выходят в свет Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. – юридические документы, заложившие фундамент современной системы прав личности, составившие общий правовой статус человека и гражданина. На европейском континенте таким структурообразующим документом стала Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и последующие дополняющие её протоколы.

В настоящее время в Европе и в мире в целом действует универсальная, разветвлённая система общепризнанных принципов и норм или международных стандартов прав и свобод человека. Данные стандарты являются составной частью правовых систем многих современных государств, включая и Россию. Каталог прав и свобод человека и гражданина, содержащийся в Конституции РФ, включает в себя:

Личные (гражданские) права и свободы – право на жизнь; право на достоинство личности; право на свобо-

ду и личную неприкосновенность; право на неприкосновенность частной жизни; право на неприкосновенность жилища; право определять и указывать свою национальность; свободу выбора языка общения; свободу перемещения и выбора места жительства; свободу выезда за пределы федерации и свободу возвращения в неё; свободу совести; свободу мысли и слова.

Политические права и свободы – право на объединение; право проводить собрания, митинги, шествия, демонстрации, пикетирования; право участвовать в управлении государством; право избирать и быть избранным; право на участие в референдуме; право на равный доступ к государственной службе; право на участие в отправлении правосудия; право обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения.

Экономические права и свободы – право на предпринимательство; свобода экономической деятельности; право частной собственности; право на наследование; право на труд; право на отдых; право на индивидуальные и коллективные трудовые споры; право на забастовку.

Социальные права – право на социальное обеспечение; право на жилище; право на охрану здоровья и медицинскую помощь.

Культурные права и свободы – право на образование; свободу литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества; право на участие в культурной жизни.

Приведённый выше перечень прав и свобод человека и гражданина в целом соответствует международным стандартам, открывает широкие потенциальные возможности личности для социально-правовой активности.

Таким образом, рассмотренный правовой круговорот, начав своё непрерывное движение с прирождённых прав (естественное право), сменив их на довольно продолжительное время на права гражданина, поддан-

ного (позитивно-естественное право), вновь возвращается, но уже на более качественно и количественно высоком уровне развития к признанию определяющим элементом содержания права естественных прав человека (естественно-позитивное право).

В данной связи оказалась полностью опровергнута позиция И.П. Пнина о том, что «всякий человек может сделаться гражданином, но гражданин не может уже сделаться человеком. Переход из дикого состояния в общество согласен с целью природы, переход же другого из общежития к дикости был бы противен оной...

Из чего ясно видеть можно, сколь мнимые права человека противоположны правам гражданина. Сколь система, стремящаяся к распространению таких прав, ведёт к гибели, поселяет дух раздоров, ... потрясая самое основание царств, столь веков создающихся...»¹.

Права человека не вытесняют прав гражданина, не вступают с ними в противоборство. Наоборот, наличие их органическая связь, взаимодополнительность. Новое, теперь уже официальное пришествие прав личности подтверждает правильность давно сформулированной, но неоправданно долго юридически неостребованной идеи – о человеческой природе права. Поэтому справедлив Э.Л. Тинант, говоря об имманентности позитивному праву естественных начал².

При этом следует поддержать тех авторов, которые выступают против деления прав и свобод человека и гражданина на неотъемлемые и второстепенные. В рамках Соперничания по безопасности и сотрудничеству в Европе государства признали, что все права и свободы – гражданские, политические, экономические, социальные, культурные и др. – «имеют первостепен-

¹ Пнин И.П. Опыт о просвещении относительно к России // Русская философия собственности XVIII-XX вв. С. 54.

² См.: Tinant E.L. La positividad del derecho natural // Bol. de la asoc Argentina de filosofia del derecho, La Plata, 1985, a.2. № 1. P. 3.

ное значение и должны полностью осуществляться всеми надлежащими способами»¹. Только взятые все вместе они позволяют судить о мере развитости, полноты (объёме) прав личности, о её возможностях и защищённости.

Мера свободы выбора и активной деятельности личности

В советской литературе проблема свободы длительное время анализировалась, главным образом, в её массовидном, обобщённом социально-историческом плане – как соотношение свободы и необходимости в жизни больших масс людей на протяжении длительного исторического периода. И совершенно недостаточно исследовалась специфика проявления свободного деяния отдельно взятой личности, повседневно встающей перед необходимостью сделать тот или иной выбор. Сложившийся стереотипный подход вытекал из укоренившейся общей позиции – догматического истолкования предмета социальной философии марксизма и, в частности, метода сведения индивидуального к социальному. Согласно этому истолкованию в историческом материализме человек должен рассматриваться лишь в его «массовидной» форме (как совокупность общественных отношений, элемент производительных сил, представитель тех или иных общественных классов, продукт антропо- и социогенеза и т.д.). В этой связи анализировались в основном общие зависимости и отношения в обществе, позволяющие выявить объективные закономерности общественного развития, логику мировой истории. Что же касается концептуального осмысления проблем отдельной личности, её индивидуальной свободы, то необоснованно считалось, что эти понятия выходят за рамки предмета социальной философии, так как

³ Игнатенко Г.В. Конституция и права человека: международно-правовой аспект // Правовые проблемы евроазиатского сотрудничества: глобальные и региональные измерения. Екатеринбург, 1993. С. 39.

она является теорией общества и общественного развития, а не каких-либо индивидуальных форм социального бытия. Между тем субъектом и носителем свободы является именно личность¹.

Данный вывод важен и для правоведения, поскольку и в плане сущности права, и в плоскости его существования имеются в виду свобода, правоспособность и правосубъектность прежде всего именно индивидов, физических лиц, а не надындивидуальных объединений, институтов, формирований. Только на такой исходной основе и только там, где свободные индивиды (физические лица) выступают в качестве независимых субъектов права и правового типа отношений, возможны и другие субъекты права, так называемые «юридические лица», возможны право, правовое равенство и свобода в организации, функционировании и взаимоотношениях разного рода союзов, ассоциаций и в целом социальных, политических, национальных государственных образований.

Этот момент выражения индивидуальной свободы в виде правовой личности (субъекта права) выступает в гегелевской «Философии права» как исходный пункт саморазвития понятия права от абстрактных форм его существования к более конкретным формам².

Утверждение позиций правовой личности, отдельного автономного индивида, наделение её высоким правовым статусом и неотъемлемыми правами и позволило человеку занять в процессе социальной эволюции центральное место в общественной жизни, возвыситься над властью и другими социально-политическими институтами общества в целом³.

В этих условиях не могло не измениться и право. Поставив во главу угла человека и гражданина, оно

¹ См.: Мысливченко А.Г. Феномен внутренней свободы // О человеческом в человеке. М., 1991. С. 208-209.

² См.: Нерсисянц В.С. Философия права. С. 44.

³ См.: Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М.: Норма, 1998. С. 247.

не столько предписывает, повелевает и принуждает, сколько содержит права, возможности для самостоятельного, инициативного, творческого поведения. Отсюда не случайно, что квинтэссенция естественно-позитивного права выражается в формуле: «Можно делать всё, что правом, законом не запрещено». Другими словами, за пределами чётко очерченного круга запрещённого индивид свободен в своём выборе и действии. «Ни один, – писал И. Кант, раскрывая правовое состояние человека, – не может принудить меня быть счастливым так, как он хочет (так, как он представляет себе благополучие других людей); каждый вправе искать своего счастья на том пути, который ему самому представляется хорошим, если только он этим не наносит ущерба свободе других стремиться к подобной цели – свободе, совместимой по некоторому возможному общему закону со свободой всех (т.е. с их правом искать счастья)»¹.

По мнению В. Ступишина, формула: человеку дозволено всё, что правом, законом не запрещено, «по существу разрешает человеку действовать вне норм позитивного права, не вступая в конфликт с ним. Тем самым расширяется поле применения естественного права, которое как бы заполняет вакуум, образующийся в силу того, что позитивное право не может, да и не должно регламентировать всю жизнь человека»².

Действительно, непосредственное действие прав и свобод человека – факт общепризнанный. Однако признание данного факта не должно заслонять, умалять собственные потенции позитивного права. Большинство прав и свобод человека и гражданина, как уже писалось ранее, закреплены в позитивном праве, составляют его содержание. Поэтому для решения преобладающей части жизненно важных вопросов выходить за границы позитивного правового поля не требуется. Дело

¹ Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 79.

² Ступишин В. Нравственное начало // Междунар. жизнь. 1991. № 10. С. 45.

в том, что после обогащения позитивного права естественным, их взаимного теснейшего переплетения произошло перемещение центра тяжести в правовом регулировании с установления того, что должно, на установление того, что можно. Это существенно повысило значение тех правил поведения, которые без повеления, предписывания способны выступать в качестве эффективных, целесообразных, ценностных ориентиров для свободного выбора и активных действий индивидов. В своё время Т. Гоббс верно подметил: «Граждане цепенеют, если не делают ничего без прямого предписания законов», но они «разбегаются во все стороны, если законы позволяют им делать всё. Обе крайности вредны, ибо законы установлены не для устрашения, а для направления человеческих действий, подобно тому, как природа поставила берега не для задержания течения реки, а для того, чтобы направлять его»¹.

Сложился целый комплекс нормативно-регулятивных средств – дозволений, мягко, без давления направляющих свободный выбор и активное поведение личности. Структуру нормативно-регулятивных средств дозволений составляют подсистемы нормативных обобщений и управомочивающих норм. К нормативным обобщениям относятся цели, задачи, принципы права, правовые дефиниции, юридические фикции и т.п. Заложенные в них возможности дают наиболее широкий простор для личного усмотрения, проявления инициативы, творчества, ибо законодательная регламентация поведения крайне скупа и сводится в основном лишь к обобщающим, сжатым формулировкам.

Управомочивающие нормы отличаются большей степенью конкретности изложения содержания прав и свобод. Но это не исключает, а предполагает самоопределение, саморегуляцию личности. К нормам-дозволениям следует отнести альтернативные, ситуационные,

¹ Гоббс Т. Избранные произведения. Т. 1. М., 1956. С. 381.

диспозитивные, рекомендательные правила поведения. Каждая из них по-своему направляет свободу выбора и активную деятельность гражданина¹. И всё же различия не меняют главного предназначения управомочивающих норм: официально изложить наиболее оптимальные, оправданные образцы возможных правомерных действий, позитивно побудить личность принять те или иные из них.

Свобода выбора и активных действий складывается из: а) права на собственное самостоятельное поведение, б) права на чужое поведение; в) права на самозащиту, г) права на защиту извне.

Право на собственное самостоятельное поведение.

Это ключевая возможность в содержании права, позволяющая индивиду проявить высшую степень социально-правовой активности. В реальной жизни человеку приходится играть множество правовых ролей: родителя, потребителя, собственника, избирателя, налогоплательщика, рабочего, служащего, нанимателя и т.п. Каждая роль – это многообразие возможностей. Какой из них отдать предпочтение, как их использовать в сложившейся ситуации – эти и подобные вопросы каждый свободный человек решает самостоятельно, по своей воле, по своему усмотрению, независимо от чьего-либо вмешательства, включая и вмешательство государства и его органов. «...Именно признание лица, как разумно-свободного существа, которое само себе цель и само определяется к действию и которому, поэтому, должна быть предоставлена свободная сфера деятельности, где оно одно является хозяином, независимо от чьих бы то ни было чужих велений. Человек может пользоваться своим правом хорошо или дурно, в эгоистических видах или приходя на помощь ближнему, это его личное

¹ См.: Шафиров В.М. Принципы и нормы права как средства развития активного правомерного поведения // Социалистическое самоуправление народа и укрепление законности в общенародном государстве: Межвуз. сб. Красноярск, 1989. С. 127-132.

дело; другие не вправе в это вступаться. Этого требует уважение к лицу. Клеймить же под именем эгоизма то, что вытекает из признания лица разумно-свободным существом и самостоятельным деятелем во внешнем мире, есть извращение всех понятий и подрыв самых оснований права и нравственности», – подчёркивал Б.Н.Чичерин¹.

Например, согласно свободе завещания каждый завещатель вправе по своему усмотрению завещать имущество любым лицам, любым образом определить доли наследников в наследстве, лишить наследства одного, нескольких или всех наследников по закону, не указывая причин такого лишения, а также включить в завещание иные распоряжения, предусмотренные правилами Гражданского кодекса о наследовании, отменить или изменить совершенное завещание (ч.1 ст. 1119 ГК РФ). И какова бы ни была реакция наследников по закону к завещанию, воля завещателя превыше всего, её приоритет неоспорим.

Уклониться от выбора невозможно, так как отказываясь от одного, лицо (желая того или нет) выбирает второе, третье... Каждый гражданин Российской Федерации, достигший 18 лет, может по-разному относиться к избирательной кампании, например в Государственную Думу РФ, но в любом случае ему предстоит выбрать: проголосовать за конкретного кандидата в депутаты, за него и список кандидатов политической партии, избирательного блока, проголосовать против всех или вообще не явиться на избирательный участок в день голосования. И как бы окружающие ни относились к сделанному выбору, для индивида в сложившейся ситуации он оказался наиболее приемлемым.

Право на собственное самостоятельное, без каких-либо помех поведение включает в себя выбор юридически значимой цели, установление в соответствии с ней задач и плана деятельности, определение партнё-

¹ Чичерин Б.Н. Философия права. М., 1900. С. 87-88.

ров правоотношения, средств осуществления прав и свобод, места и времени действий и т.п. Особо важно выделить здесь возможность выбирать по своему усмотрению варианты поведения. Более того, во многих случаях субъект может установить иной, чем предусмотренный в законе, порядок действий, объем прав и т.д. Так, согласно ст. 233 ГК РФ клад, то есть зарытые в земле или сокрытые иным способом деньги или ценные предметы, собственник которых не может быть установлен либо в силу закона утратил на них право, поступает в собственность лица, которому принадлежит имущество (земельный участок, строение и т.п.), где клад был сокрыт, и лица, обнаружившего клад, в равных долях, если соглашением между ними не установлено иное». Слова «если соглашением не установлено иное» означают, что собственник земельного участка, строения и лицо, обнаружившее клад, по взаимному согласию могут разделить клад и не в равных долях или договориться о том, что вместо части клада одна из сторон (например, собственник имущества) получит денежную компенсацию и т.п.

Право на чужое поведение. Правовая личность может не только сама активно вести себя, но и требовать совершения активных действий либо воздержания от них от других (обязанных) лиц. Франсуа Люшер даже предлагает трактовать свободу «...прежде всего как право требовать от других воздержания от определённых действий»¹.

Ещё более категорично высказывался О.С. Иоффе: «Право всегда является правом не на свои собственные, а на чужие действия»².

Право требовать, несомненно, важный и незаменимый элемент в структуре свободы выбора и деятель-

¹ Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М.: Прогресс, 1993. С. 83.

² Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л., 1949. С. 47; См. также: Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории. М.: Юрид. лит., 1961. С. 224.

ности. И всё же выдвигать его на первую позицию будет преувеличением. Наибольшие возможности для активности у личности тогда, когда она обладает правом на самостоятельное, не обременённое ничем и никем правомерное поведение. Право на такое поведение в первую очередь развивает в человеке самостоятельность, инициативу, творчество, ставит в полную зависимость от самого индивида достижение желательных результатов. Право на чужое поведение подкрепляет, усиливает действие права на собственное поведение. Кто бы ни оказался в контакте, во взаимодействии с управомоченным, он должен признавать, уважать и соблюдать его права. Это не просьба о милости, а неукоснительное, категоричное требование (например, выплаты зарплаты, качественного выполнения работ, услуг и др.), игнорирование которого будет нарушением принципа законности. Можно утверждать, что право требования всегда презюмируется. И это закономерно. Право не просить, а требовать от других (обязанных лиц) исполнения должного возвышает человека, вселяет уверенность в себя и в силу права. «Сознание своего права, – писал Л.И. Петражицкий, – ставит человека в подлежащей сфере наравне или выше и таких лиц, которые в других областях представляются данному субъекту выше его стоящими. И «барин» – не барин даже для лакея, где дело идёт о его (лакея) правах, если у него здоровое и сильное правосознание. Право «не взирает на лица» поднимает «малых» до высоты «великих» мира сего.

Поэтому, между прочим, эмоционально здоровое и достаточно интенсивное сознание своих прав оказывает на человека то важное воспитательное влияние, что оно делает его «гражданином» по характеру, сообщает ему сознание собственного достоинства и предохраняет его от развития разных недостатков характера и поведения, связанных с отсутствием надлежащего сознания собственного достоинства и уважения к самому себе. Совокупность тех тёмных черт характера, кото-

рые мы имеем в виду, и отсутствие тех желательных черт характера, которые связаны с сознанием собственного достоинства и должной мерой самоуважения, – традиционно обозначаются выражениями «рабская, холопская душа»¹.

*Право на самозащиту*². Право на самозащиту сформулировано в ч. 2 ст. 45 Конституции РФ: «Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещёнными законом». Это означает, что любой человек, права которого нарушены, действуя правомерно, может самостоятельно, без чьей-либо помощи (в определённой ситуации её бывает просто негде взять) защитить свои права и интересы. Универсальный, всеобщий характер конституционных норм, их непосредственное действие позволяет распространить право на самозащиту на все отрасли российского права. Однако фактически самозащита прямо закреплена пока лишь в нескольких отраслях права и, прежде всего, в уголовном – в форме «необходимой обороны» и «крайней необходимости». Например, Уголовный кодекс, принятый 24 мая 1996 г., в ч. 1 ст. 37 так определяет необходимую оборону: «Не является преступлением причинение вреда посягающему лицу в состоянии необходимой обороны, то есть при защите прав личности и прав обороняющегося...от общественно опасного посягательства...» При этом согласно ст. 24 Закона РФ об оружии граждане могут применять его для защиты

¹ См.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб: Изд-во «Лань», 2000. С. 131.

² См.: Баранов В.М. О гражданской самозащите // Правовые средства и методы защиты законопослушного гражданина / Вестн. Нижегород. ун-та; Под ред. В.Т. Тотмина и И.А. Склярова. Н. Новгород, 1996; Стремоухов А.В. Человек и его правовая защита. Теоретические проблемы. СПб, 1996; Селезнев М. Самозащита гражданских прав // Рос. юстиция. 1995. № 11; Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав М.: Статут, 2000; Свердлов Г.А., Страунинг Э.Л. Защита и самозащита гражданских прав: Учеб. пособие. М.: Лекснуга, 2002 и др.

жизни, здоровья и собственности в пределах необходимой обороны.

Самозащита выделена в Гражданском кодексе Российской Федерации. В ст.14 сформулировано следующее: «Допускается самозащита гражданских прав. Способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения». Следовательно, Гражданский кодекс не только позволяет самозащиту, но и определяет условия её правомерности. В число таких условий входит соразмерность избранного способа самозащиты нарушенного права, использование самозащиты лишь в пределах действий, необходимых для того, чтобы пресечь нарушение прав. Одним из проявлений самозащиты может служить удержание имущества должника, которое впервые выделено в ст. 329 ГК РФ в качестве одного из способов обеспечения обязательств. Важно подчеркнуть, что удержание – единственный способ обеспечения обязательств, имеющий своим основанием не договор, а закон. При самозащите требуется придерживаться правил ст. 10 ГК РФ, а именно: не допускаются действия граждан и юридических лиц, которые осуществляются исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах.

В Трудовом кодексе РФ самозащита трудовых прав работников выделена в качестве отдельной главы – 59-й. В ст. 379 ТК РФ названы формы самозащиты: «В целях самозащиты трудовых прав работник может отказаться от выполнения работы, не предусмотренной трудовым договором, а также отказаться от выполнения работы, которая непосредственно угрожает его жизни и здоровью, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами. На время отказа от указанной работы за работником сохраняются все права, предусмотренные настоящим Кодексом, иными законами и другими нормативными правовыми актами».

Право на самозащиту вытекает из смысла ст. 50 УПК РФ, когда обвиняемый отказывается от защитника и осуществляет защиту своих прав самостоятельно.

Все это свидетельствует о важности института самозащиты в праве, о необходимости законодательного закрепления не только ее форм, способов, но и общепринятого определения.

Право на защиту. Право на защиту – возможность личности при угрозе нарушения или фактическом нарушении её прав, свобод и законных интересов привести в действие механизм государственного принуждения. Вот как сформулировал ещё в середине XIX в. ключевую идею данного права видный германский юрист В. Виндшейд: «Право отводит каждому индивиду сферу господства, в пределах которого его воля является законом для других индивидов; если индивида отказываются признавать в пределах этой сферы его господства, он может жаловаться на это государству, страже права, обращаться к нему с апелляцией. И государство поможет ему добиться признания своих прав. Правопорядок есть порядок, установленный правом¹».

Современные государства уделяют праву на защиту повышенное внимание. Так, в Конституции России закреплено, что защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства (ст. 20); государственная защита прав и свобод гарантируется (ч. 1 ст. 45). Исходя из высшей ценности человека, его прав и свобод, государство, ведя решительную борьбу с преступностью, другими нарушениями закона, гарантирует защиту прав и самих правонарушителей, то есть лиц, в отношении которых широко применяется государственное принуждение – задержание подозреваемого или арест обвиняемого, обыски, выемки, наложение ареста на имущество, отстранение от должности и др. При этом, естественно, ограничиваются конституционные

¹ Цит. по кн.: Ханай Г. Социалистическое право и личность. М.: Прогресс, 1971. С. 285.

права граждан – неприкосновенность личности, тайна частной жизни, неприкосновенность жилища и т.д. Перед законодателем стоит непростая задача – минимизировать процессуальное принуждение с тем, чтобы защитить, насколько возможно, права и свободы человека. При применении принуждения должны быть соблюдены гарантии прав личности. Минимум принуждения, минимум правоограничений при попытках раскрыть преступление – вот проблема, стоящая перед законодателем. Не менее, чем установление истины, важна и охрана прав человека при расследовании преступлений и рассмотрении дела в суде¹.

Итак, право на защиту обеспечивается любому лицу. Наиболее демократичной, доступной и эффективной является судебная защита прав и свобод. Каждый человек может обжаловать в суд решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц (ч. 2 ст. 46 Конституции РФ). Законодательно закреплена разветвлённая сеть внесудебной защиты прав и свобод личности. Её должны осуществлять органы государственной законодательной и исполнительной власти, прокуратура, органы местного самоуправления, общественные объединения. Если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты, каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека (ч. 3 ст. 46 Конституции РФ).

Право как справедливость. Раскрытие содержания естественно-позитивного права как свободы (общей меры прав и свобод) органично должно быть дополнено и общей мерой справедливости. Дело в том, что свобода, самостоятельность одних людей соседствует со свобо-

¹ Петрухин И.Л. Человек и власть (в сфере борьбы с преступностью). М.: Юристъ, 1999. С. 113.

дой, самостоятельностью других людей. Поэтому всегда существовала и существует проблема, как уравновесить, сделать правильной, то есть справедливой, свободу общения. В языках многих народов словам «право», «правильный», «правда», «справедливый» придается одинаковый смысл, значение. Так, в латинском языке *ius (jus)* – право, справедливое притязание; *justiti* – справедливость и правосудие; в немецком языке «*Gerechtigkeit*» (справедливость) – «следование праву»; во французском языке «*Legitime*» (право) – «справедливость», «законность». В русском языке этимологически слово «справедливость» ближе к слову «правда». Не случайно один из первых и важнейших источников (памятников) русского права XI–XIV вв. назывался Русская Правда. Правдами именовались и юридические источники права других государств: Салическая правда франков (V–VI вв. н.э.), Бургундская и Вестготская правды (VI–VII вв. н.э.), англосаксонские правды (VII–начала XI в.: Этельберта, Инэ, Альфреда), Польская правда (XIII в.).

Взгляд на право с позиции справедливости отчетливо просматривается уже в Ветхом Завете. В Священном Писании, например, в третьей книге Моисея «Левит» сказано: «По правде, (то есть по справедливости) суди ближнего твоего» (Левит 19,15).

Справедливость прочно вошла в образ права у древних юристов. По мнению римского юриста Юлия Павла, право – это то, что справедливо, а с точки зрения древнегреческого философа Хрисиппа (около 280-208 до н.э.), право – мерило справедливого и несправедливого¹. В источнике средневекового права «Каролина» император Карл Пятый даёт наставление о том, «...каким образом надлежит осуществлять судопроизводство по уголовным делам в наибольшем соответствии с правом и справедливостью. Мы повелеваем отпечатать таковое, дабы все и каждый из Наших и Империи подданных могли действовать в уголовных делах, принимая во внимание важность

¹ См.: Дигесты Юстиниана. М., 1984. С. 25, 30.

и опасность таковых, согласно сему наставлению, в соответствии с общим правом, справедливостью»¹.

Об обусловленности содержания права, закона, справедливостью писали выдающиеся мыслители эпохи европейского Просвещения Г. Гроций, Б. Спиноза, Т. Гоббс, Д. Локк, Ф. Аруэ (Вольтер), Ш. Монтескье, Ж.Ж. Руссо. Проблема справедливости права была в центре внимания наиболее ярких представителей немецкой классической философии права – И. Канта, Г. Гегеля. «...В настоящее время, – отмечал Г. Гегель, – больше чем когда-либо, люди стали задавать себе вопрос, являются ли права по своему материальному содержанию только позитивными или вместе с тем справедливыми и разумными...»² Для Гегеля ответ на данный вопрос был очевиден, поскольку он придерживался мнения о справедливости, воплощённой именно в праве³.

В марксистском учении тема права и справедливости также всегда была актуальна. По выражению Ф. Энгельса, если мы говорим и мыслим юридически, то, следовательно, мы прилагаем к явлению масштаб справедливости⁴.

В современной зарубежной науке праву и справедливости уделяется не меньше внимания, чем прежде. Этой теме посвятили свои исследования такие авторитеты, как Д. Ролз, Д. Миль, Р. Дворкин, И. Берлин, У. Кимлика, М. Сэндел, Ж. Бержель и др.

В отечественной правовой мысли идея справедливости права также заняла достойное место. Заметный вклад в её обоснование внесли в конце XIX и в начале XX в. Б.Н. Чичерин, В.С. Соловьёв, П.И. Новгородцев, Б.А. Кистяковский, Н.А. Бердяев, Н. Н. Алексеев и др. Так, с точки зрения одного из основоположников рус-

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. С. 132-133.

² Гегель Г. Политические произведения. М., 1978. С. 378.

³ Гегель Г. Философия религии. М., 1976. Т. 1. С. 113.

⁴ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т.18. С. 268.

ского либерализма Б. И. Чичерина, существенной задачей является разграничение области свободы отдельных лиц. Для решения этой задачи требуется общее разумное начало. «Это начало есть *правда*, или *справедливость*. Самое слово показывает, что оба эти понятия, право и правда, проистекают из одного корня. И это было высказано уже римскими юристами: *jus a iustitia appellatum est*, право получило своё название от правды. И все законодательства в мире, которые понимали свою высокую задачу, стремились осуществить эту идею в человеческих обществах»¹.

Традиции русской правовой школы в разработке проблемы права и справедливости успешно продолжены советской и современной российской юридической наукой (С.С. Алексеев, В.К. Бабаев, В.М. Баранов, В.Н. Кудрявцев, В.Н. Карташов, Е.А. Лукашева, Н.С. Малин, Г.В. Мальцев, Н.И. Матузов, А.В. Малько, В.С. Нерсисянц, В.А. Ойгензихт, Е.М. Орач, С.В. Поленина, А.Ф. Черданцев, А.И. Экимов, Л.С. Явич и др.)². Учтён опыт зарубежных исследователей. Прежде всего научные дискуссии развернулись вокруг понимания справедливости в праве. Довольно распространённым является определение справедливости в качестве принципа права. Справедливость, по мнению Л.С. Явича, «...специально-юридический принцип права, выражающий некоторые свойства, стороны самой юридической формы. Оставаясь категорией нравственности, справедливость в данном случае оказывается этико-юридическим феноменом, констатация которого особо важна для понимания социальной ценности права. Можно полагать, что справедливость и в этом случае не превращается в свойство права, а тем более не должна трактоваться в качестве его сущности. Она есть именно принцип пра-

¹ Чичерин Б.И. *Философия права*. С. 95.

² Данной проблеме были посвящены обстоятельные монографические исследования: Мальцев Г.В. *Социальная справедливость и право*. М.: Мысль, 1977; А.И. Экимов. *Справедливость и социалистическое право*. Л.: Изд-во ЛГУ, 1980.

вовой системы, без наличия которого право не только теряет своё нравственное основание, но и оказывается дисгармоничным, несбалансированным...»¹. Близкую позицию занимает В.А. Ойгензихт, считающий, что справедливость не вытекает из права, которое не безразлично к справедливости, и между ними существует тесная связь. Справедливость выступает как принцип права в качестве этико-правовой категории, то есть морально-правовое требование².

Противники данного взгляда, напротив, считают, что справедливость не является принципом права. «Рассматривать справедливость как принцип права, – считает Е.М. Орач, – значит сузить сферу её действия. Справедливость – это объективное свойство...права, присущее ему как объективной реальности, его объективная качественная характеристика... Справедливость как свойство нашего права развивается, как и другие его свойства...»³

В.М. Баранов, придерживаясь мнения о справедливости как свойстве норм права, видит в ней феномен особого рода, а поэтому считает, что ставить справедливость в один ряд с иными руководящими началами становления, развития и функционирования норм права вряд ли правильно⁴.

Р.З. Лившиц в вопросе о соотношении права и справедливости высказывается еще более категорично: «Право есть нормативно закреплённая и реализованная справедливость»⁵. Не соглашаясь с ним, Л.И. Спиридонов заключает, что «...подобные определения не могут быть признаны удачными. Понятие «справедливость» – абстракция, и в процессе её конкретизации

¹ Явич Л.С. Общая теория права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 158.

² См.: Ойгензихт В.А. Мораль и право: Взаимодействие. Регулирование. Поступок. Душанбе: Ирфон, 1987. С. 69-70.

³ Орач Е.М. Социалистическая справедливость советского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1972. С. 9, 16.

⁴ См.: Баранов В.М. Истинность норм советского права. Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1989. С. 312-313.

⁵ Лившиц Р.З. Теория права. С. 69.

каждый вкладывает в него своё понимание этого феномена. Право же объективно представляет собой общий масштаб поведения. Он одинаков для всех и в принципе не допускает неоднозначной интерпретации. Тем не менее сказанное не означает, что справедливость вовсе отсутствует в юридических нормах и поэтому не должна включаться в определение права. Последнее справедливо в той мере, в какой в нём содержится принцип равенства. И поскольку в ... дефиниции мы говорим о праве как системе правил поведения свободных и равных субъектов, постольку в ней присутствует и справедливость»¹.

Думается, приведенная критика вряд ли обоснована. Прежде всего в ней не учитывается то, что справедливость рассматривается Р.З. Лившицем не как элемент правосознания, а как составная часть позитивного права. Данное обстоятельство существенно меняет суть дела. Входя в содержание принципов, норм права, справедливость становится содержанием правил поведения общего характера. А раз это так, то сама справедливость получает формальную определённость и никто не должен её трактовать иначе, чем это установлено законом. Более того, превратить условия справедливости из абстрактных в конкретные – одна из ключевых задач законодателя. Если критерии справедливости не урегулированы позитивным правом, то субъектам правоотношений сложно будет следовать им. Искажение же сути справедливости, отход от её требований нужно рассматривать в рамках проблемы реализации права в целом, поскольку закон всеобщ, а применяется он конкретными людьми к конкретным ситуациям. Здесь возможно всё: и ошибки, и правонарушения.

Видя уязвимость своей позиции, Л.И. Спиридонов все же допускает возможность включения справедливости в определение права. По его мнению, право справедливо в той мере, в какой в нём содержится принцип

¹ Спиридонов Л.И. Теория государства и права. С. 101.

равенства. С предлагаемым ограничением согласиться нельзя. Равенство действительно важнейший компонент справедливости. И все же справедливость и равенство не тождественны. Справедливым может быть и неравенство. Другими словами, понятие справедливость многозначнее.

Таким образом, справедливость – не что-то внешнее по отношению к праву, и даже не его принципы или сверхпринципы, она, по верному утверждению В.С. Нерсисянца, «... входит в понятие права... право по определению справедливо, а справедливость внутреннее свойство права и качество права...»¹.

Поддерживая тезис о праве как справедливости (общая мера справедливости), необходимо вместе с тем напомнить, что речь идёт только об одном втором элементе содержания права. Первым и определяющим элементом является свобода (общая мера свободы). Право – это прежде всего свобода личности². Утверждение справедливости происходит в процессе обретения и осуществления свободы. « В основе права, – писал Г. Гегель, – лежит свобода отдельного человека, и право заключается в том, чтобы я обращался с другим как свободным существом»³. Правовая свобода

¹ Нерсисянц В.С. Юриспруденция: Введение в курс общей теории права и государства. Для юридических вузов и факультетов. М.: Норма-Инфра, 1998. С. 37.

² Иного мнения придерживается Р.З. Лившиц. Он считает, что ближе всего к сущности права не идея свободы (хотя она подлинно правовая идея), а идея справедливости. При этом автор делает оговорку, что «этот тезис вряд ли может быть доказан логическими конструкциями. Он носит скорее концептуальный характер. Справедливость – одна из наиболее гуманных и плодотворных идей в истории человечества. При этом справедливость в представлениях людей всегда увязывалась с правом (у римлян *jus* – право и *justitia* – справедливость). Такая связь обусловлена правовой природой справедливости. По самым общим представлениям, справедливость в обществе, справедливость для человека – это соответствие того, что человек отдает обществу и получает от него, соответствие прав и обязанностей. ... Тем самым с самого начала идея справедливости воплощается именно в праве» (Лившиц Р.З. Теория права. С.66).

³ Гегель Г. Работы разных лет. Т. 2. М., 1973. С. 36.

раскрепощает духовную и физическую энергию человека, позволяет независимо ни от кого и чего бы то ни было быть хозяином самому себе, распоряжаться самим собой, своими правами и свободами. Ведь в самих правах и свободах нет никакого долга, обязательности ни перед другими людьми, ни перед обществом, ни перед государством.

Быть правовой, а значит, свободной личностью – неотъемлемое свойство каждого человека. Аксиомой стало выражение: «Свободное развитие каждого есть условие свободного развития всех». Иными словами, правовая свобода одного индивида может быть при наличии такой же свободы у другого. Свобода, следовательно, состоит в возможности делать всё, что не вредит другому. Генетически данное положение связано с «золотым правилом» нравственности – (не) поступай по отношению к другим так, как ты (не) хотел бы, чтобы они поступили по отношению к тебе. Близость приведённых высказываний свидетельствует о том, что как в морали, так и в праве не исключается, а, наоборот, ожидается ограничение свободы (самоограничение), базирующееся на солидарности, уступках, взаимном учёте интересов.

В отличие от свободы, предполагающей возможное поведение, справедливость требует должного, обязательного поведения. Свободой (правами и свободами) в том или ином случае человек может не воспользоваться, поступать же несправедливо запрещено. «Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц» (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ). Поэтому всегда существовала и существует проблема, как уравновесить, сделать правильной, то есть справедливой, свободу общения. «Право – это совокупность условий, при которых произвол одного (лица) совместим с произволом другого»,¹ – так определил сочетание свободы и справедливости великий немецкий философ и правовед И. Кант.

¹ Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 4. М.: Мысль, 1965. С. 139.

Можно выделить две группы условий, определяющих меру справедливости права: условия формального (правового) равенства; условия правового неравенства.

Условия формального (правового) равенства. В общественном сознании и общественной практике прочно утвердилась позиция о справедливости как мере равенства. Существует даже мнение о совпадении, тождестве справедливости и равенства. Данное мнение не точно. Но несомненно то, что равенство – субстанция справедливости, важнейший элемент её содержания. Одним из первых государственных документов, официально признавших правовое равенство людей, является Французская декларация прав человека и гражданина 1789 г. В ст.1 Декларации записано: «Люди рождаются свободными и остаются свободными и равными в правах». Развивая тему равенства применительно уже ко всем людям земли, Всеобщая декларация прав человека 1948 г. провозглашает, что «все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту закона» (ст.7). Положения, раскрывающие различные аспекты правового равенства людей, содержатся в других многочисленных международно-правовых актах, среди которых отдельно следует назвать Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966), Международный пакт о гражданских и политических правах (1966).

Включили в тексты своих основных законов положения о правовом равенстве государства, входящие в ООН, в Совет Европы. Так, из текста ст. 3 Конституции Итальянской республики 1947 г. следует: «Все граждане имеют одинаковое общественное достоинство и равны перед законом без различия пола, расы, языка, религии, политических убеждений, личного общественного положения.

Задача Республики – устранять препятствия экономического и социального порядка, которые, фактически ограничивая свободу и равенство граждан, мешают полному развитию человеческой личности и действи-

тельному эффективному участию всех трудящихся в политической и социальной организации страны».

Следуя идеалам международного сообщества о равенстве, Конституция Республики Болгарии 1991 г. в ст. 6 устанавливает:

«(1) Все люди рождаются свободными и равными в достоинстве и правах.

(2) Все граждане равны перед законом. Не допускаются никакие ограничения прав или привилегии на основании расы, национальности, этнической принадлежности, пола, происхождения, религии, образования, убеждений, политической принадлежности, личного и общественного положения или имущественного состояния».

Конституция РФ, ориентируясь на международные стандарты, не только закрепляет, но и расширяет перечень факторов, гарантирующих правовое равенство. В первую очередь следует назвать ст. 19 Конституции. Она гласит:

«1. Все равны перед законом и судом.

2. Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности».

Правовое равенство закрепляется во многих других статьях Основного закона, где говорится о правовом положении человека и гражданина, общественных и религиозных объединений (ч. 2 ст. 6, ч. 4 ст. 13, ч. 2 ст. 14, ч. 4 ст. 32, ч. 3 ст. 62 и т.д.). Терминологически это выражено не только в словах «равны», «равный», «наравне», но и «каждый», «никто».

На основе правового равенства выстраивает взаимоотношения субъектов современное российское от-

раслевое законодательство. Реализуя положение ст. 19 Конституции РФ, ст. 4 УК РФ устанавливает:

«Лица, совершившие преступления, равны перед законом и подлежат уголовной ответственности независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств».

Продолжая тему равенства в сфере уголовно-процессуальных правовых отношений, ст. 15 УПК РФ предписывает: стороны обвинения (прокурор, а также следователь, дознаватель, частный обвинитель, потерпевший, его законный представитель и представитель, гражданский истец и его представитель) и защиты (обвиняемый, а также его законный представитель, защитник, гражданский ответчик, его законный представитель и представитель) равноправны перед судом.

Итак, справедливым, прежде всего, считается то, что «...одинаково прилагается ко всем. Это начало вытекает из самой природы человеческой личности: все люди суть разумно-свободные существа. Все созданы по образцу и подобию Божьему и, как таковые, равны между собою. Признание этого коренного равенства составляет высшее требование правды...»¹.

С формально-юридической точки зрения это и выражается в равенстве перед законом и судом. Оно включает в себя признание необходимости одинаковой правосубъектности, равноправия, равной возможности для осуществления прав и свобод, сбалансированности прав и обязанностей, одинакового применения закона ко всем, использования равных оснований ограничения прав и свобод. Рассмотрим названные проявления равенства подробнее.

Одинаковая правосубъектность. Данная форма равенства сформулирована в ст. 16 Международного пак-

¹ Чичерин Б.Н. Философия права. С. 96.

та о гражданских и политических правах: «Каждый человек, где бы он ни находился, имеет право на признание его правосубъектности». Признание правосубъектности – это признание за каждым человеком способности иметь права и нести обязанности (правоспособность) и способности своими действиями приобретать и осуществлять права, создавать для себя обязанности и исполнять их (дееспособность). Обретение правоспособности превращает человека из объекта права в субъекта права, обладателя равного со всеми человеческого достоинства и свободы.

Равноправие. Это равенство в обладании всем комплексом конституционных прав и свобод человека и гражданина, признанных и гарантированных в России согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. Равноправие можно разделить на две группы: равенство в правах человека и равенство в правах гражданина. Как в любом государстве, в Российской Федерации правами человека в равной мере обладают все физические лица – граждане, иностранные граждане и лица без гражданства. Поэтому недопустимо наделять граждан России большим объемом прав по сравнению, например, с гражданином другого государства. Что касается прав гражданина, то обладать ими в равной степени могут лишь российские граждане. И именно последним государство обязано гарантировать равенство в правах.

Равные возможности для осуществления прав и свобод. О равных возможностях при реализации прав и свобод сказано в ч. 3 ст. 19 Конституции РФ: «Мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности их реализации». Думается, было бы целесообразнее закрепить положение об одинаковых возможностях при использовании прав в отдельной статье Конституции РФ, придав ей всеобщее значение, а не только в плане равенства полов. В сложившейся ситуации целесообразно ч. 3 ст. 19 Конституции РФ в контексте равных возможностей толко-

вать расширительно, распространяя ее действие на всех субъектов независимо от каких-либо обстоятельств (пола, расы, языка и т.д.). Равные возможности в осуществлении прав и свобод станут реальностью, если каждому человеку обеспечивается свобода выбора и активной деятельности, возможность прибегнуть к самозащите и защите своих прав, одинаковый доступ к правовой информации, получение квалифицированной юридической помощи, к правовому обучению и воспитанию и т.д. Так, например, по смыслу ст. 3 закона РФ «О защите прав потребителей» для наличия равных возможностей в реализации прав потребителя недостаточно законодательно закрепить права потребителя, ответственность за их нарушение. Необходимо также дать людям потребительское образование «посредством включения соответствующих требований в государственные образовательные стандарты и общеобразовательные и профессиональные программы, а также посредством организации системы информации потребителей об их правах и о необходимых действиях по защите этих прав». Подобные нормы должны быть в других законах, когда речь идёт о равных возможностях реализации прав человека и гражданина.

Сбалансированность прав и обязанностей. Правовая справедливость предполагает равную меру прав и обязанностей. В ч. 2 ст. 6 Конституции РФ установлено: что «каждый гражданин РФ обладает на её территории всеми правами и свободами и несёт равные обязанности, предусмотренные Конституцией Российской Федерации». Схожее правило сформулировано в ч. 3 ст. 6 Конституции РФ применительно к равенству прав и обязанностей иностранных граждан и лиц без гражданства. Взаимосвязь прав и обязанностей – закон правовой материи. Наличие прав означает и наличие обязанностей. Схематично это выглядит так: праву лица А соответствует обязанность лица Б, в той же мере, в какой праву лица Б соответствует обязанность лица А. Любое не основанное на законе изменение

баланса между правами и обязанностями лиц А и Б ведёт к нарушению равенства, а значит, к несправедливости. В советской, а затем в российской печати неоднократно обращалось внимание на неравное процессуальное положение между такими участниками уголовного процесса, как подозреваемый, обвиняемый и потерпевший. В частности, на то, что Уголовный процесс ориентирован прежде всего на обеспечение интересов подозреваемых и обвиняемых. Если сравнить права, гарантированные им статьями 46 и 52 УПК РСФСР, с правами, закреплёнными за потерпевшим в ст. 53 УПК РСФСР, сразу станет ясно, кому отдавалось предпочтение. Человеку, попавшему под подозрение, был гарантирован допуск защитника с момента задержания или заключения под стражу, он имел возможность обжаловать законность или обоснованность задержания, оспорить арест, знакомиться с протоколом следственных действий, произведённых с его участием, и многое другое. Полномочия потерпевшего были сведены к минимуму. Ему было дозволено представлять доказательства, заявлять ходатайства, однако изучить материалы дела он мог только после окончания предварительного расследования – тогда, когда поздно что-нибудь предпринимать. С введением в действие нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации процессуальное положение потерпевшего значительно улучшилось (достаточно сравнить ст. ст. 42 и 46, 47 УПК РФ). Однако законом не предусмотрено предоставление потерпевшему, даже если он беден, бесплатного защитника. Государство оплачивает труд адвоката по защите убийцы и не желает сделать того же для родственников убитого. Это объясняют тем, что в интересах потерпевшего трудятся следователь и прокурор. Да ничего подобного! У следователя задача собрать доказательства, у прокурора на процессе – поддержать обвинение, у суда – установить виновность или невиновность, определить меру наказания, у адвоката подсудимого – добиться либо оправдания, либо смягчения

наказания. Жертвы преступлений нередко остаются без должной защиты¹. Более того, понятие «защитник» вообще не употребляется относительно потерпевшего. Согласно ст. 49 УПК РФ «защитник – лицо, осуществляющее в установленном настоящим Кодексом порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу».

Потерпевшему для защиты прав и законных интересов дано право пригласить представителя (ст. 45 УПК РФ). Но различие между институтом защитника и представителя весомое. Обеспечение подозреваемому, обвиняемому права на защиту выделено в качестве самостоятельного принципа (ст. 16 УПК РФ). Предусмотрен широкий перечень случаев обязательного участия защитника (ст. 51 УПК РФ), а также возможность оплаты его труда из федерального бюджета (ст. 50 УПК РФ). Ничего подобного не установлено для представителя потерпевшего². Поэтому не удивительно, что за испытывающих финансовые затруднения потерпевших чаще всего некому заступиться. И это при том, что на потерпевшем лежит целый комплекс обязанностей, за несоблюдение или неисполнение которых установлена юридическая ответственность, в том числе и уголовная (ст. 42 УПК РФ). У обвиняемых подобных обязанностей просто нет. Не зная, как себя защитить, и боясь всего, потерпевший ведёт себя пассивно и часто остаётся в проигрыше, а обвиняемый, используя помощь адвоката, ошибки следствия, выходит «сухим из воды». Такая несбалансированность прав и обязанностей сторон обвинения и защиты (потерпевшего и подозреваемого, обвиняемого) противоречит конституционной норме о равенстве и ст. 15 УПК РФ.

¹ См.: Российская газета. 2001. 13 марта.

² К обязательному участию в уголовном деле привлекаются лишь представители для защиты прав и законных интересов потерпевших, являющихся несовершеннолетними или по своему физическому или психическому состоянию лишенных возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы (ст. 45 УПК РФ).

Одинаковое применение закона ко всем. Равенство перед судом является важнейшим дополнением к равенству перед законом. Закон действует тогда, когда он реализуется. В системе обеспечения реализации прав и свобод суд занимает центральное место. Поэтому равенство всех перед судом и стало конституционным требованием. Его конкретизация дана в ст. 7 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» от 23 октября 1996 г. В ней записано, что «суды не отдают предпочтения каким-либо органам, лицам, участвующим в процессе, сторонам по признакам их государственной, социальной, половой, расовой, национальной, языковой или политической принадлежности либо в зависимости от их происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, места рождения, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а равно и по другим, не предусмотренным федеральным законом основаниям».

Суды не вправе создавать какие-либо не оговорённые законом привилегии и в процессе установления и подтверждения юридических фактов, и в процессе разрешения спора о праве, защите прав и свобод, привлечении к юридической ответственности, а также в иных случаях. Например, никакие факторы и обстоятельства не должны влиять на привлечение лица, совершившего преступление, к уголовной ответственности. Равным образом её должны нести люди материально обеспеченные и люди с низким материальным достатком, лица, имеющие постоянное место жительства, и лица без определённого места жительства, имеющие высокое должностное положение и рядовые граждане и т.д. В данной связи представляется обоснованным предложение ряда общественных объединений, депутатов о принятии закона об отмене привилегий депутатов при привлечении к уголовной ответственности. В настоящее время привлечь депутата, совершившего уголовно наказуемое деяние, достаточно сложно, поскольку на это требуется согласие

соответствующего представительного органа. Как правило, такое согласие даётся крайне редко. Поэтому отмена особого порядка привлечения депутатов к уголовной ответственности и будет свидетельством утверждения подлинного равенства перед законом и судом.

Требование одинакового применения закона ко всем в полной мере распространяется на органы прокуратуры, безопасности, милиции, юстиции, налоговой службы и т.д., то есть на всех тех, кто по закону наделён правоприменительной компетенцией.

Использование равных оснований ограничения прав и свобод. Общий подход к ограничению свободы (прав и свобод) сформулирован в ч. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека: «При осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе».

Правовые ограничения предусматриваются ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах, ст. 4 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, ст. 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Действующая российская Конституция также допускает ограничения основных прав и свобод человека и гражданина и определяет их равные для всех основания (ст. ст. 55,56). Конституционно-правовые ограничения основных прав и свобод образуют определённую систему и включают:

а) ограничения общего характера. Они касаются общего конституционно-правового статуса и определяют допустимые пределы изъятий из основных прав и свобод. При этом права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравствен-

ности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ);

б) ограничения основных прав в условиях чрезвычайного положения (ст. 56 Конституции РФ, законодательство о чрезвычайном положении). В связи с этим Конституция устанавливает, что в условиях чрезвычайного положения для обеспечения безопасности граждан и защиты конституционного строя в соответствии с федеральным конституционным законом могут устанавливаться отдельные ограничения прав и свобод с указанием пределов и сроков их действия. Одновременно Конституция определяет пределы усмотрения законодателя, следовательно, также исполнительной и судебной власти, перечисляя права и свободы, которые не подлежат ограничению (ч. 3 ст. 56);

в) ограничения основных прав и свобод, обусловленные особенностями правового статуса отдельных категорий граждан (должностные лица, военнослужащие, лица, отбывающие уголовное наказание в местах лишения свободы, и т.п.) и их отношений с государством. В этом последнем случае Конституцией пределы возможных ограничений, как правило, не определены. Они могут устанавливаться законодателем и должны быть оправданы природой этих отношений, а судом проверяются с учётом единства Конституции и её распространения на всех граждан и необходимости соблюдения законодателем принципа соразмерности этих ограничений специальному статусу данных категорий граждан¹.

Правовое конституционное равенство человека и гражданина является абсолютным, не знающим исключений и изъятий. При этом не важно, идёт ли речь о равной

¹ См.: Эбзеев Б.С. Ограничения конституционных прав: Понятие и пределы // Теория и практика ограничения прав человека по российскому законодательству и международному праву: Сб. науч. тр. Ч. 1 / Под ред. Б.М. Баранова. Н. Новгород: Нижегород. юрид. ин-тут МВД РФ, 1998. С. 9.

возможности иметь основные права, свободы или равной непосредственной реализации основных прав и свобод человека (на жизнь, достоинство, свободу, неприкосновенность и т.д.) или их защите, либо осуществлении одинаковых основных обязанностей человека (соблюдение Конституции и законов, уважении и не нарушении прав и свобод других лиц). Во всех таких случаях индивиды должны признаваться равными перед законом независимо от условий жизни, биологических факторов, рода деятельности, заслуг перед обществом и государством.

Условия правового неравенства. Справедливость есть мера не только равенства, но и неравенства между людьми¹. Неравенство в противоположность равенству предполагает неодинаковую величину (объём) прав и обязанностей, наличие преимуществ. Оно не должно распространяться на общий (конституционный) правовой статус личности, а служит дополнением к нему, охватывая родовой (специальный) и индивидуальный правовой статусы личности. Вместе с тем правовое неравенство нельзя рассматривать как вынужденное исключение из общего правила, как негативное отклонение от сложившихся стандартов равенства. «Порой закрепляемое истинной юридической нормой равенство, – пишет В.М. Баранов, – может выступать как несправедливость, а поддерживаемое государством в правовой форме неравенство быть социально справедливым»². Дело в том, что граждане находятся в разном социальном положении, выполняют различные социально-правовые роли (пенсионера, студента, рабочего, жителя и т.д.), и закон, прежде всего отраслевой, не может это не учитывать. Важно только, чтобы такое несоответствие в правах и обязанностях было оправдано реальным, а не мнимым различием в правовом положении и не наносило ущерб конституционному правовому статусу человека и гражд-

¹ См.: Рольз Д. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. С. 67, 267; Гуссейнов А.А., Апресян Р.Г. Этика: Учебник. М.: Гардарика, 1998. С. 340-342.

² Баранов В.М. Истинность норм советского права. С. 323.

данина. Если эти требования соблюдаются, то юридическая дифференциация людей необходима и полезна.

При сохранении равенства общих возможностей законодательное закрепление неравенства прежде всего ведёт к наибольшей выгоде менее преуспевающих¹, социально менее защищённых групп населения. Это достигается с помощью правовых льгот. Льгота выражается как в получении дополнительных прав, так в полном или частичном освобождении от несения некоторых обязанностей². Правовые льготы представляются беженцам, безработным; беременным женщинам, блокадникам, вдовам, ветеранам, инвалидам, матерям, малоимущим семьям, пенсионерам, репрессированным, студентам, учащимся и т.д. Назначение льгот – выравнить фактическое положение субъектов, неравных в силу социально-экономических, биологических причин, создать для них приблизительно равные возможности в получении и использовании благ, предоставляемых обществом. Следовательно, принцип социальной справедливости требует для лиц, получающих льготы, определённого изъятия из принципа равноправия граждан, а сами льготы приобретают компенсационный характер, выравнивая их возможности с возможностями остальных людей³.

Льготы наряду с компенсаторной выполняют стимулирующую функцию. Они способны побуждать к отдельным видам общественно полезной деятельности, создавая благоприятные условия для удовлетворения собственных интересов лица⁴. Так, согласно п. 13 ст. 217 НК РФ освобождаются от налогообложения «...доходы налогоплательщиков, получаемые от продажи вы-

¹ Ролз Д. Теория справедливости. С. 267.

² См.: Дюрягин И.Я. Гражданин и закон. М.: Юрид. лит., 1989. С. 25; Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1994. С. 46; Морозова И.С. Льготы в российском праве (вопросы теории и практики): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С.12.

³ Малько А.В. Льготы: политико-правовой анализ // Общественные науки и современность. 1996. № 3. С. 48.

⁴ Там же С. 50.

ращенных в личных подсобных хозяйствах, находящихся на территории Российской Федерации, скота, кроликов, нутрий, птицы, диких животных и птиц (как в живом виде, так и продуктов их убоя в сыром или переработанном виде), продукции животноводства, растениеводства, цветоводства и пчеловодства как в натуральном, так и в переработанном виде...

Указанные доходы освобождаются от налогообложения при условии представления налогоплательщиком документа, выданного соответствующим органом местного самоуправления, правлениями садового, садово-огородного товариществ, подтверждающего, что продаваемая продукция произведена налогоплательщиком на принадлежащем ему или членам его семьи земельном участке, используемом для ведения личного подсобного хозяйства, дачного строительства, садоводства и огородничества...».

Правовое преимущество даётся лицам, оказавшимся в худшем положении¹. Например, супруг, не знавший о наличии обстоятельств, препятствующих заключению брака (добросовестный супруг), при вынесении судом решения о признании брака недействительным вправе требовать возмещения причинённого ему материального и морального вреда по правилам, предусмотренным гражданским законодательством (ч. 4 ст. 30 СК РФ).

Право на возмещение реального ущерба имеет потерпевший от кабальной сделки, которую он вынужден был совершить вследствие стечения тяжёлых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях (ст. 179 ГК РФ).

Льготы предоставляются отраслями не только материального, но и процессуального права. В ст. 89 ГПК РФ перечислен круг лиц, которые освобождаются от уплаты судебных расходов (истцы — по искам о взыскании алиментов, о возмещении вреда, причинённого увечьем, иным повреждением здоровья или смертью

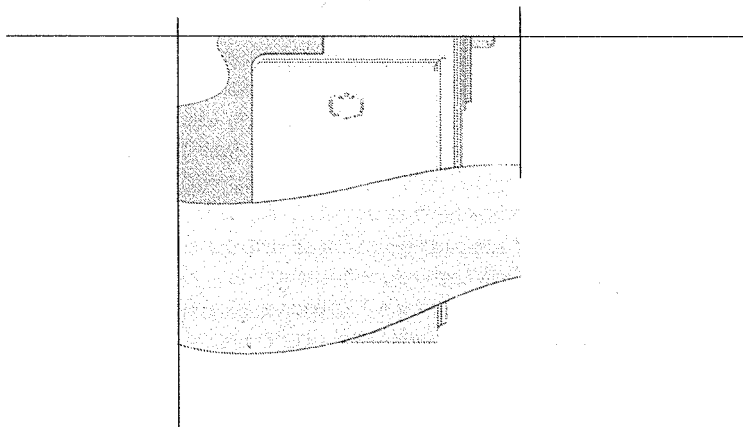
¹ См.: Экимов А.И. Справедливость и социалистическое право. С. 80.

кормильца и т.п.). Кроме того, согласно ст. 90 ГПК РФ «судья или суд, исходя из имущественного положения сторон, вправе отсрочить или рассрочить одной стороне или обеим сторонам уплату государственной пошлины или уменьшить её размер».

Особая ситуация правового неравенства наблюдается при решении вопроса об юридической ответственности и наказании. Здесь справедливость состоит в том, что наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного (ст. 6 УК РФ). Следовательно, справедлива не одинаковость ответственности и наказания, а, наоборот, их максимальная индивидуализация. Справедливый приговор не состоится, например, если не учтены пол, возраст, семейное положение, характеристика, кратность совершения преступления, обстоятельства, смягчающие или отягчающие ответственность, и т.д. Индивидуализации ответственности и наказания способствует установление законодателем альтернативных и относительно определённых санкций, что позволяет суду в каждом конкретном случае учесть все особенности как самого преступного деяния, так и личности правонарушителя (преступника).

Значит, юридическая справедливость есть мера равенства и неравенства. Чтобы избежать несправедливости в праве, важно подходить к каждому в соответствии с его статусом (общим, специальным, индивидуальным), социально-правовой ролью, а также вкладом, заслугами и упущениями, включая правонарушения.

ЧЕЛОВЕК, ЕГО ПРАВА И СВОБОДЫ ЯВЛЯЮТСЯ ВЫСШЕЙ ЦЕННОСТЬЮ



ГЛАВА 3

ФОРМА ЕСТЕСТВЕННО-ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

Введение в теорию

§ 1. Средства организации содержания права (к постановке вопроса)

Содержание права имеет собственную, только ему присущую форму, то есть способ своего существования. Содержание и форма права находятся в единстве, поскольку содержание не существует без формы, а форма без содержания. В философии понятие «форма» раскрывается, с одной стороны, как внутреннее строение, структура содержания, связь и взаимодействие его элементов, с другой – как внешнее выражение содержания.

В правоведении такое представление о форме стало основанием для выделения внутренней и внешней формы права¹. Первая непосредственно, напрямую связана с содержанием права, есть сама организация содержания, его структуры, составляющих её элементов. Было даже высказано мнение, что форма, рефлексированная внутрь себя, есть содержание. Однако, как верно уточнил Д.А. Керимов: «Форма, рефлексированная внутрь себя, сливается со своим содержанием, хотя это вовсе не исключает в процессе анализа возможности обнаружения как содержания права, так и его внутренней структурной организации»².

Во взаимоотношении формы и содержания права ведущая роль принадлежит содержанию. В зависимости от того, что имеется в виду под содержанием права, должен решаться вопрос о выборе «строительных материалов» для организации его внутренней структуры. Видимо, когда под содержанием права понимают общую меру свободы (прав и свобод) и справедливости (согласованность прав и свобод одной личности с правами и свободами другой), то внутренней формой служат нормативные регулятивные средства. Отсюда важность построения их системы, выявления места и назначения её составляющих.

В юридической общетеоретической и отраслевой литературе неоднократно и в разное время высказывалось суждение о норме права как внутренней форме. «Норма, — писали О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородский, — ближайшая, непосредственная и специфическая форма права...

¹ В работе сделан акцент на внутренней форме права, ее первичных элементах — нормативно-регулятивных средствах. По поводу внешней формы автор придерживается общепринятых представлений о ее понятии, видах (нормативном акте, нормативном договоре, правовом обычае, судебном прецеденте). Поэтому внешняя форма затрагивается в работе только в той степени, в какой это нужно для раскрытия формы права в целом.

² Керимов Д.А. Философские проблемы права. М.: Мысль, 1972. С. 222.

...нормативные акты государства составляют внешнюю, а норма – внутреннюю форму права»¹.

«Рассмотрение содержания права как отражения в юридических правилах различной степени обобщения разнообразных реальных связей между людьми, – считает В.А. Кучинский, – подводит нас непосредственно к вопросу об организации этого содержания, т.е. о форме права как о системной связи норм, регулирующих определённые разновидности общественных отношений (структура права, его внутренняя форма)...»²

По мнению В.Д. Перевалова, норма права есть «форма определения прав и обязанностей»³.

Близкую позицию занимает Л.Д. Воеводин, указывая, что «...записанные в законе права и свободы человека и гражданина – не нормы (они лишь формы их выражения)...»⁴.

Не все учёные разделяют такой взгляд на норму права. Многие видят в ней не форму права, а само право. Однако весь парадокс заключается в том, что когда речь идёт о системе права (а под ней как раз и понимается внутренняя структура права, его строение, организация), то абсолютное большинство авторов в качестве первичного элемента называют норму права. И это не случайно. Все другие составные части (элементы) системы права – институты, субинституты, подотрасли, отрасли состоят в большей степени из той или иной совокупности правовых норм.

Очевидно, что любая концепция права ущербна, если она игнорирует роль нормы – самостоятельного, значимого, наиболее распространённого явления регулятора. Не менее ущербно как для исследования, так и для обучения и практической работы видеть в норме права

¹ Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. С. 54.

² Кучинский В. А. Личность, свобода, право. С. 84-85.

³ Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. Екатеринбург, 1996. С. 273.

⁴ Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. С. 131-132.

чуть ли не единственный регулятор поведения. На это один из первых в советской теории права обратил внимание С.А. Голунский, выделив в системе социалистического права наряду с нормами такие законодательные положения, как цели, задачи, указание на результат, которого надо добиться, декларации, призывы и т.д.¹

В.М. Горшенев нормативные обобщения (презюпции, фикции, дефиниции и т.д.) назвал нетипичными правовыми предписаниями. «Нетипичность выражается, главным образом, в том, что они лишены традиционной логичности нормы права, не содержат или почти не содержат некоторых её естественных элементов, в силу чего выглядят композиционно несовершенными, структурно незавершёнными...». И далее: «В своей совокупности нетипичные нормативные предписания так же, как и нормы права, выполняют регулирующее назначение»².

За несводимость права к нормам выступили и другие учёные. «Право, – подчёркивает Н.Н. Вопленко, – не сводится только к нормам... наряду с ними существуют и действуют разнообразные виды общих правовых предписаний: правовые декларации, правовые определения, принципы и, наконец, нормы»³. В.К. Бабаев утверждает: «...определение понятия права как системы норм представляется несколько узким. Существуют предписания, не укладывающиеся в понятие юридической нормы. Сюда относятся положения ... закрепляющие принципы...права, определяющие основные правовые понятия, временные, пространственные и субъективные пределы действия юридических норм и т.д.»⁴

¹ См.: Голунский С.А. К вопросу о понятии правовой нормы в теории социалистического права // Сов. гос-во и право. 1961. № 4. С. 23-28.

² Горшенев В.М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Сов. гос-во и право. 1978. № 3. С. 115.

³ О понимании советского права: Материалы «круглого стола» // Сов. гос-во и право. 1979. № 8. С. 51.

⁴ Там же. С. 59; См. также: В.Н. Карташев. Введение в общую теорию правовой системы общества. Ярославль, 1995. Ч. 1. С. 74-78.

Вместе с тем ряд учёных, признавая факт существования наряду с нормой права других правовых положений, одновременно высказывают сомнение в способности таких положений непосредственно регулировать поведение из-за отсутствия у них структуры юридической нормы. Такое сомнение вряд ли обоснованно.

Во-первых, лишается смысла синтез с нормами других юридических средств, если они не обладают общим свойством – быть регулятором общественных отношений.

Во-вторых, неконструктивна попытка поставить под сомнение регулятивные качества общих правовых положений из-за отсутствия у них структуры, схожей с нормой. Не вдаваясь в полемику по поводу количества элементов, их функций, считаем, что само по себе включение тех или иных правовых явлений в число нормативных регулятивных средств не может быть поставлено в зависимость от наличия или отсутствия такой структуры. Нет надобности давать им чисто символические названия типа «нормы-принципы», «нормы-цели», «нормы-задачи», «нормы-дефиниции» и т.п.¹

«Подведение» под норму или поиск её структуры в принципах, целях и т.д. не нужно, если в основе правового понимания не будет лежать этактическая теория права. Желание видеть в каждом явлении-регуляторе гипотезу, диспозицию, а то и санкцию², зиждется на концепции права, допускающей чаще всего существование лишь установленных сверху жестких, категоричных, детали-

¹ Карташев В.Н. Введение в общую теорию правовой системы общества. С. 74.

² Неприятие «всеобщей структуризации» нормативных регулятивных средств не означает умаление важности структуры нормы права. В данной связи нельзя согласиться с Б.И. Пугинским, что «в каждой единичной норме нет гипотезы, диспозиции и санкции. То, что приписывается отдельной норме права в качестве её структуры, на самом деле является характеристикой и требованием к организационному построению отраслей права» (Б.И. Пугинский. О норме права // Вестн. МГУ. Сер. 11. Право. 1999. № 5. С. 27). Если принять такой

зированных предписаний, в которых делают упор на ограничение свободы личности. Понятно, что в таких условиях самостоятельность, саморегуляция, самоорганизация граждан – помеха для официальных государственных структур.

В-третьих, вызывает возражение и сам взгляд на нормативное регулирование, сводящий его (пусть даже как правило) к регулированию посредством норм. Объективности ради следует заметить, что оспариваемое мнение имеет давнюю историю, широко распространено, в том числе (конечно, не без влияния учёных) и среди работников правоохранительных органов. Так, считается, что для судьи и для правоприменительной практики в целом право предстает прежде всего как система норм.

Но право как нормативная регуляция не сводится к нормам или к их системе. Юридическая норма есть одно из её проявлений, один из носителей важнейшего свойства права. Поэтому когда речь заходит о непосредственной нормативной регуляции, то с ней должен ассоциироваться весь комплекс нормативных регулятивных средств (принципов, целей, задач, дефиниций, норм и т.п.), выступающих внутренней формой выражения права как общей меры, свободы и справедливости. Только при этом условии возможно системное, концептуальное восприятие права в качестве нормативного регулятора поведения.

Ориентация же на одни нормы, то есть на явления, наиболее подвергающиеся корректировкам, изменениям со стороны правотворческих субъектов, неиз-

подход, то правовое регулирование на первичном, клеточном уровне утратит необходимую во многих случаях определённую. Рассчитывать на отыскание элемента структуры (гипотезы, диспозиции, санкции) в безбрежном пространстве организационного построения отрасли довольно проблематично. Самое главное, нарушится устоявшееся оптимальное состояние взаимодействия нормативных обобщений (принципов, целей и т.д.) и норм права, что не может не отразиться на качестве и эффективности действия права.

бежно приведет к неверному восприятию закрепленных в праве идей, ценностей, положений, дозволений и запретов, а значит, в итоге к неправильному, ошибочному решению, ограничивающему активность людей и часто делающему ее невозможной.

Итак, нормативность немыслима вне разнообразия регулятивных средств. Главное, что их объединяет, с позиции отстаиваемой в работе концепции, – это заложенные в этих регулятивных средствах права (возможности) человека и гражданина на совершение самостоятельных, по их усмотрению, действий.

Единство содержания и формы – важнейший показатель правового прогресса. Известно, что форма зависит от содержания, но обладает относительной самостоятельностью и может оказывать влияние на содержание, даже находясь в определённом противоречии с ним. Так, управомочивающие нормативно-регулятивные средства не являлись основным «строительным материалом» организации содержания позитивного естественного права. В его структуре преобладали нормативные средства, закрепляющие общеобязательный характер права, должное поведение. В то же время наличие средств-дозволений сыграло решающую роль в борьбе действительного содержания права с несоответствующей ему внутренней формой. В результате этой борьбы право как общая мера свободы обрело адекватную внутреннюю форму своего существования – управомочивающие нормативные средства, находящиеся в органичном равновесии с позитивными обязываниями, ограничениями и запретами. Новая форма способствовала прогрессивному развитию содержания, то есть эволюционной трансформации права позитивно-естественного в естественно-позитивное.

В отечественной юридической теории последовательным сторонником исключительной миссии в правовом регулировании управомочивающих установлений являлся Н.Н. Алексеев. Он заключал: «По содержанию своему правоустановления сводятся к

закреплению за какими-либо лицами свободы или мощи в каком-нибудь определённом отношении. Но свобода и мощь отнюдь не совпадают с тем, что называют должным. Когда человек должен, он чувствует себя связанным, не свободным. Когда он свободен, то он, именно, не должен – напротив, ему предоставлен выбор поступить несвязанно, исключительно по своему усмотрению. Если собственник имеет право распоряжаться своей вещью, то это отнюдь не значит, что он должен ею распоряжаться. Напротив, он может передать это распоряжение другому, совсем отказаться от распоряжения, выбросив или уничтожив вещь. Правовые установления, следовательно, регулируют деятельность человека в обществе совсем в другом, даже прямо противоположном направлении, чем нормы. Первые развязывают, освобождают, ставя только известные границы свободе; последние – связывают, обязывают, ограничивают и даже в известном направлении прямо отрицают свободу, принуждают человека делать не так, как он хочет, а так, как ему велит долг. Нет ничего более неправильного, как не различать этих двух направлений регулирующей деятельности, подменять одно другим. Такое смешение грозит самой идее права, которая растворяется в идее обязанности и изгоняется из общественной жизни»¹.

Поддерживая приведённые рассуждения Н.Н. Алексеева в главном, нельзя согласиться с его утверждением о том, что лишь установление обязанностей идёт через издание норм. Это и привело автора к отрицанию нормативного характера правоустановлений². Но тогда правоустановление не может быть элементом внутренней формы права, поскольку нормативность – важнейший признак объективного (позитивного) права в целом. Чуть выше по тексту Н.Н. Алексеев с оговорками, но всё же допускает, что «...правоустановле-

¹ Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. С. 508.

² Там же. С. 496.

ния... можно в известном смысле назвать правилами социального регулирования, однако эти правила и по содержанию своему, и по своим функциям существенно отличаются от тех правил, которые устанавливают должное и могут быть названы нормами в точном смысле этого слова»¹. Действительно, правила должного и возможного поведения коренным образом отличаются друг от друга. И всё же в точном смысле слова юридическими нормами могут быть названы и обязывающие, и управомочивающие правила. К элементам же внутренней формы права как общей меры свободы относятся управомочивающие нормы.

Как уже отмечалось, нормы (в данном случае управомочивающие) не единственное средство в организации содержания. Это подтверждает и формула: «Можно делать всё, что правом (законом) не запрещено и не противоречит ему». Даже самое предварительное прочтение её свидетельствует о необходимости выстраивания понятийного структурного ряда средств дозволений.

Ценность приведённой формулы в кратком и точном словесном выражении сути правового регулирования — предоставлении свободы (прав и свобод). Сразу меняется образ права. Вместо обычно предписывающего, должного, обязательного, оно предстаёт как явление, открывающее простор для свободы выбора и активной деятельности. Производится это в самом общем виде, поскольку допускается всё возможное, кроме запрещённого. Правовую свободу нельзя поставить в жёсткие рамки, строго определить все её качественные и количественные характеристики. Однако нельзя её оставить без ориентиров различной степени определённости. Позитивного права вне той или иной степени формальной определённости вообще не существует.

Поэтому следующий шаг состоит в вычленении, группировании и анализе рассредоточенных в текстах

¹ Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. С. 496.

нормативных актов, других источников (форм) права управомочивающих нормативных регулятивных средств. Полезно это с теоретической и практической стороны. Поиск ответа на вопрос: «А что всё же можно?» – до сих пор продолжается, вызывая жаркие дискуссии у учёных и юристов-практиков. По поводу общедозволительного типа правового регулирования сложились самые различные позиции – от полного принятия до скептического отношения, а также до утверждения преждевременности и даже ошибочности его легализации¹. В значительной мере разноречивость в оценке эффективности действия данного типа правового регулирования объясняется тем, что он пока больше провозглашается, чем наполняется реальным содержанием, то есть не стал по-настоящему «работающим». А значит, как верно подчеркнул Н.И. Матузов, под его девизом возможны нарушения законности, проявления своеволия, субъективизма, произвола². Устранить тянувшийся за ним негативный шлейф, направить в разумное русло практику реализации дозволений и способен понятийный структурный ряд «управомочивающие регулятивные средства». В нём выделяются два основных структурных подразделения: а) управомочивающие нормы, б) управомочивающие нормативные обобщения.

Управомочивающей называется юридическая норма, в которой формулируется определённая возможность совершения различных положительных действий: «...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 путём – и это определяющая особенность именно юридических дозволений – их содержание

¹ См.: Черненко А.К. Философия права. Новосибирск, 1998. С. 63-64.

² См.: Матузов Н.И. О принципе «все, не запрещенное законом, дозволено» // Сов. гос-во и право. 1989. № 8. С. 4.

очерчивается чёткими границами, рамками, отделяющими юридическое дозволение от произвольных действий»¹. И хотя управомочивающие нормы отличаются друг от друга по уровню предоставляемого субъектам усмотрения (саморегуляции), правовая информация, находящаяся в них, в основном даёт необходимое представление о содержании дозволенного поведения. Та или иная степень определённости о правах и свободах достигается благодаря связи её структурных элементов (гипотезы, диспозиции), образующих в единстве дозволенное правило поведения. Таким образом, в управомочивающих нормах находит выражение та сторона формулы «можно всё...», которая связана с установлением заранее определённых, в значительной мере выверенных эталонов дозволенных действий.

Но у исследуемой формулы есть и другая сторона. Она рассчитана на правовую свободу (возможность), которую нельзя предварительно даже относительно точно измерить, нормировать, а следовательно, закрепить определённый объём прав и свобод. Нельзя определить права и свободы и с помощью норм (из-за их отсутствия), регулирующих сходные отношения (аналогия закона). В таких случаях возможность существует на самом высоком уровне абстракции, то есть индивид в полном смысле слова может делать всё, что законом (правом) не запрещено. Создаётся впечатление, что подобные ситуации находятся за гранью правового регулирования и больше напоминают моральное воздействие. Это не так. На уровне высокой нормативности, общего дозволения, право не перестаёт быть самим собой. Меняется лишь характер правового регулирования, набор средств воздействия. Все более активную роль начинает играть комплекс управомочивающих нормативных обобщений (правовые принципы, цели, дефиниции и т.п.) или общих дозволений².

¹ Алексеев С.С. Теория права. С. 159.

² См.: Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. С. 242-243.

В этом ничего необычного нет, когда речь идёт об естественно-позитивном праве. Открывая простор для выбора и действия, оно в то же время не может оставить личность на произвол судьбы. Поэтому в статьи нормативных документов вводятся общие начала, цели, понятия и другие нормативные обобщения. Законодатель одновременно и закрепляет общую возможность, и даёт ориентиры (критерии правомерности) её осуществления. Это поможет любому правоактивному субъекту достичь желаемого результата и не допустить злоупотребления правами и свободами.

В данной связи нуждается в уточнении положение о том, что свобода человека в отличие от его прав обеспечивается и защищается государством, но не регламентируется им. Фактически границы как свобод, так и прав могут быть чётко не очерчены (например, право на получение квалифицированной юридической помощи), но правовое регулирование, пусть в форме нормативных обобщений, всё же существует. Подтверждением тому служит ч. 2 ст. 6 ГК РФ: «При невозможности использования аналогии закона, права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости». Проанализируем приведённую выдержку из закона.

Прежде всего, представляется не совсем корректным использование термина «аналогия» применительно к общим началам права. Согласно логическому словарю-справочнику: «аналогия – подобие, сходство предметов в каких-либо свойствах, признаках или отклонениях...»¹. Когда раскрывается аналогия закона, то, бесспорно, мы имеем дело с привлечением норм (данной или смежной отрасли права), регулирующих сходные отношения. Однако о каком сходстве и с чем может идти речь, например, в отношении общеправово-

¹ Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник. М.: Наука, 1975. С. 36.

го принципа правового равенства, ибо он по своей сути уникален и неповторим. Не ясно – какое сходство и с чем можно найти, руководствуясь смыслом гражданского законодательства. Смысл – это содержание, значение чего-нибудь¹. Определение смысла права при отсутствии норм требует не поиска сходных явлений, а перехода на более высокий концептуальный уровень (общих положений) познания его сути. Предметом анализа должны стать разнообразные нормативно-регулятивные средства: принципы, цели, задачи права, правовые понятия, фикции, презумпции и т.д., в которых выражен тот или иной фрагмент сущности и содержания права. Иными словами, познание смысла права представляет собой сложный мыслительный процесс, идущий от отдельного элемента внутренней формы права к их совокупности и далее к формированию обобщённого вывода, позволяющего раскрыть смысл права в человеческом измерении. Этот процесс никакого отношения к аналогии права не имеет. В данной связи заслуживают внимания рассуждения Н.И. Матузова о соотношении принципа «всё, не запрещённое законом, дозволено» с правовой аналогией: «Представляется, что они не исключают, а дополняют друг друга. Различие же состоит в том, что, во-первых, аналогия существует не во всех отраслях права, в то время как принцип «всё, что не запрещено законом, дозволено» является общеправовым; во-вторых, аналогия применяется только судом при разрешении конкретных дел и притом в сравнительно редких случаях, тогда как принцип дозволенности связан с постоянным поведением всех субъектов; в-третьих, аналогия – один из способов восполнения пробелов в праве, указанный же принцип не связан с пробельностью в законодательстве. Наличие аналогии в нашем праве лишний раз доказывает, что правомерно и подлежит защите не только то, что предусмот-

¹ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд. М.: Азбуковник, 2002. С. 737.

рено в законе, но и то, что не предусмотрено, но находится в сфере правового регулирования»¹.

Н.И. Матузов, пожалуй, одним из первых обратился к вопросу о соотношении принципа «всё, не запрещённое законом, дозволено» и правовой аналогии. Он обоснованно считает, что оба раскрываемых правовых явления не исключают, а предполагают друг друга. Отводя принципу более значимую роль в правовом регулировании, Н.И. Матузов справедливо относит его к разряду общеправовых, связывает его действия с широким кругом субъектов. Соглашаясь в этом с Н.И. Матузовым, вместе с тем необходимо сделать ряд уточнений.

Во-первых, нуждается в углублении характеристика взаимосвязи принципа «дозволено незапрещённое» с правовой аналогией. Они не просто дополняют друг друга, а выступают как общее и особенное (единичное). Аналогия существует не вне, не наряду с общим дозволением, а как одна из функционирующих в его рамках возможностей. В тех же отраслях права, в которых на нее наложен запрет, она не допускается.

Во-вторых, требует уточнения положение о том, что аналогия применяется только судом. Как одно из проявлений общего дозволения, она при наличии необходимой правовой культуры доступна всем субъектам, в том числе физическим и юридическим лицам при непосредственной реализации права (использовании прав). Никаких запретов на этот счёт нет.

В-третьих, вызывает возражение суждение автора о том, что наличие аналогии в нашем праве доказывает что правомерно и подлежит защите, и то, что не предусмотрено законом, но находится в сфере правового регулирования. Как уже отмечалось выше, у аналогии более скромное предназначение: способствовать восполнению пробелов с помощью норм, регулирующих сходные отношения (аналогия закона). В других случаях отсутствия

¹ Матузов Н.И. О принципе «все, не запрещенное законом, дозволено». С. 9.

даже сходных норм используется не аналогия закона, а иные общие дозволения (управомочивающие нормативные обобщения), помогающие правоактивному субъекту определять права и обязанности исходя из смысла права, всей совокупности официально признанных форм (источников) права. Для реального осуществления такой возможности, как верно пишет Н.И. Матузов, «формула «что не запрещено, то разрешено» нуждается в законодательном закреплении, желательно конституционном»¹. Одновременно важно выстроить систему управомочивающих нормативных обобщений, выполняющих роль надёжного правового ориентира, саморегуляции поведения, а также позволяющих отграничить правовую активность от произвола со стороны недобросовестных лиц.

§ 2. Управомочивающие нормативные обобщения

Принципы права. Среди всего многообразия общедозволительных нормативных обобщений ключевое место занимают принципы права. С ними связывается наиболее высокий уровень свободы усмотрения, саморегуляции личности. Не случайно общедозволительный тип регулирования получил обозначение как общеправовой принцип. С.С. Алексеев, анализируя соотношение общих регулятивных начал (общих дозволений и общих запретов) и принципов права, пришёл к выводу, что «общие регулятивные начала и принципы права в ряде случаев могут совпадать, совмещаться. Когда же речь идёт о том, что определённый порядок регулирования приобретает доминирующее значение (как это характерно для общедозволительного начала...), то его обозначение в качестве общеправового принципа является, судя по всему, вообще единственно возможным и оправданным»².

Принципы права представляют собой нормативное обобщение наиболее высокого уровня, в концент-

¹ Матузов Н.И. Указ. соч. С. 9.

² Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М.: Юрид. лит., 1989. С. 235-236.

рированном виде выражающее сущность и содержание права¹.

Принципы права обладают рядом специфических черт, качеств, особенностей. Для них характерно: высшая степень всеобщности и универсальности, стабильность и долговременность действия, обеспечение единства и внутренней непротиворечивости права в целом², согласованности и взаимодействия всех нормативно-регулятивных средств.

В этом своём качестве принципы права не противостоят нормам права, не разрывают отношения с ними. Они тесно связаны с юридическими нормами, в сочетании с ними существуют и функционируют. И всё же представляется, что видеть регулятивные возможности общих начал только через призму правовых предписаний не правильно. В деле упорядочения общественных отношений изучаемый нами феномен не придаток юридических норм, не дополнение к ним, а самостоятельный высокозначимый регулятивный элемент в структуре права³. Факт признания за принципами права отдельного от норм регулирующего значения нашёл юридическое закрепление на самом высоком уровне – в Конституции РФ, в ч. 4 ст. 15 которой и общепризнанные принципы,

¹ См.: Алексеев С.С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. С. 293.

² См.: Явич Л.С. Право развитого социалистического общества (сущность и принципы). М.: Юрид. лит., 1978. С. 11, 32; Бабаев В.К. Теория современного советского права. Н. Новгород, 1991. С. 24; Общая теория государства и права: Академ. курс: В 2 т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Зерцало, 1998. С. 23 и др.

³ О принципах как регуляторах поведения см.: Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 222-223; Правовая система социализма. Понятие, структура, социальные связи. С. 73; Смирнов О.В. Основные принципы советского трудового права. М.: Юрид. лит., 1977. С. 26-28; Свердлык Г.А. Принципы советского гражданского права. Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1985. С. 15; Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1991. С. 133 и др.

и нормы международного права названы как самостоятельные (хотя и связанные) элементы правовой системы России. На необходимость урегулирования общественных отношений, исходя из общих начал, указывают статьи 5 СК РФ, 11 ГПК РФ, 11 АПК РФ.

Будучи прямо или косвенно закреплёнными в статьях Конституции, законов и обладая нормативным содержанием, принципы права, несомненно, способны и оказывают непосредственное регулирующее воздействие на поведение граждан без всякой дополнительной уточняющей нормы (совокупности норм). Их непосредственное регулирующее действие обнаруживает себя:

а) во всех случаях непосредственного действия прав и свобод человека и гражданина (ст. 18 Конституции РФ), когда закреплённые Конституцией положения, исходя из их смысла, не требуют дополнительной регламентации и не содержат указания на возможность её применения при условии принятия федерального закона, регулирующего права, свободы и обязанности человека и гражданина и другие положения¹;

б) при наличии у индивидов одинакового правового статуса и соответствующей ему правовой роли. Проиллюстрируем сказанное на конкретном примере. В ч. 3 ст. 167 КЗоТ РФ (в ред. Закона РФ от 25.09.1992 г.), а ныне ч. 2 ст. 256 ТК РФ записано, что отпуск по уходу за ребёнком, кроме матери, может быть использован полностью или по частям отцом ребёнка. Возникает вопрос, а существовала ли такая правовая возможность у отца до принятия конкретной нормы? Ответ, с нашей точки зрения, может быть дан положительный. В этом несложно убедиться, обратившись к принципу равенства, закреплённому в Конституции РФ: «Мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их

¹ О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия: Постановление № 8 Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. // Бюл. Верховного Суда РФ. 1996. № 1. С. 3.

реализации» (ст. 19) и в Семейном кодексе РФ: «И родители имеют равные права и несут равные обязанности в отношении своих детей» (ст. 61 СК РФ, сходная ст. 54, была в Кодексе закона о браке и семье РФ). Подкрепив же принцип равенства принципом «можно всё, что не запрещено», мы увидим, что общих дозволительных положений вполне достаточно, чтобы родители решали по своему усмотрению чисто семейные проблемы, не нанося при этом никакого вреда общественным интересам. Остается только сожалеть, что столь значимое родительское право было вплоть до 90-х годов XX в. необоснованно «замороженным», то есть не осуществлялось. Дополнительное конкретизированное официальное вмешательство вряд ли свидетельствует об экономии материальных средств, времени и интеллектуальной энергии законодателей¹;

в) при удовлетворении гражданами своих законных интересов, то есть возможностей (прав), не получивших определённого выражения в форме права. «...Человек... — замечает Н.С. Малеин, — вправе требовать удовлетворения тех законных интересов, которые не обеспечены непосредственно правовыми формами реализации и защиты, но вытекают из духа и принципов закона...»²;

г) в случаях, когда требуется в определённой мере нейтрализовать негативное действие дефектных юридических норм (противоречащих, устаревших и т.п.). Благодаря действию принципов поведение субъектов получает нужную направленность, а «дефектность» отдельных правовых норм не наносит особого ущерба полноте и качеству правового регулирования³. Обратимся к конкретно-

¹ См.: Шафиров В.М. О правопонимании в правовом государстве // Правовое государство: проблемы формирования. Сб. статей. Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1991. С. 36.

² Малеин Н.С. Охраняемый законом интерес // Сов. гос-во и право. 1980. № 1. С. 30.

³ См.: Шафиров В.М. Принципы и нормы права как средства развития активного правомерного поведения // Социалистическое самоуправление народа и укрепление законности в общенародном государстве. Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1989. С. 125.

му делу. Прокурор Ростовской области обратился в суд с заявлением о признании противоречащими федеральному законодательству, недействительными и не подлежащими применению абзацы 1 и 2 подп. 1.1 п.1 перечня гарантированных социальных услуг, предоставляемых гражданам пожилого возраста и инвалидам государственными и муниципальными учреждениями социального обслуживания на территории Ростовской области (далее – Перечень), утверждённого постановлением главы администрации Ростовской области от 17 марта 1999 г. № 85. В частности, абзацами 1 и 2 подп.1.1 п.1 Перечня предусмотрено, что названным категориям лиц предоставляется горячее питание (при наличии возможности у учреждения социального обслуживания), спальное место в специальном помещении, отвечающее санитарно-гигиеническим требованиям, и индивидуальные постельные принадлежности (при наличии возможности у учреждения социального обслуживания).

Решением Ростовского областного суда от 28 декабря 2000 г. заявление прокурора Ростовской области удовлетворено.

В кассационной жалобе заместитель главы администрации Ростовской области поставил вопрос об отмене решения и принятии нового решения об оставлении заявления прокурора области без удовлетворения. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ 29 марта 2001 г. оставила жалобу без удовлетворения, указав, что вывод суда является правильным, поскольку названный перечень, установленный для Ростовской области, не соответствует частям 3 и 4 ст. 4 Федерального закона «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов», а также федеральному перечню, в котором предоставляемые указанному кругу лиц услуги не обусловлены наличием такой возможности у учреждения социального обслуживания. Федеральные нормативные правовые акты действуют на всей территории Российской Федерации, а предоставление социальных услуг для лиц пожилого

возраста и инвалидов в Ростовской области в меньшем объёме является незаконным и вступает в противоречие с упомянутым Федеральным законом, в ст. 3 которого указано, что деятельность в сфере социального обслуживания граждан пожилого возраста и инвалидов строится на принципах предоставления государственных гарантий в сфере социального обслуживания и обеспечения равных возможностей в получении социальных услуг и их доступности для граждан пожилого возраста и инвалидов (выделено мной. – В.Ш.).

В абзацах 1 и 2 подп.1.1 п.1 Перечня количество услуг предусмотрено меньше гарантированного федеральными нормативными правовыми актами, что не обеспечивает равенство возможностей их получения и доступности (выделено мной. – В.Ш.).

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ, руководствуясь названными принципами, решение Ростовского областного суда оставила без изменения, а кассационную жалобу заместителя главы администрации Ростовской области – без удовлетворения, указав, что установление субъектом Российской Федерации уровня социальных услуг для лиц пожилого возраста и инвалидов ниже гарантированного федеральными нормативными правовыми актами является неправомерным¹;

д) при конкуренции с нормами права. Имеются в виду ситуации, в которых индивид, наделённый правом, например, на льготу, отказывается от неё в силу возникших сомнений в законности, целесообразности и справедливости получения преимущества по сравнению с другими гражданами. Подобные поступки – свидетельство высокого уровня нравственно-правовой жизненной позиции человека, базирующейся на прочном фундаменте основных (исходных) начал – принципах;

е) в процессе реализации нормативных положений (обыкновений) правоприменительной практики. Так, по

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. М., 2001. № 10. С. 2-3.

делу о проверке конституционности сложившегося обыкновения правоприменительной практики ограничения времени оплаты вынужденного прогула при незаконном увольнении в пределах трёх месяцев или одного года независимо от его фактической продолжительности Конституционный Суд РФ в своём постановлении сделал следующий вывод: «Рассматриваемое обыкновение правоприменительной практики противоречит прежде всего общеправовым принципам справедливости, юридического равенства, гарантированности государством прав и свобод человека и гражданина, возмещения государством всякого ущерба, причинённого личности незаконными действиями государственных органов и должностных лиц, закреплённым в Конституции Российской Федерации. Эти принципы обладают высшей степенью нормативной обобщённости, определяют содержание конституционных прав человека, отраслевых прав граждан, носят универсальный характер и в связи с этим оказывают регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений. Общеобязательность таких принципов состоит как в приоритетности перед иными правовыми установлениями, так и в распространении их действия на все субъекты права»¹.

Перечень обстоятельств, нуждающихся в непосредственном регулирующем действии принципов права, не является исчерпывающим и может быть продолжен. Не менее важно определить, какие именно принципы права прежде всего должны включаться в процесс правового регулирования. В данной связи особо важное значение приобретает вопрос о классификации принципов права. В юридической литературе с учётом того или иного подхода к правопониманию приводятся разные основания группирования принципов, и, несомненно, все они имеют научное и практическое значение. С позиции человеческого измерения права принципы также

¹ Российская газета. 1993. 13 апр.

можно разделить на общеправовые, межотраслевые, отраслевые и принципы институтов права.

Первую «скрипку» играют **общеправовые принципы**. Они наиболее полно, всесторонне и последовательно выражают содержание права в человеческом измерении, распространяют действие заключённых в них правовых возможностей на всех без исключения субъектов, в любой сфере правовой действительности. Основной ряд этих принципов сформулирован в общепризнанных документах международного права, Конституции РФ, благодаря чему сегодня существует целостная система юридически значимых общеправовых принципов естественно-позитивного права. Примерный каталог данных принципов таков. Во-первых, это принципы, раскрывающие общую меру свободы личности: приоритета человека, его прав и свобод (верховенство права), неотчуждаемости прав и свобод, свободного пользования правами и свободами, широкой доступности правовой информации и т.п. Во-вторых, это принципы, представляющие общую меру справедливости: правового равенства, законности, недопустимости злоупотребления правами и свободами, ограничения прав и свобод только законом, взаимной ответственности личности и государства и т.п. В-третьих, принципы, обеспечивающие признание, соблюдение и защиту прав и свобод: уважения достоинства личности, защиты прав и свобод человека и гражданина, возмещения государством вреда личности, причинённого незаконными действиями (бездействием) государственных органов и должностных лиц и т.п.

Свою конкретизацию и развитие общеправовые принципы получают в различных федеральных законах. А именно: в ГК РФ через принципы свободы договора, беспрепятственного осуществления гражданских прав... (ст. 1), ТК РФ через принципы свободы труда, равенства прав и возможностей работников, обязательности возмещения вреда, причинённого работнику... (ст. 2); УПК РФ через принципы уважения чести и достоинства личности (ст. 9), неприкосновенности личности (ст.

10), охраны прав человека и гражданина в уголовном судопроизводстве (ст. 11)... Этот перечень можно продолжать, поскольку в современных условиях во всех кодифицированных законодательных актах имеются статьи, содержащие принципы права. Необходимый юридически значимый регулятивный эффект достигается с помощью сочетания и взаимодействия общих начал разного уровня. И самое главное, процесс правового регулирования не прерывается. Принципы прямо регулируют общественные отношения самостоятельно и во взаимодействии с иными управомочивающими нормативными обобщениями. В их ряду в первую очередь надо выделить цель права.

Цель права всегда была и остаётся в центре внимания юристов¹. Вот как это объясняет французский исследователь в области общей теории права Жан-Луи Бержель: «Ни практики, ни теоретики не могут абстрагироваться от конечных целей правовой системы или правовых норм, если желают понять смысл последних, направлять процесс их толкования, давать координаты сфер применения или предвидеть пути эволюции»².

¹ См.: Керимов Д.А. Категория цели в советском праве // Правоведение. 1964. № 3; Экимов А.И. Категория «цель в советском праве»: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1970; Рабинович П.М. О юридической природе целей правовых актов // Правоведение. 1971. № 5; Чулюкин Л.Д. Природа и значение цели в советском праве. Казань, 1984; Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права: Курс лекций. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1987. С. 201-204; Насырова Т.Я., Лазарев В.В. Теологическое толкование советского закона и правотворчество // Правоведение. 1988. № 2; Малько А.В. Правовые средства как общетеоретическая проблема // Правоведение. 1999. № 2. С. 12-15; Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М.: Городец, 2000; Шундилов К.В. Цель, средства и результаты в правореализационном процессе // Правоведение. 2001. № 4; Малько А.В., Шундилов К.В. Цели и средства в праве и правовой политике. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская гос. академия права», 2003 и др.

² Бержель Ж.Л. Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко. М.: Изд. дом Nota Bene, 2000. С. 56.

В Большом толковом словаре русского языка 2000 г. (составитель С.А. Смирнов) под целью понимается «то, к чему стремятся, чего хотят достичь». С позиции авторов Большого энциклопедического словаря 1991 г. цель – это идеальное мысленное предвосхищение результата деятельности, которая в качестве непосредственного мотива направляет и регулирует человеческое поведение.

Естественно-позитивное право как регулятор поведения не может быть бесцельным. Поэтому важно всегда точно представлять, ради кого (чего) оно возникло и существует, ради кого (чего) служат законодатель, правоприменитель. Ответ на эти вопросы в отечественном праве дают статьи 2 и 18 Конституции РФ. Под главной целью российского права следует понимать *человека, его права и свободы как высшую ценность*. Данная цель определяет смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечивается правосудием.

Основная цель российского права, с точки зрения последовательного осуществления, разделяется на три взаимосвязанные цели, которые сформулированы в ст. 2 Конституции РФ. Такими целями являются: признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина. Главная цель и конкретизирующие её цели являются общими целями для всей системы форм (источников) права. По сложившейся в правотворческой практике традиции цели устанавливаются в разделе «Общие положения», а при отсутствии таких разделов в первых статьях нормативно-правовых документов. От характера регулируемых отношений зависит и очерёдность закрепляемых в законе, подзаконном нормативном акте конкретных целевых установок. Например, в Трудовом кодексе РФ в ст. 1 цели трудового законодательства названы в такой последовательности: 1) установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан, 2) создание благоприятных условий

труда, 3) защита прав и интересов работников и работодателей.

Иная картина целевой направленности дана в УПК РФ. Согласно ст. 6 уголовное судопроизводство имеет своим назначением: 1) защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений; 2) защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения её прав и свобод. Тем самым цели права определяют регулятивную или охранительную направленности того или иного нормативного правового документа. В зависимости от поставленной цели осуществляется выбор средств для её достижения. Ещё Гегель писал, что «истина средства заключается в его адекватности цели». Цели требуют соответствующих юридических средств, определяют их природу и направленность. Так, если Трудовой кодекс имеет цель развить общественные отношения, содействовать становлению новых социально ценных связей, то, как правило, в тексте данного документа используются юридические средства стимулирующего вида (дозволения, поощрения, льготы и пр.). И наоборот, Уголовно-процессуальный кодекс принят в целях охраны и защиты определённых отношений, поэтому употребляются преимущественно юридические средства ограничивающего плана (запреты, приостановления, наказания и т.п.)¹.

Тесная связь цели и средства позволила некоторым исследователям высказать соображение, что между средством и целью не существует непреодолимой границы, то есть если средство есть определённая объект через цель, то цель — определённая через средство, цель становится средством, средство до овладения им само служит целью². Применительно к отстаиваемой в работе теории правопонимания превращение цели права в средство ни при каких условиях не допустимо. Человек, его права и свободы с точки зрения естественно-позитивного права

¹ См.: Малько А.В. Правовые средства как общетеоретическая проблема. С. 14.

² См.: Чулюкин Л.Д. Природа и значение цели в советском праве. С. 12.

могут быть только целью. Поэтому необходимо, чтобы главная цель права и конкретизирующие её цели получили чёткое и ясное закрепление во всех законах, подзаконных актах, иных источниках (формах) права, регулирующих права и свободы человека и гражданина. Иначе субъекты права начнут их определять сами, уяснять те или иные положения в выгодном именно для них варианте¹, в ущерб правам и свободам человека и гражданина, закреплённым в международных правовых документах, Конституции РФ.

Особые требования должны предъявляться к кодифицированным законодательным нормативным актам. В каждом из них в обязательном порядке в разделе «Общие положения» одной из первых должна быть отдельная статья, посвящённая цели(ям) соответствующего законодательства.

К сожалению, такие специальные статьи есть не во всех даже отраслевых кодексах. В частности, статьи с таким названием отсутствуют в Гражданском, Семейном, Уголовном и других кодексах. Конечно, приведённые правовые документы не являются бесцельными. Используя различные способы толкования, с той или иной степенью определённости можно выявить заложенные в соответствующих кодексах цели. Однако, учитывая особую значимость данного нормативно-регулирующего средства в достижении желательного для личности, общества, государства результата правового регулирования, оценки его эффективности, более целесообразно ключевые цели той или иной отрасли права чётко и ясно изложить в отдельной с одноимённым названием статье. Так, как это сделано в приведённой выше ст. 1 Трудового кодекса. Это значительно упростит работу правоприменителей, всех субъектов правореализующей деятельности в раскрытии смысла любого официально выраженного источника (формы) права. Этому же будет способствовать выявление точного соотношения цели и **задачи права**.

¹ Малько А.В. Правовые средства как общетеоретическая проблема. С. 13.

Довольно часто цели и задачи рассматриваются как синонимы. Цель – это главная задача, основной замысел, сказано в Большом толковом словаре русского языка 2000 г. Авторы и составители Краткого экономического словаря 2000 г. также отождествляют их, определяя цель в качестве задачи, которую необходимо решать.

В юридической литературе высказано суждение о неопределённости формулирования двух самостоятельных категорий – целей и задач, поскольку «... разница между ними не в их содержании, а в разноаспектном использовании. Причём категория «цель» – философская, тогда как «задача» – более обиходно-практический термин. В силу этого, когда данная категория подвергается исследованию в её философском выражении, следует использовать категорию цель. Если же речь идёт о выражении содержания этой категории в нормативных актах, то более точно пользоваться термином “задача”¹.

Бесспорно, цель и задача – теснейшим образом связанные между собой понятия, явления. И всё же, думается, более правы те учёные, которые допускают теоретическую возможность нахождения различия между ними². «Если цель представляет собой идеально намечаемый результат, то задачи выступают скорее в качестве плана действий, мысленно выработанного процесса движения к цели. Ещё Гегель заметил, что «выполнение задачи есть опосредованный способ реализации цели»³.

Итак, закрепив главную цель права – человека, его права и свободы как высшую ценность, ближайшие (конкретизирующие) цели – их признание, соблюдение и защиту, законодатель должен сформулировать и задачи, то есть определить, что надо сделать для достижения поставленных целей. К сожалению, в нормотворческой практике такое разграничение проводится не всегда. В ряде

¹ Чулюкин Л.Д. Природа и значение цели в советском праве. С. 14.

² Право и социология / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, В.П. Казимирчук. М.: Наука, 1973. С. 254-255.

³ Энциклопедия философских знаний. М., 1974. Т. 1. С. 397.

новейших кодифицированных нормативных актов вообще не говорится о целях, а сразу ставятся задачи (ст. 2 УК РФ, ст. 12. КоАП РФ, ст. 2 АПК РФ и др.) Такая законодательная экономия вряд ли полезна. Особенно серьезные сложности возникнут в ситуациях, неурегулированных юридическими нормами. Здесь для правореализующих субъектов любое включенное в текст статьи закона нормативное обобщение служит надёжным ориентиром в выборе оптимального варианта поведения. В этом отношении положительный пример дает Трудовой кодекс РФ, ст. 1 которого так и названа – «Цели и задачи трудового законодательства». Первая часть данной статьи посвящена перечислению целей трудового законодательства. Тем самым новый трудовой закон не только закрепляет то, к чему надо стремиться участникам трудовых правоотношений, но и то, что и как для этого нужно сделать. Данное обстоятельство и позволяет считать задачи права самостоятельным нормативно-регулятивным средством.

В установлении смысла права в целом, отдельных его отраслей, подотраслей и институтов заметная роль принадлежит **правовой дефиниции**. Она формулирует общее правило поведения, имеющее характер правового обобщения¹. Нормативность дефиниции в том, что она выполняет функцию трафаретного указателя, с помощью которого возможно подтвердить подлинность обстоятельств или явлений, имеющих отношение к разбираемому делу², внести определённую точность и ясность в содержание и направленность правового регулирования. Так, показателем нормативности правового понятия служит ст. 4 Федерального закона от 19.04.1991 г. «О занятости населения в Российской Федерации», в которой даётся определение подходящей работы. Ей признаётся «...такая работа, в том числе работа временного характера, которая соответствует профессиональной пригодности работ-

¹ См.: Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. С. 42.

² См.: Горшенев В.М. Нетипичные нормативные предписания в праве. С. 117.

ника с учётом уровня его профессиональной подготовки, условиям последнего места работы (за исключением оплачиваемых общественных работ), состоянию здоровья, транспортной доступности рабочего места...

Подходящей не может считаться работа, если:

она связана с переменной места жительства без согласия гражданина;

условия труда не соответствуют правилам и нормам по охране труда;

предлагаемый заработок ниже среднего заработка гражданина, исчисленного за последние три месяца по последнему месту работы. Данное положение не распространяется на граждан, среднемесячный заработок которых превышал величину прожиточного минимума трудоспособного населения (далее – прожиточный минимум), исчисленного в субъекте Российской Федерации в установленном порядке. В этом случае подходящей не может считаться работа, если предлагаемый заработок ниже величины прожиточного минимума, исчисленного в субъекте Российской Федерации в установленном порядке». Нормативная регуляция данной дефиниции выражается в том, что содержащиеся в ней критерии ориентируют граждан свободно, самостоятельно, по своей инициативе решать вопрос о будущей работе. Любое принуждение здесь не допустимо.

Те или иные юридические понятия можно найти практически в различных формах (источниках) права. В 90-е годы XX в. их влияние на процесс правового регулирования заметно возрастает. Можно говорить о формирующейся тенденции включения в тексты нормативно-правовых документов не отдельных понятий, а их ассоциации (комплекса). Теперь всё чаще основные понятия уже не «разбрасываются» по разным статьям, например, нормативных актов, а «собираются» вместе, как правило, в одной из первых статей. Такие статьи, с общим названием «основные понятия», имеются в УПК РФ (ст. 5), Градостроительном кодексе РФ (ст. 1), Законе о защите прав потребителей (вводная часть), Основях законодательства Российской Федерации о культуре (ст. 3) и т.д.

Желательно, чтобы данная тенденция получила устойчивый характер и широкое распространение. Дело в том, что, когда юридические понятия, имеющие общее значение для всего нормативного акта, «распыляются» по всему тексту, их регулятивная энергия значительно снижается. Находящиеся где-то в глубине правового акта, они либо вообще остаются невостребованными, либо если и востребуются, то лишь в контексте той его части, в которой и расположена данная юридическая дефиниция. Итак, основные правовые понятия всегда должны находиться в первых статьях официальных источников (форм) права.

Правовая презумпция – еще одна разновидность управомочивающих нормативно-регулятивных средств. По определению В.К. Бабаева, презумпция – это «...*предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, основанное на связи между ними и фактами наличными и подтверждённое предшествующим опытом*»¹. Это определение, сконструированное В.К. Бабаевым ещё в 1974 г., выдержало проверку временем и получило широкую поддержку. Существенным свойством, присущим презумпциям, является их предположительный характер. Презумпция – это обобщение не достоверное, а вероятное. Однако степень их вероятности очень велика, поскольку основывается на обобщении достаточно большого количества случаев², это и позволяет осуществить тот или иной выбор, который будет верен в отношении всех обобщенных случаев. И чем выше доля вероятности имеющихся предположений, тем сильнее будет проявляться регулятивная энергия презумпций. Так, усиление в обществе влияния презумпции правомерности незапрещённого побуждает к инициативному, творческому поведению всех тех, кто готов действовать по своему усмотрению, свободно устанавливать свои права и

¹ Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 14.

² См.: Бабаев В.К. Презумпции в российском праве и юридической практике // Проблемы юридической техники: Сб. статей / Под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 325.

обязанности на основе договора и определять любые не противоречащие законодательству условия договора.

Не менее важное значение имеет и презумпция добропорядочности гражданина. Во всех случаях, когда закон ставит защиту прав в зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно, разумность действий и добросовестность участников правоотношений предполагаются. Данное обстоятельство рассчитано на рост числа правоактивных субъектов. Закрепление исследуемой презумпции свидетельствует о том, что закон будет всегда на стороне добропорядочных граждан, даже если спор возник между ними и государством или его органами¹.

В тесной связи с рассмотренными презумпциями находится и презумпция знания законов. Её часто видят под углом зрения юридической ответственности. Думается, это слишком односторонне. На самом деле ни презумпция правомерности незапрещённого, ни презумпция добропорядочности и другие презумпции не смогут «работать», если граждане будут в правовом смысле безграмотными. Отсюда знание права во всех ситуациях предполагается.

¹ Вопиющий случай должностной халатности работников брянской милиции и следственных органов был упомянут в докладе Генерального прокурора на заседании расширенной коллегии Генпрокуратуры 11 февраля 2002 г. Вот что буквально сказал Владимир Устинов: «Сколько можно повторять: все наши действия должны быть направлены на защиту конкретного человека, обеспечивать его законные права и интересы. Только тогда нам будут верить, только тогда в нас будут нуждаться. А как восстановят доверие работники прокуратуры в Брянской области? Наверное, вы уже все знаете, что там незаконно был задержан и помещен в следственный изолятор однофамилец настоящего обвиняемого. Три месяца больной, несчастный человек, не имеющий никакого отношения к преступлению, пробыл под стражей. Конечно, можно говорить, что задержание производили работники милиции. Что сотрудники СИЗО приняли задержанного без сопоставления его анкетных данных с данными того, кто находился в розыске. Можно сослаться и на медицинское заключение, что смерть этого человека, последовавшая вслед за его освобождением, не связана с пребыванием в СИЗО. Но разве это меняет суть? Одни грубо нарушили, другие (я имею в виду прокуроров) пропустили, допустили, не выявили нарушения. И вместо того, чтобы извиниться

Надо заметить, что количество презумпций в законодательстве крайне велико, ибо ни одна отрасль права без них не обходится¹. Особо значима роль в регулировании правоотношений общеправовых презумпций. Приведённые выше презумпции тому подтверждение. Поэтому для определения смысла права к ним следует обращаться как гражданам, так и должностным лицам.

Нормативно-регулятивным средством является также **правовая фикция**. Фикция – это нечто несуществующее, вымышленное, выдаваемое с определённой целью за действительное². Будучи закреплённой в официальных источниках права, фикция становится юридической³. Многие исследователи отмечают заметное распространение фикций в российском законодательстве. Они обнаруживают себя в гражданском праве (признание гражданина безвестно отсутствующим или умер-

перед родственниками, загладить, как говорится, вред, затеяли судебную тяжбу: платить ущерб или не платить» (Российская газета. 2002. 16 февр.).

¹ См.: Бабаев В.К. Презумпции в российском праве и юридической практике. С. 328.

О презумпциях в отраслях права см.: Ойгензихт В.А. Понятие гражданско-правовой презумпции // Сов. гос-во и право. 1975. № 10; Васильев Л.М. Фактические презумпции в советском уголовном судопроизводстве // Правоведение. 1982. № 1; Веденеев Е.Ю. Роль презумпций в гражданском праве, арбитражном и гражданском судопроизводстве // Гос-во и право. 1998. № 2; Селезнева М. Презумпции экологической безопасности / / Российская юстиция. 1998. № 4; Кругликов Л.Л., Зуев Ю.Г. Презумпции в уголовном праве (в сфере ответственности за экономические и иные преступления) / Под общ. ред. Л.Л. Кругликова. Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 2000; Щекин Д.М. Юридические презумпции в налоговом праве: Учеб. пособие / Под ред. С.Г. Пепеляева. М., 2002 и др.

² См.: Социологический энциклопедический словарь на русском, английском, немецком, французском и чешском языках / Редактор-координатор Г.В. Осипов. М.: Норма, 1998. С. 391.

³ О правовых фикциях см.: Бабаев В.К. Презумпции в советском праве: Учеб. пособие. С. 25-33; Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов, 1980. С. 91-92; Лукич Р. Методология права. М., 1981. С. 299-300; Зайцев И. Правовые фикции в гражданском процессе // Российская юстиция. 1997. № 1; Панько К.К. Фикции в уголовном праве и правоприменении. Воронеж: Истоки, 1998; и др.

шим и т.д.), в семейном (запись усыновителей в качестве родителей усыновлённого ребёнка; запись отца ребёнка, рождённого вне брака, по фамилии матери, имени и отчества отца ребёнка по её указанию и т.д.), в уголовном (признание снятой или погашенной судимости несуществующей; освобождение от уголовной ответственности при деятельном раскаянии, хотя преступное деяние было совершено), гражданско-процессуальном (рассмотрение судом дела в случае неявки кого-либо из лиц, участвующих в деле и извещенных о времени и месте судебного заседания, если ими не представлены сведения о причинах неявки или суд признает причины их неявки неуважительными).

Рост числа юридических фикций доказывает, что законодательное признание несуществующего в реальности существующим имеет место в жизни, полезно и перспективно для дальнейшего развития. Особенно такая перспектива отчётливо просматривается в рамках общедозволительного типа правового регулирования.

Формула «можно делать всё, кроме запрещённого» рассчитана на беспрепятственное, непрерывное по своему усмотрению пользование правами и свободами за пределами запрещённого. Однако в жизни немало ситуаций, когда на пути граждан появляются «юридические заторы», способные парализовать работу механизма правового регулирования. Вот здесь-то и незаменимы правовые фикции. Благодаря им субъекты получают возможность воспользоваться правами, которые оказались замороженными в силу различных фактических обстоятельств. Иными словами, с помощью «вымысла во благо» открывается доступ к недостающим правам личности, снимаются возникшие преграды для возобновления процесса их реализации. Обратимся к примеру. Статьей 42 ГК РФ урегулирована ситуация, при которой гражданин отсутствует в месте своего жительства продолжительное время и не подаёт о себе вестей. Естественно, прекратились и все правовые связи. Столь затянувшаяся «правовая пауза» уже поставила на достаточно длительное вре-

мя в затруднительное положение многих заинтересованных лиц (жену, детей, родителей, кредиторов и т.д.). Все они лишены в юридическом смысле главного – возможности пользоваться правами, вытекающими из правоотношений с участием безвестно отсутствующего. Но без правового вмешательства возникшая неопределённость может длиться бесконечно. Поэтому-то в Гражданский кодекс и введено нормативное обобщение – юридическая фикция, позволяющая суду признать гражданина безвестно отсутствующим, если в течение года в месте его жительства нет сведений о месте его пребывания. И хотя само решение суда основывается на вымысле (гражданин может явиться либо может быть обнаружено место его нахождения), оно позволяет, пока неопределённость сохраняется, всем тем, кто имеет на это законное право, удовлетворить свои насущные потребности. В частности, из имущества гражданина, признанного безвестно отсутствующим, его несовершеннолетние дети, нетрудоспособные родители и пр. вправе получать средства на содержание (ст. 43 ГК РФ); нетрудоспособные члены семьи, состоящие на его иждивении, имеют право на пенсию по случаю потери кормильца; супруг (супруга) гражданина, признанного безвестно отсутствующим, приобретает право на расторжение брака в упрощённом порядке через орган загса (ст. 19 СК РФ). Этот перечень открывающихся возможностей для различных субъектов можно продолжать и продолжать.

Итак, правовые фикции, оказывая управомочивающее регулятивное воздействие на субъектов, вносят в правовое регулирование общественных отношений необходимый динамизм и определённость; ограничивают возможность произвольных, необоснованных решений; способствуют реализации и охране прав граждан¹; обеспечивают простоту и экономию в правовом регулировании².

¹ См.: Панько К.К. Юридические фикции в современном российском праве // Проблемы юридической техники. С. 465.

² См.: Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. С. 91.

К нормативным обобщениям следует отнести и такие общие дозволения, которые определяют:

- характер поведения при осуществлении прав и свобод. В ч. 1 ст. 7 СК РФ сформулировано: «Граждане по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им правами, вытекающими из семейных отношений (семейными правами), в том числе правом на защиту этих прав, если иное не установлено настоящим Кодексом»;

- круг регулируемых отношений (прав и свобод, подлежащих реализации и защите). В вводной части закона о защите прав потребителей закреплено: «Настоящий Закон регулирует отношения, возникшие между потребителями и изготовителями, исполнителями, продавцами при продаже товаров (выполнении работ, оказании услуг), устанавливает права потребителей на приобретение товаров (работ, услуг) надлежащего качества и безопасных для жизни и здоровья потребителей, получение информации о товарах (работах, услугах) и об их изготовителях (исполнителях, продавцах), просвещение, государственную и общественную защиту их интересов, а также определяет механизм реализации этих прав»;

- сроки, то есть установленное законом время для совершения тех или иных дозволяемых действий, пользования материальными и нематериальными благами (исковая давность, срок принятия наследства, срок трудового договора, бессрочное пользование земельными участками и т.п.).

Перечень изложенных выше управомочивающих нормативных обобщений не является исчерпывающим. Да такая цель и не ставилась. Но даже рассмотренные дают основание считать, что общие дозволения представляют систему разнообразных нормативно-регулятивных средств, каждое из которых занимает своё самостоятельное место, играет свою, только ему присущую роль. Будучи «вмонтированными» в тексты конституций, других нормативных документов, они помогают раскрыть смысл (содержание) права, дают надёжные ориентиры (особенно это важно при отсутствии норм или их дефектности) возможного правового поведения, не запрещенного законом.

§ 3. Управомочивающие нормы

Управомочивающие нормы – наиболее распространённое, доступное средство, закрепляющее права и свободы. Однако, как это ни покажется странным, их действительное место и роль в правовом регулировании ещё по-настоящему не оценены. Последнее обусловлено тем, что, по сравнению с другими юридическими нормами, к управомочивающим было и остаётся неоднозначное отношение. Так, по мнению А.Я. Берченко: «...выделение ... управомочивающих (управомочных) норм благодаря двухстороннему характеру всех правовых норм (и представление и обязанность) лишено основания»¹.

«Всякая правовая норма, – считали О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородский, – носит одновременно и обязывающий и запретительный характер: обязывая к совершению какого-либо действия, норма запрещает воздержание от его совершения, как и, наоборот, запрещая совершение определённого действия, она обязывает к его несовершению. В то же время всякая правовая норма носит и управомочивающий (уполномочивающий) характер: норма, обязывающая к совершению того или иного действия и запрещающая его несовершение, как и, наоборот, норма, запрещающая совершение данного действия и обязывающая к его несовершению, управомочивает (уполномочивает) кого-либо требовать, соответственно, совершения или несовершения этого действия»².

Сходной позиции придерживается Л.И. Спиридонов: «...в юридической действительности не существует правовых норм, которые были бы или только обязывающими, или только запрещающими, или только управомочивающими»³.

¹ Берченко А.Я. Нормы советского права как средство закрепления охраны и развития социалистических общественных отношений: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1950. С. 218.

² Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. С. 177.

³ Спиридонов Л.И. Теория государства и права. С. 164.

Изложенная точка зрения всё же не стала господствующей. Немало сторонников у тех, кто считает возможным и необходимым среди регулятивных норм выделять самостоятельную разновидность – управомочивающую норму¹. «Реализация субъективных прав, – утверждают Н.В. Витрук и В.В. Копейчиков, – связана не со всеми правовыми нормами, а лишь с одним их видом, а именно нормами управомочивающими... Такое положение объясняется тем, что только управомочивающие нормы, но не обязывающие и запрещающие, предоставляют субъекту прав, свобод и законных интересов возможность свободного выбора в отношении их реализации»².

Классификация норм на управомочивающие, обязывающие, запрещающие является основной, определяющей (все последующие деления норм уточняют и развивают её), поскольку иных, кроме общих моделей возможных или должных действий (бездействия), право не устанавливает. При этом по своему характеру перед нами возникают совершенно разные правила поведения: одно закрепляет права (управомочивающая норма), другие – обязанности (обязывающая и запрещающая нормы). К сожалению, такое различие недостаточно отразилось на раскрытии существенных признаков юридической нормы как родового понятия. В частности, среди

¹ См.: Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. Львов, 1959. С. 68; Теория государства и права. Основы марксистско-ленинского учения о государстве и праве. М., 1962. С. 437; Общая теория советского права / Под ред. С.Н. Братуся и И.С. Самощенко. М.: Юрид. лит., 1966. С. 213; Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М.: Юрид. лит., 1973. С. 253-255; Реализация прав граждан в условиях развитого социализма. М.: Наука, 1983. С. 47; Нормы советского права. Проблемы теории. (Под ред. М.И. Байтина и В.К. Бабаева) Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1987. С. 169-170; Лучин В.О. Конституционные нормы и правоотношения: Учеб. пособие для вузов. М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1997. С. 86-87; Общая теория государства и права: Академ. курс: В 2 т. / Под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Изд-во «Зерцало», 1998. С. 229 и др.

² Реализация прав граждан в условиях развитого социализма. М.: Наука, 1983. С. 47.

общих для всех норм права признаков называются государственно-властное предписание (приказ, императив), общеобязательность, представительно-обязывающий характер, принудительность исполнения. Все приведённые характеристики охватывают собой нормопонимание в сугубо обязательном, но не в дозволительном смысле¹.

Рассмотрим подробнее аргументы, которые приводятся в обоснование того, что управомочивающей норме присущи признаки обязательной юридической нормы. «Управомочивающая (дозволительная) норма, – считал П.Е. Недбайло, – как и всякая правовая норма, по содержанию своего предписания представляет собой императив, настоятельное требование. Императивный характер дозволения заключается в велении государства участникам общественной жизни свободно распоряжаться своим субъективным правом в пределах нормы и общих правовых принципов...Так повелевает норма, таков её императив»². С подобным суждением согласиться нельзя. Как справедливо заметили И.С. Самощенко, О.Э. Лейст, А.С. Пиголкин: «Императивность нормы...выражается в определении юридических обязанностей, соблюдение которых обеспечивается возможностью применения санкций, а не в закреплении каких-либо прав, которыми свободно распоряжаются участники общественных отношений»³.

¹ Именно на этом основании Н.М. Коркунов отрицал наличие дозволительных норм. Он писал: «(...)Юридические нормы, как и все вообще нормы, суть правило должного и в этом смысле веления. Будучи правилом должного, они не могут дозволять, определять, описывать, а всегда повелевают, всегда указывают, что и как должно быть сделано для разграничения сталкивающихся интересов». (Цит. по кн.: Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Хрестоматия: Учеб. пособие. М., 1998. С. 520). Аналогичную точку зрения можно найти у Г.Ф. Шершеневича. По его мнению, требование норм исчерпывается приказами и запретами, а поэтому «дозволительная форма не совместима с повелительным содержанием закона» (Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 2. М., 1911. С. 393).

² Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. С. 73.

³ Общая теория советского права / Под ред. С.Н. Братуся и И.С. Самощенко. С. 213.

Видимо, сомнения по поводу приказного характера управомочивающей нормы были у самого П.Е. Недбайло, который несколько выше по тексту писал, «...что норма права не предписывает управомоченному лицу каких-либо положительных действий или воздержание от действий. Она только разрешает гражданам, организациям и учреждениям производить те или иные действия, предоставляет им свободу распоряжаться своими правами, использовать или не использовать таковые»¹.

Наделяя индивидов свободой распоряжения своими правами, управомочивающая норма делает это не в приказном порядке, не допускающем ее непринятия или отказа, а в таких мягких словесных формулировках, как «имеет право», «вправе», «может», «возможно». «Норма не есть указательное (индикативное) предложение...она является настоящим приглашением к действию», — заявляет И. Гезер². К управомочивающей норме настоящее заявление относится в полной мере. Её настойчивое приглашение к действию зиждется не на навязывании индивидам того или иного поведения, а на содержащихся в управомочивающей норме ориентирах, обозначающих желательный, в первую очередь для личности, диапазон свободы. Иными словами, действенность нормы дозволения напрямую зависит от признания и принятия её личностью. Не обладая императивностью, управомочивающая норма не может и юридически обязывать носителя прав.

Например, Семейный кодекс РФ провозглашает добровольность брачного союза мужчины и женщины, одновременно довольно подробно определяет условия и порядок заключения брака. Однако усилия законодателя могут оказаться тщетными, если мужчина и женщина предпочтут юридическому браку фактический (гражданский) брак. И здесь нельзя сказать, что мужчина и женщина поступили несвободно. Просто свободу своих отношений они по-

¹ Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. С. 70.

² Цит. по кн.: Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. С. 150.

нимают иначе, чем законодатель. Обязанности отдать предпочтение официальному браку нет.

Или другой пример. Долгожданной для многих людей стала норма Конституции РФ: «Никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников...» (ст. 51). Но никто не может и запретить это сделать. Свобода выбора всё равно остается за человеком.

Довольно неоднозначное отношение сложилось к признаку: представительно-обязывающий характер нормы. Точку зрения, что всякая правовая норма имеет представительно-обязывающий характер, разделяют не все учёные. Основные дискуссии как раз идут вокруг управомочивающих норм, поскольку они «...прямо ничего не предписывают и не запрещают. Напротив, они устанавливают, прежде всего, то, что можно, а не то, что должно. И только косвенно они подразумевают некоторые запрещения и повеления, касающиеся третьих лиц. Так, право собственности подразумевает обязанность всех и каждого воздерживаться от посягательства на имущество собственника. Так же, как и обязанность агентов власти защищать это право и бороться с его нарушением. Насколько эти обязанности самостоятельны по отношению к правомочиям, указывает то, что соответствующие обязанностям запреты обычно излагаются в особых установлениях»¹.

Более жёсткую позицию в данном вопросе занял П.Е. Недбайло: «В действительности же не всякая норма права имеет представительно-обязывающий характер... Правовая норма – это точно определённое правило, зафиксированное в законе или другом нормативном акте, поэтому она не допускает, чтобы какая-то её сторона «подразумевалась». В противном случае норма права не будет формальным правилом, т.е. не будет нормой права»². И далее: «Верно, что права не могут существовать без корреспондирующих им обязанностей и, наоборот,

¹ Алексеев Н.Н. Русский народ и государство С. 507.

² Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. С. 71.

обязанности немыслимы без соответствующих им прав, но из этого вовсе не вытекает, что права и обязанности должны совмещаться всегда только в одной правовой норме». Так, «...обязанность администрации оплатить законный отпуск рабочего или служащего вовсе не подразумевает, на сей счёт существуют вполне определённые, обязательные для администрации правила, которые корреспондируют норме право на отпуск»¹.

Наверное, П. Е. Недбайло излишне категоричен, когда отрицает возможность подразумевания обязанностей. Однако он прав в главном: управомочивающие нормы непосредственно не закрепляют юридических обязанностей. В них записано лишь право требования (притязания) к обязанным субъектам. Надо различать реально имеющий место элемент содержания нормы права (права) и виртуальный (воображаемый – обязанности), который, безусловно, должен быть закреплён, но уже в самостоятельных обязывающих (запрещающих) нормах. Так, управомочивающей норме (ст. 37 Конституции РФ), устанавливающей право на оплачиваемый ежегодный отпуск, корреспондирует обязывающая норма (ст. 122 ТК РФ): «Оплачиваемый отпуск должен предоставляться работнику ежегодно». Поэтому более предпочтительно говорить не о представительно-обязывающем характере управомочивающей нормы, а о признаке системности права, который и связывает между собой различные по содержанию юридические правила поведения.

Изложенное выше даёт основания утверждать, что управомочивающие нормы не принуждают к правомерному поведению, наоборот, предоставляют в различных формах свободу выбора и активной деятельности. Вместе с тем не все учёные склонны видеть в юридических нормах средство формирования социально-активного поведения. Так, по мнению Б.О. Николаичева, детальные указания на то, как надо себя вести в достаточно

¹ Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. С. 72.

конкретных ситуациях, свойственные праву, «...не предполагают свободы и самостоятельности индивида... Поэтому и нужны детальные указания, по возможности, не допускающие разночтений¹.

Односторонность данного взгляда очевидна. Во-первых, в его основе лежит бездоказательное суждение о правовой норме как обязательно о запрете, ограничении и источнике ответственности. Во-вторых, жёсткая, детальная регламентация всё чаще (и в первую очередь) используется для закрепления обязанностей, гарантий, средств защиты и охраны прав, свобод граждан. В-третьих, в праве сложился (хотя до конца ещё не раскрыл своих возможностей, резервов) своеобразный комплекс (общность) управомочивающих норм, реализация которых немыслима без инициативы, свободы выбора и действия личности. Иными словами, суть любой управомочивающей нормы – в дозволении, в наличии известного простора для выбора поведения, его саморегуляции². А если учесть, что налицо общая тенденция сокращения числа норм, обязывающих и запрещающих, и расширение правовых правил, содержащих дозволение, то неудивительно, что с последними связывают перспективу развития и упрочения право-

¹ Николаичев Б.О. Осознаваемое и неосознаваемое в нравственном поведении личности. М.: Изд-во МГУ, 1976. С. 12.

² См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. С. 255.

В данной связи нуждается в уточнении утверждение А.Д. Корецкого о том: «...что если основным инструментом разрешительного метода регулирования является юридическая норма, то при общедозволительном методе она утрачивает свою монополию. Главным инструментом последнего уже является договор, регулятивные свойства которого исследовались лишь на отраслевом уровне, и в науке общей теории права ему уделялось незначительное внимание» (А.Д. Корецкий. Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб: Изд-во юрид. центр Пресс, 2001. С. 7). Договор (точнее нормативный договор) не может конкурировать с управомочивающей нормой. Первый относится к внешней форме, вторая к внутренней форме права. В самом договоре могут быть разные нормы, но позволять, то есть закреплять права, способны только управомочивающие.

мерного поведения. Это полностью согласуется с развиваемой в работе концепцией права в человеческом измерении, в соответствии с которой ценность права для личности определяется в конечном счёте мерой (содержанием и объёмом) тех реальных возможностей (свобод), которые право даёт человеку в определённых исторических условиях.

В зависимости от уровня индивидуального регулирования (саморегуляции), представляемого субъектам, все управомочивающие нормы можно разделить на следующие группы: определённые управомочивающие нормы; управомочивающие нормы, позволяющие выбор вариантов поведения; управомочивающие нормы, позволяющие свою конкретизацию в зависимости от сложившейся ситуации (ситуационные); управомочивающие нормы, позволяющие принятие правила поведения, отличного от имеющегося (диспозитивные нормы); рекомендательные нормы¹.

Определённые управомочивающие нормы (ОУН).

Они предоставляют самый минимальный уровень индивидуального регулирования. Суть индивидуального регулирования в свободе усмотрения индивидов в определении своего поведения (или его элементов)². Каждая отдельно взятая ОУН закрепляет точный, непредусматривающий каких-либо изменений, дополнений объём меры свободы. Поэтому субъекту, прежде чем воспользоваться ОУН, важно определить: а) насколько её содержание соответствует его потребностям и интересам; б) не существует ли наряду с ней в данной или другой отрасли права более подходящая норма (например, в результате анализа может оказаться, что в сложившихся условиях целесообразнее использовать вместо нормы о трудовом договоре норму о гражданско-правовом договоре). Уяснение исходных моментов

¹ См.: Шафиров В.М. Принципы и нормы права как средства развития активного поведения. С. 127-132.

² См.: Кашанина Т.В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Сов. гос-во и право. 1992. № 1. С. 123.

по отношению к ОУН и поможет принять по своей воле самостоятельное решение. Свобода усмотрения дозволена в основном в проведении внешних, подготовительных действий по организации реализации ОУН. Конкретно это выражается в возможности самостоятельно решать вопросы об использовании или неиспользовании своих прав, о месте, времени (время года, конец, начало месяца) их реализации, о другой стороне правоотношения и т.п. В то же время данное проявление саморегуляции – важный этап каждого последующего, более высокого.

Управомочивающие нормы, позволяющие выбор вариантов поведения. В законодательстве определены такие случаи вариантности выбора поведения:

– одного или одновременно двух или более, отличающихся друг от друга. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 13 Федерального закона «О ветеранах» «при наличии оснований ветераны одновременно могут иметь право на льготы по нескольким статьям настоящего Федерального закона, а также на льготы, установленные другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами»;

– одного из двух или нескольких, исключających друг друга (альтернативные нормы). Например, норма ч. 1 ст. 4 Закона «О порядке обжалования в суд неправомерных действий органов государственного управления и должностных лиц, ущемляющих права граждан» гласит: «Жалоба может быть подана в суд гражданином, права которого нарушены, его представителем, а также по просьбе гражданина – надлежаще уполномоченным представителем общественной организации, трудового коллектива»;

– из одного или нескольких вариантов, в порядке замены при определённых обстоятельствах основного, используемого как правило (факультативные нормы).

Управомочивающие нормы, позволяющие выбор аналогичного варианта (варианта) поведения. Специфика названного индивидуального регулирования состоит в том, что требующаяся модель поведе-

ния не получила конкретного изложения в виде отдельной нормы. И этот пробел разрешается восполнить для конкретных индивидов при помощи подбора норм, регулирующих сходные отношения. Правда, в правовой литературе подобного рода деятельность принято отождествлять лишь с правоприменением. Однако, думается, в рамках общедозволительного типа правового регулирования есть все основания считать и граждан субъектами осуществления норм права по аналогии. Так, если в вещи, полученной как выигрыш в лотерею, обнаружены недостатки, то порядок их устранения определяется по аналогии с нормами, регулирующими порядок устранения недостатков вещи, приобретённой по договору купли-продажи (ст. 475-484 ГК РФ). Опираясь на эти нормы, стороны могут сами урегулировать возникшую проблему, без обращения в суд.

Управомочивающие нормы, позволяющие свою конкретизацию в зависимости от сложившейся ситуации. Такие нормы именуются ситуационными¹. Саморегуляция, происходящая под воздействием ситуационной нормы, заключается в том, что она не связывает усмотрение субъектов с какими-либо вариантами, а управомочивает их конкретизировать элементы её структуры на основе заложенных в ней общих положений с учётом особенностей конкретной ситуации. Так, согласно смыслу п. 2.6 Правил дорожного движения, если в результате дорожно-транспортного происшествия нет пострадавших, водители при взаимном согласии в оценке обстоятельств случившегося могут, предварительно составив схему происшествия и подписав её, прибыть на ближайший пост дорожно-постовой службы (ДПС) или в орган милиции для оформления происшествия.

¹ О ситуационных нормах см.: Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 28-29; Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. С. 74; Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. М.: Юрид. лит., 1984. С. 70-71.

Управомочивающие нормы, позволяющие создание правила поведения, отличного от имеющегося в них (диспозитивные нормы). Диспозитивная норма – сложная норма. В ней органически сочетаются самостоятельные правила. Одно правило – это предоставление правомочия сторонам действовать в конкретных условиях по своему усмотрению. Другое – правило на случай, если стороны правоотношения сами не определили права и обязанности¹.

Более широкая свобода усмотрения заложена в первом правиле. Законодатель прямо регламентирует право на действие и форму его выражения – соглашение сторон (см., например, ст. 54 ЖК РСФСР), установление же условий возникновения прав и обязанностей, их содержание, объём и т.п. доверяет определить самим субъектам. Другими словами, перед нами тот случай, когда первоначальная энергия, побуждающая к творческому поведенческому акту, исходит от нормы права, а создание конкретной модели правового поведения – частное дело её адресатов. В этом принципиальное отличие исследуемых норм от альтернативных. В процессе регулирования, осуществляемого альтернативными нормами, хотя и обеспечивается выбор наилучшего, с точки зрения субъекта, варианта, сам их набор определён законодателем. Отступление от него расценивается не иначе как злоупотребление правом.

Особенностью функционирования диспозитивных норм является и то, что заключённое между субъектами соглашение (если оно не противоречит закону) становится основным правовым ориентиром для участников правоотношений, в том числе и в спорных ситуациях.

¹ См.: Общая теория советского права / Под ред. С.Н. Братуся и И.С. Самощенко. С. 215-216. О диспозитивных нормах см. также: Нормы советского права. Проблемы теории С. 167-168; Лапшин И.С. Диспозитивные нормы права. Н. Новгород, 2002.

Своеобразной разновидностью управомочивающих норм выступают **рекомендательные нормы**¹. Их отличительная черта в том, что, предоставляя субъектам возможность самостоятельно урегулировать то или иное общественное отношение, они в то же время целенаправленно воздействуют на них, но не путём предоставления окончательно выработанного правила поведения (как это делают, например, определённые управомочивающие нормы), а в форме совета, предложения, образца (образцов) желательной и целесообразной в данных условиях деятельности. Рекомендательные нормы обеспечивают наиболее широкий простор саморегуляции участникам правоотношений – от выбора варианта поведения, конкретизации его содержания, путей и средств реализации до создания лицами собственных моделей поведения. Другими словами, в форме рекомендаций могут существовать различные управомочивающие нормы: определённые, альтернативные, диспозитивные и т.п. Существенно расширился круг адресатов рекомендательных норм. Если прежде их нормативная «энергия» была направлена в основном на колхозы, то ныне её активное влияние ощущают на себе кооперативы, общественные организации, государственные муниципальные учреждения и предприятия, отдельные граждане.

Рекомендательные правила могут содержать новые права, уже закреплённые в иных нормативных актах, но с уточнениями, а также порядок осуществления прав.

¹ О рекомендательных нормах как разновидности управомочивающих норм см.: Дембо Л.И. Рецензия на книгу И.В. Павлова «Правовые формы управления делами в колхозах» // Сов. гос-во и право. 1956. № 2. С. 143; Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. С. 77; Иоффе О.С. Юридические нормы и человеческие поступки. Актуальные вопросы советского гражданского права. М.: Юрид. лит., 1964. С. 32; Мицкевич А.В. Природа рекомендательных предписаний в актах правительства СССР // Правоведение. 1966. № 2. С. 29; Беляева З.С. Источники колхозного права. М., 1972. С. 216; Лейст О.Э. Нормы права // Проблемы теории государства и права: Учеб. пособие / Под ред. М.Н. Марченко. М.: Проспект, 1999. С. 454.

Так, в целях реализации положений Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест нахождения товаров» (от 23 сентября 1992 г. № 3520-1) приказом Российского агентства по патентам и товарным знакам (от 1 июня 2001 г. № 74) утверждены Рекомендации по проведению опроса потребителей по вопросу общеизвестности товарного знака в Российской Федерации. В п. 1.2 Рекомендаций прямо сказано, что они могут быть использованы (выделено мной. – В.Ш.) владельцами товарных знаков, их представителями. В том числе патентными поверенными, специалистами патентного ведомства.

Не все учёные рассматривают рекомендательную норму в качестве разновидности управомочивающей нормы права. Своеобразие рекомендательной нормы они видят в том, что она не только управомочивает к поведению, но и обязывает к нему. «По нашему мнению, рекомендательная норма административного права обязывает (в форме совета) субъекта права к совершению определённых действий, предоставляя ему возможность самостоятельно определить пути и способы выполнения предусмотренных нормой обязанностей, либо предписывает субъекту выполнение предусмотренных нормой действий, но допускает возможность конкретизации общих положений нормы, исходя из сложившейся фактической ситуации»¹, – заключает А.П. Корнев.

Данная позиция вызывает возражения. Если на субъектов возлагаются определённые юридические обязанности, то о рекомендации не может быть и речи. На самом деле для субъектов положения рекомендательных норм не являются обязательными, поскольку государство лишь предлагает, а не предписывает придерживаться их. Они не носят категорического с правовой точки зрения характера. Правовое значение рекомендации заключается в том, что в форме предложения, совета

¹ Корнев А.П. Нормы административного права и их приращение. М.: Юрид. лит., 1978. С. 45-46.

государство управомочивает субъектов на совершение самостоятельных по своему усмотрению действий¹.

Не меняет управомочивающей природы рекомендательной нормы и то, что «...она не только предоставляет возможность действовать определённым образом, но и указывает на желательность предлагаемого поведения...В этом признаке особенно выпукло проявляется её отличие от управомочивающей нормы»².

Любая недефектная управомочивающая норма содержит наиболее желательный образец поведения. Своеобразие рекомендательной нормы состоит в том, что лишь в ней такой образец предлагается как примерный, ориентировочный. И если, например, администрация учреждения посчитает его научно необоснованным, неэффективным, не учитывающим интересов учреждения, то, как верно утверждает В.Л. Кулапов, она «...наделена правом отказаться от реализации...рекомендации...»³.

Не убедительной является и ссылка на обязательность рассмотрения, обсуждения правовой рекомендации, поскольку государственный императив включён не в само содержание рекомендации, а в обязанность совершить вспомогательные, организующие действия по её реализации. Непосредственное же претворение рекомендательных норм в жизнь зависит только от волеизъявления субъектов. Им и только им дозволено определять: как, когда, в каком объеме, порядке распорядиться своим правом⁴. Какое-либо принуждение здесь не допустимо.

¹ См.: Общая теория советского права / Под ред. С.Н. Братуся и И.С. Самощенко. С. 171-172.

² Кулапов В.Л. Рекомендательные нормы советского права. Саратов, 1987. С. 48.

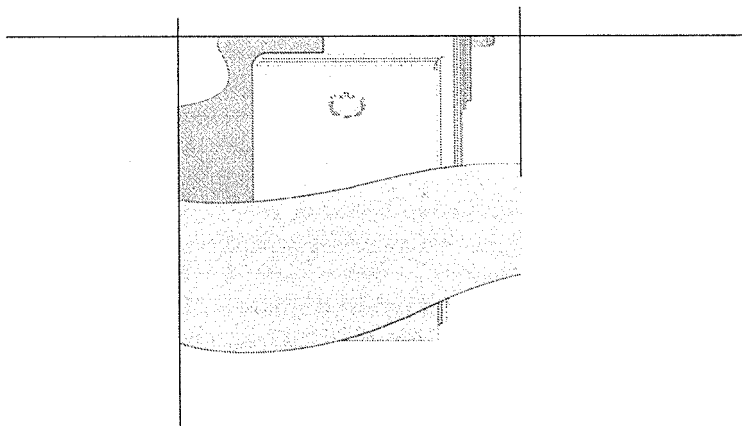
³ Там же. С. 46.

⁴ См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. С. 258-259. К такому выводу приходит В.Л. Кулапов: «Специфика регулятивного воздействия рекомендательных норм...выражается в предоставлении субъекту регулируемого отношения возможности самому определить необходимость осуществления предлагаемого поведения, исходя из конкретных производственно-климатических и иных местных особенностей и условий» (Кулапов В.Л. Указ. соч. С. 77).

Вызывает возражение попытка проводить отличие рекомендательной нормы от управомочивающей в зависимости от особенностей «способа воздействия (степени властности) правовой нормы, обуславливающего различный объём и уровень свободы усмотрения субъектов регулируемого отношения относительно выбора предлагаемого поведения, а также пределов и возможностей этого выбора»². Аргументы автора были бы приемлемы, если видеть в управомочивающей норме лишь возможность самостоятельно решать проблему типа: использовать или не использовать субъектам своё право. Но, как было показано выше, управомочивающая норма – это не отдельное, изолированное правило, а объединённая под одной «крышей» общность (ассоциация) норм дозволений, отличающихся друг от друга по объёму и уровню предоставляемой субъектам саморегуляции поведения. Элементом данной ассоциации является рекомендательная норма, обеспечивающая высокий уровень индивидуального регулирования.

Таким образом, исследованы сущность, содержание и форма права в человеческом измерении. Естественность позитивного права, как и позитивность естественного, дают качественно новое представление о праве в целом, позволяют сменить холодные, темные краски его образа на более теплые, светлые. И все же картина естественно-позитивного права останется незаконченной, незавершенной, если обойти вопрос о соотношении права с другим высокосignальным социальным регулятором – моралью.

¹ Нормы советского права. Проблемы теории. С. 193.



ГЛАВА 4

ПРАВО И МОРАЛЬ

Введение в теорию

§ 1. Постановка проблемы

Вопрос об естественно-позитивном праве неразрывно связан с проблемой соотношения права и морали. Изучение общего, особенного взаимодействия и противоречий права и морали – давняя и во многом осмысленная в отечественной юриспруденции тема¹.

¹ См.: Чичерин Б.Н. Философия права. М., 1900; Соловьев В.С. Право и нравственность. Минск, 2001; Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб, 2000; Новгородцев П.И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. СПб: Лань, 2000;

Здесь особый интерес представляют две прямо противоположные позиции. Первая исходит из моральной определённости и обоснованности права и, следовательно, из признания верховенства морали над правом. Вторая, подчёркивая наличие сходства, взаимосвязи права и морали, вместе с тем считает идею приоритета морали над правом неконструктивной.

В настоящее время оба этих взгляда присутствуют в отечественной науке. Их подробное сравнительное освещение представляется теоретически и практически важным, поскольку как и право, так и мораль, закрепляя свободное и справедливое поведение, имеют в условиях возрастания роли человеческого фактора ключевое значение.

Мораль важнее права. Такая трактовка соотношения морали и права имеет глубокие корни в России. Её теоретическим обоснованием служит представление о том, что восточно-православное общество, в отличие от западного, ориентируется прежде всего не на «безликие законы» автономных личностей, а на этику коллективизма – этику индивидов, объединённых коллективными нравственными ценностями, требующими проявления духа милосердия, солидарности, сострада-

Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб: Лань, 1998; Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. СПб: Лань, 2001; Карева М.П. Право и нравственность в социалистическом обществе. М., 1951; Мицкевич А.В. Некоторые черты взаимодействия права и нравственности в период перехода к коммунизму // Правоведение. 1962. № 3; Дрейслер И.С. Советское право и моральный кодекс строителя коммунизма. М., 1964; Алексеев Л.И. Единство правовых и моральных норм в социалистическом обществе. М.: Юрид. лит., 1968; Айзенберг А.М. Правила социалистического общежития, их роль в советском обществе: Труды ВЮЗИ. Т. XII. Современные проблемы теории государства и права и истории политических учений. М., 1969; Матузов Н.И. Социалистическое право и коммунистическая мораль в их взаимодействии. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1969; Якуба Е.А. Право и нравственность как регуляторы общественных отношений при социализме. Харьков: Изд-во Харьк. ун-та, 1970; Хайкин Я.З. Структура и взаимодействие

тельности и взаимопомощи¹. Поэтому, как считают представители данного взгляда, в «...основе публичного порядка лежит не правовая основа, в привычном смысле этого слова, а только и исключительно **нравственная**, т.е. **христианство**... Отклонение от порядка вещей, данного нам в Законе Божиим, приведёт к искажению отношений в обществе, ниспровержению самой идеи права, утрате верховной властью нравственной меры дозволенности и дисбалансу общественных отношений... Если государство хочет стать действительно **правовым**, оно должно творить нормы права исходя из содержания правового (а теперь, после...сказанного), мы с уверенностью добавим – этического) идеала»².

Полная зависимость права от морали нашла своё выражение в теоретической конструкции «право как этический минимум». Её развил и дополнил выдающийся русский религиозный мыслитель-философ В.С. Соловьёв (1853—1900). Он писал: «...право (то, что требуется юридическим законом) есть низший предел или некоторый минимум нравственности...»³

Идея превосходства морали над правом, хотя и на другой идеологической платформе, получила распростра-

моральной и правовой систем. М.: Высш. шк., 1972; Мораль и право в развитом социалистическом обществе. М., 1979; Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. М.: Наука, 1986; Ойгензихт В.А. Мораль и право: (Взаимодействие. Регулирование. Поступок). Душанбе: Ирфон, 1987; Валицкий А. Нравственность и право в теории русских либералов конца XIX – начала XX века // Вопросы философии. 1991. № 8; Соловьёв Э.Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. М.: Наука, 1992; Малинова И.П. Философия права (от метафизики к герменевтике). Екатеринбург, 1995; Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М.: Норма, 1998; В.Б. Графский. Право и мораль в истории: проблемы ценностного подхода // Гос-во и право. 1998. № 8; и др.

¹ См.: Василенко И.А. Политическая глобалистика: Учеб. пособие для вузов. М.: Логос, 2000. С. 201.

² Величко А.М. Философия русской государственности. СПб, 2001. С. 173.

³ Соловьёв В.С. Право и нравственность. С. 33.

нение в XX в. в партийных документах и трудах учёных социалистических стран. «В процессе перехода к коммунизму, — указывалось в Программе КПСС, — всё более возрастает роль нравственных начал в жизни общества, расширяется сфера действия морального фактора, и соответственно уменьшается значение административного регулирования взаимоотношений между людьми»¹.

В свою очередь, «...в силу изменения объективных материальных и социальных факторов правовые нормы перестают опираться на чуждую по отношению к обществу силу и начинают в значительной степени опираться на внутреннее убеждение и общественное мнение... Они начинают терять свой гетерономный характер и приобретать черты социально-автономных норм, что увеличивает их регулятивную силу. Благодаря этому они приближаются к моральным нормам, морализуются»².

Мораль не важнее права. Против возвышения морали и уничтожения права решительно высказался С.С. Алексеев: «Бытующий взгляд о некоем превосходстве морали, о якобы присущем ей первенстве в отношении права не имеет сколько-нибудь серьёзных оснований. Более того, нужно полностью отдавать себе отчёт: негативные стороны характерны не только для юридического регулирования (в частности, крайняя, порой предельная формализация правовых установлений, их зависимость от усмотрения власти), но в не меньшей мере и для морали как нормативно-ценностного регулятора. Наряду с общепринятой и передовой моралью существует и порой сохраняет крепкие позиции мораль отсталая, архаичная, фиксирующая порядки, отвергнутые историей и прогрессом»³.

Критические суждения высказаны и по поводу чуть ли не аксиоматического общепринятого мнения «...о том, что мораль — регулятор более мягкий, более человечный, уступчивый и покладистый, нежели право с его

¹ Программа КПСС. М.: Госполитиздат, 1961. С. 119.

² Неновски Нено. Преемственность в праве. С. 148.

³ Алексеев С.С. Философия права. С. 59, 60.

суровыми процедурами и санкциями. И будто бы только она, мораль, достойна высоких, даже превосходных оценок. И будто бы именно морали уготована наиболее значительная перспектива в будущем, в решении судьбы человека и человечества.

В действительности же картина здесь иная.

Как это ни парадоксально, на самом деле суровые и жёсткие черты права во многом коренятся не в чём ином, как в морали, в её бескомпромиссных, нередко максималистских, предельных требованиях, безоглядных императивах»¹.

Несогласие среди ряда ученых вызвало и утверждение о том, что право является частью морали как некий «минимум нравственности». На самом деле право не является частью морали, как и мораль – частью права. Ни одна из этих категорий не подчинена другой, и не соотносится как частное с общим. Таким образом, мораль не противостоит праву как нечто общее и основополагающее, и наоборот².

Итак, приведённые выше взгляды демонстрируют диаметрально противоположное видение соотношения права и морали. Чтобы отдать предпочтение одному из них либо предложить какой-то иной вариант решения вопроса, необходим обстоятельный сравнительный анализ выделенных позиций. Сделать это лучше в плоскости выявления аспектов координированного соотношения права и морали, когда оба социальных феномена, с одной стороны, раскрываются как самостоятельные социальные регуляторы, с другой – как взаимосвязанные и взаимодополняющие друг друга. И здесь никак не обойтись без ключевых понятий для права и морали: долга (обязанностей) и возможности (прав). Именно через призму обязанностей и прав и будет проходить сравнительное исследование соотношения права и морали.

¹ Алексеев С.С. Философия права. С. 58.

² См.: Ханай Г. Социалистическое право и личность. М.: Прогресс, 1971. С. 204.

§ 2. Право и мораль в аспекте должного (обязанностей)

Право и мораль определяются в качестве типов обязывания свободного человека. Такое представление о морали и праве впервые наиболее чётко было изложено в *этике И. Канта*. Согласно кантовской концепции как «мораль ...основана на понятии о человеке свободном»¹, так и право, определяемое этикой, основано на «свободе каждого члена общества как человека»². Это, вероятно и позволило одному из виднейших современных исследователей этики Канта, Э. Соловьёву, выдвинуть гипотезу «...о том, а не предполагают ли кантовские представления о морали (сразу же – в качестве необходимого дополнения, в качестве коррелята) известный образ права»³.

В любом случае нельзя не согласиться с тем, что кантовские идеи о морали существенно обогатили и мировое, и национальное правопонимание. Не утратила своей ценности ныне выдвинутая и сформулированная им нравственно-правовая формула свободного человека: «способность быть господином себе самому».

Итак, особенность этики Канта в том, что свободу в морали и в праве он рассматривает в аспекте обязанности. Ведь категорический императив (по Канту – всеобщий нравственный закон) «...вообще выражает лишь то, что есть обязательность...»⁴. В свою очередь, «обязательность – это необходимость свободного поступка, подчинённого категорическому императиву»⁵.

Несмотря на то, что все обязанности (лишь потому, что они обязанности) Кант относит к этике⁶, он различает обязанности правовые и моральные. Первые

¹ Кант И. Религия в пределах только разума // Трактаты и письма. М.: Наука, 1980. С. 78.

² Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 79.

³ Соловьёв Э.Ю. И. Кант: Взаимодополнительность морали и права. М.: Наука, 1972. С. 12.

⁴ Кант И. Указ. соч. Ч. 2. С. 133.

⁵ Там же. С. 130.

⁶ Там же. С. 127.

Кант называет внешними, вторые – внутренними. Свобода, к которой имеют отношение юридические законы, может быть лишь свободой во внешнем применении; а та свобода, к которой имеют отношение моральные законы, может быть свободой и во внешнем и во внутреннем применении произвола¹.

Для каждой из сфер проявления свободы разработано два самостоятельных категорических императива. В области нравственности он гласит так: «...поступай только согласно такой максиме, руководствуясь которой ты в то же время можешь пожелать, чтобы она стала всеобщим законом»². В области права уже иначе: «поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произвола было совместимо со свободой каждого, сообразной со всеобщим законом»³. Разберем в отдельности механизм действия каждого категорического императива.

«Моральный закон, – утверждает Кант, – ...есть императив, который повелевает категорически, так как закон необусловлен; отношение... воли к этому закону есть *зависимость*, под названием обязательности, которая означает *принуждение* к поступкам, хотя принуждение одним лишь разумом и его объективным законом, и которая называется поэтому *долгом*, так как патологически побуждаемый (хотя этим ещё и не определённый и, стало быть, всегда свободный) произвольный выбор (*Willkur*) заключает в себе желание, происходящее из *субъективных* причин, и поэтому могущее часто противиться чистому объективному основанию определения, следовательно, нуждающееся как в моральном принуждении в противодействии практического разума, которое можно назвать внутренним, но интеллектуальным принуждением»⁴.

¹ См.: Указ. соч. Ч. 2. С. 121.

² Там же. Ч. 1. С. 260.

³ Там же. Ч. 2. С. 140.

⁴ Кант И. Критика практического разума // Собр. соч.: В 8 т. Т. 4. М.: Чоро, 1994. С. 411.

Как следует из приведённого высказывания, механизм нравственного регулирования включает довольно жёсткие средства воздействия на волю индивида: повеление, зависимость, обязательность, принуждение. Кант находит этому своё обоснование, введя в сферу морали вместо гетерономии автономию. «Автономия воли есть единственный принцип всех моральных законов и соответствующих им обязанностей; всякая же гетерономия произвольного выбора не создаёт никакой обязательности, а, скорее, противостоит её принципу и нравственности воли... Следовательно, моральный закон выражает не что иное, как автономию чистого практического разума, т.е. свободы...»¹

Не отказываясь вообще от термина «принуждение», он заменяет внешнее принуждение (гетерономию) добровольным самопринуждением по отношению к нравственному закону. «Сознание свободного подчинения воли закону, связанного, однако, с неизбежным принуждением по отношению ко всем склонностям, но лишь со стороны собственного разума...». И в развитие мысли: «...это принуждение осуществляется только законодательством нашего разума...»²

Что же ведёт человека к «самопринуждению», как, впрочем, и к «самообязыванию», «самоподчинению», или, по Канту, к проявлению автономии его воли? Вот как мыслитель сам отвечает на этот вопрос: «Нас не удивит теперь, почему должны были оказаться неудачными решительно все предпринимавшиеся до сих пор попытки найти принцип нравственности. Все понимали, что человек своим долгом связан с законом, но не догадывались, что он подчинён только своему собственному и тем не менее всеобщему законодательству и что он обязан поступать, лишь сообразуясь со своей собственной волей, устанавливающей, однако, всеобщие законы согласно цели природы»³.

¹ Кант И. Критика практического разума. С. 412.

² Там же. С. 470.

³ Там же. С. 209.

Следуя данной логике рассуждений, Кант формулирует определение моральной личности, которая, как он считает, «...не что иное, как свобода разумного существа, подчиняющегося моральным законам...; отсюда, далее, следует, что лицо подчинено только тем законам, которые оно (само или по крайней мере совместно с другими) для себя устанавливает»¹. Так получил своё обоснование принцип самозаконности или автономии.

Для свободной воли морального человека, давшей самой себе нравственный закон, последний выступает как единственный мотив. «...Ради морального закона, — пишет И. Кант, — и для того, чтобы предоставить ему возможность влиять на волю, нельзя искать никакой иной мотив, при котором можно было бы обойтись без мотива морального закона...

...Суть всякого определения воли нравственным законом состоит в том, что она как свободная воля определяется только законом, стало быть, не только без участия чувственных побуждений, но даже с отказом от всяких таких побуждений и с обузданием всех склонностей, поскольку они могли бы идти вразрез с этим законом»².

Таким образом, Кант не допускает никакой возможности наличия рядом с моральным законом других мотивов (как, например, мотива выгоды). Вообще все склонности вместе, ведущие к удовлетворению личного счастья, по его мнению, создают эгоизм (себялюбие или самодовольство). Это противоречит моральному закону. Моральный закон как мотив не обещает человеку никакой личной пользы от его исполнения, за исключением чувства удовлетворения от исполненного долга.

«Во всех моральных суждениях в высшей степени важно обращать исключительное внимание на субъективный принцип всех максим, чтобы вся моральность

¹ Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 132.

² Кант И. Критика практического разума. С. 460.

поступков усматривалась в необходимости их из чувства долга и из уважения к закону, а не из любви и склонности к тому, что эти поступки должны порождать. Для людей и всех сотворённых разумных существ моральная необходимость есть принуждение, т.е. обязательность, и каждый основанный на ней поступок должен быть представлен как долг, а не как образ действий, который нравится нам сам по себе...»¹ Или в другом месте: «Человек живёт лишь из чувства долга, а не потому, что находит какое-то удовлетворение в жизни»².

В таких условиях применимо лишь воздействие на человека, основанное на категорических императивах (веления и запреты), поскольку именно через них находят своё воплощение долг, обязанность. В свою очередь, «долг и обязанность – только так мы должны назвать наше отношение к моральному закону»³.

Перейдём теперь к рассмотрению кантовского видения права. Кант исходил из того, что учение о праве и учение о добродетели (морали) отличаются друг от друга не столько своими разными обязанностями, сколько характером законодательства, связывающим с законом разные мотивы.

«Этическое законодательство (обязанности могут быть во всяком случае и внешними) – это такое законодательство, которое не может быть внешним; юридическое же может быть и внешним. Так, выполнять договорное обещание – это внешний долг; но веление выполнять его только потому, что это долг, не принимая во внимание другие мотивы, относится лишь к внутреннему законодательству... Обязательность причисляется к этике не как особый вид долга (особый вид поступков, к которым человек обязывается), ибо это и в этике, и в праве внешний долг, а потому, что в приведённом случае мы имеем дело с внутренним за-

¹ Кант И. Критика практического разума. С. 471.

² Там же. С. 479.

³ Там же. С. 472.

конодательством, которое не может иметь никаких внешних законодателей. По этой же причине обязанности благоволения, хотя они внешние обязанности (обязательства к внешним поступкам), всё же относятся к этике, так как их законодательство может быть только внутренним. – Этика, конечно, имеет и свои особые обязанности (например, обязанности по отношению к самому себе), но всё же у неё имеются и обязанности, общие с правом; у неё нет только общего с ним способа *обязывания*. В самом деле, отличительное свойство этического законодательства – это совершение поступков лишь потому, что этого требует долг, и превращение самого принципа долга, каков бы ни был его источник, в достаточный мотив произвола»¹.

По сравнению с ним юридическое законодательство допускает и иной мотив, а не саму идею долга. Поэтому «согласно правовому законодательству, обязанности могут быть только внешними, ибо это законодательство не требует, чтобы идея внутреннего долга сама по себе была определяющим основанием произвола действующего лица, и так как правовое законодательство всё же нуждается в подходящем для закона мотиве, то оно может связать с законом лишь внешние обязанности»².

Таким подходящим мотивом юридического законодательства является внешнее принуждение. Именно на данный мотив и опирается, с точки зрения Канта, строгое право, то есть такое, к которому не примешивается ничего этического, которое не требует никаких иных определяющих оснований произвола, кроме внешних. «Строгим правом (правом в узком смысле слова) можно, следовательно, назвать лишь совершенно внешнее право... Оно опирается на принцип возможности внешнего принуждения, совместимого со свободой каждого, сообразной со всеобщими законами»³.

¹ Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 128.

² Там же. С. 126.

³ Там же. С. 141.

Итак, согласно Канту, юридические обязанности не подчинены никакому внутреннему законодательству, так как они не преследуют цель, которая (или иметь которую) также есть долг; а ставить перед собой цель – это нечто такое, что не может быть вызвано каким-либо внешним законодательством (потому что это внутренний акт); можно предписать внешние поступки, ведущие к цели, однако субъект не обязан делать их своей целью. Отсюда юридическое законодательство (строгое право) «...должно принуждать, а не быть привлекательной приманкой»¹.

Однако принудительное воздействие правового законодательства во внешних отношениях не абсолютно. Оставаясь верен своему этическому в целом видению автономии, то есть самозаконности и в области права, Кант пишет: «Дефиниция моей внешней (правовой) свободы...гласит так: эта свобода есть правомочие не повиноваться никаким внешним законам, кроме тех, на которые я бы мог дать своё согласие»².

Одним из проводников взглядов И. Канта на право в России был Владимир Соловьёв. Исходя из коренной внутренней связи между правом и нравственностью он говорил, что понятие права и соотносительное с ним понятие обязанности настолько входят в область идей нравственных, что прямо могут служить для их выражения³. Свои теоретические соображения на сей счёт он воплотил в упоминавшейся формуле «право есть минимум нравственности». В различных её определениях выделены такие черты права:

- низший предел нравственности, равно для всех обязательный;

- принудительное требование реализации определённого минимального добра;

¹ Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 126.

² Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 375.

³ См.: Соловьёв В.С. Право и нравственность. С. 29.

– исторически подвижное определение принудительного равновесия между нравственными интересами¹.

При этом В.С. Соловьёв считал, что «задача права вовсе не в том, чтобы лежащий во зле мир обратился в царство божие, а только в том, чтобы он до времени не превратился в ад»². Тем самым праву отводится скромная роль вспомогательного средства, отделяющего законопослушную часть общества от асоциальных элементов, добро от зла³.

Теория «право как минимум нравственности» имеет своих сторонников и в наши дни. Так, А.К. Черненко считает, что «вопреки всеобщности нравственных требований сфера нравственного закрепления этих норм в праве относительно невелика. Право есть некоторый *минимум нравственности*, но минимум, для всех обязательный. Понятно, что этот минимум есть прежде всего минимум по отношению к нравственности. С точки же зрения права – это обширная сфера действия, базирующаяся на нравственных началах. Это, во-первых. Во-вторых, – что особенно важно подчеркнуть – право не просто включает в себя нравственные ценности, но и берёт на себя миссию защиты этих ценностей. Право есть требование неперемennого осуществления минимума нравственного содержания...»⁴.

Однако кантовские представления о морали и праве разделялись не всеми, и критические соображения высказывались по принципиальным вопросам. Прежде всего, несогласие вызывал абсолютизм этики Канта. С точки зрения Ю.А. Шрейдера: «Кантовская этическая система являет собой высший образец этического абсолютизма. **Категорический императив** есть обращённое к каждому человеку нравственное повеление, не зависящее ни от каких конкретных условий места, времени и обстоятельств

¹ Соловьёв В.С. Право и нравственность. С. 33, 35, 40.

² См.: Там же. С. 42.

³ См.: Букреев В.И. Нормативная система (духовный мир человека). Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1999. С. 140.

⁴ Черненко А.К. Философия права. Новосибирск, 1998. С. 65.

так же, как фундаментальные законы физики, управляющие движением тел, не зависят от подобных условий... *Мораль уже сама по себе является, по Канту, абсолютно нравственным законом*, выражающим безусловный долг человека, который превышает все остальные человеческие обязательства... Потому, если человек, к примеру, солгал ради спасения жизни другого человека (например, чтобы помочь ему скрыться от преследования разбойничьей банды), то он всё-таки совершил тягчайшее нарушение морального закона, разрушающее всю сферу нравственного бытия. Категорический императив в этической системе Канта оказывается выше не только пользы и удовольствия, но и милосердия»¹.

В этической концепции Канта каждый поступок человека оценивается по абсолютной шкале, по его соответствию категорическому императиву. Отсюда мораль нуждается в опоре на какие-то абсолютные принципы, стоящие выше непосредственных человеческих интересов. Но этим принижается право человека на стремление получить лично им ценимое благо, поскольку стремление к такому благу лишает его действия моральной ценности. Тем самым этика категорического императива требует бескорыстия практически нечеловеческих масштабов².

Важнейшей составляющей этической теории Канта является свобода человека, его свободная воля. Однако свободу человека он не мыслит без подчинения моральному закону. «Свободная воля и воля, подчинённая нравственным законам, — это одно и то же». И это понятно. Согласно Канту, в нравственном поле находятся поступки, которые попадают в область запрета и веления, то есть жёстких предписаний, реализация которых требует повиновения и подчинения. По существу это легалистская интерпретация нравственности³,

¹ Шрейдер Ю.А. Этика. Введение в предмет. М.: Текст, 1998. С. 100; См. также: Бергель Ж.Л. Общая теория права. С. 92.

² См.: Шрейдер Ю.А. Указ. соч. С. 103.

³ См.: Шлеман Р. Основные понятия морали. М., 1993. С. 99-100.

в которой, правда, внешнее принуждение заменено добровольным самопринуждением (в силу автономности или самозаконности поступков). Но и в этом случае всё равно субъект действует по принуждению, пусть и своему собственному, так как ему категорично предписано следовать только одному принципу: «долг ради долга» вопреки своим желаниям, склонностям, невзирая на особенности ситуации, в которой он находится. Другими словами, человек, не считаясь ни с чем, обязан всегда жертвовать своим личным счастьем, благополучием ради некоего всеобщего, пусть, может, и правильного, но не уместного в тех или иных конкретных условиях принципа.

Право отличается от морали по мотиву внешнего принуждения. Однако Кант допускает, что строгое право может основываться «...на осознании обязательности каждого по закону, но для того, чтобы определить в соответствии с этим произвол, строгое право, чтобы быть чистым, не должно и не может ссылаться на это осознание как на мотив.... Если говорят: кредитор имеет право требовать от должника уплаты его долга, то это не означает, что он может внушить должнику, что его собственный разум обязывает его к уплате; нет, принуждение, которое заставляет каждого делать это, вполне совместимо со свободой каждого, а следовательно, и с собственной свободой, сообразной со всеобщим внешним законом; таким образом, право и правомочие принуждать означает одно и то же»¹.

Признанием способности индивида осознать юридические обязанности Кант ограничивает свои рассуждения о внутреннем праве. Почему же Кант не видит перспектив расширения внутреннего начала в праве? Как представляется, дело в том, что, находясь в «тисках» категорического императива, Кант не мыслит свободу поступков ни в морали, ни в праве без принуждения. Но если моральный закон может потребовать

¹ Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 141-142.

добровольного самопринуждения, то юридический закон лишён такой возможности. Строгое право при необходимости может лишь принудительно заставить человека (помимо его воли) подчиниться его обязанности. Поэтому право и правомочие принуждать одно и то же.

Однако принуждение, каким бы оно ни было, а именно исходящим изнутри или извне, сходно в главном – существенном ограничении личных потребностей и интересов обязанного субъекта. Для этики Канта это вполне нормальное явление. Ибо исполнение морального закона и есть одновременно абсолютное и высшее благо¹.

Но это вряд ли приемлемо для нравственной и правовой мысли, ориентированной на более полное и последовательное раскрытие внутреннего потенциала личности, в том числе обременённой не простым грузом должного.

В этом вопросе российская теоретическая школа оказалась одной из передовых. С позиции Л.И. Петражицкого, традиционное и ходячее положение юридической литературы о том, что «...будто право отличается от нравственности исключительно внешним поведением, а нравственность исключительно внутренним, можно объяснить только бедственным состоянием наук о праве и морали»².

Разбирая средства вынуждения исполнения закона, П.Г. Виноградов приходит к выводу о необходимости дополнить прямое принуждение «понуждениями, основанными на личном признании и общественном мнении. Поэтому невозможно заключать право в рамки такого чисто формального определения, которое рассматривает его просто как ряд повелений, независимо от внутреннего содержания этих последних. Закон имеет целью осуществление права и справедливости, хотя в отдельных случаях он, быть может, достигает

¹ См.: Шрейдер Ю.А. Указ. соч. С. 99.

² Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 244.

этой цели весьма несовершенным образом. Если мы упустим из нашего определения этот внутренний признак, для нас окажется весьма трудным провести различие между законом и любым произвольным приказом, касающимся поведения людей, вроде, например, регулярных вымогательств со стороны какого-либо преступного сообщества»¹.

Затрагивая тему внешнего и внутреннего в праве, Н.М. Коркунов заключает, что право никогда «...не ограничивает своих определений одной только внешней стороной человеческих действий, а всегда более или менее принимает в соображение и внутренние их стимулы. И современное право в этом отношении идёт даже дальше права некультурных обществ»².

Сходную точку зрения занимает И.А. Ильин: «...право есть нечто внешнее только в том смысле, что его законы и предписания исходят, так сказать, от других людей и поэтому подходят к нам как бы «извне», не спрашивая нашего согласия и налагая на нас обязанности и запреты часто вопреки нашей воле. Но творческий источник права пребывает во *внутреннем* мире человека; и действовать в жизни право может только благодаря тому, что оно обращается к *внутреннему* миру человека, а именно к тем слоям души, в которых слагаются *мотивы* человеческого поведения и, сложившись, порождают живой поступок человека»³.

Было бы явным преувеличением утверждать, что в интересующем нас вопросе среди учёных уже в начале XX в. было полное единодушие. Вовсе нет. Дискуссионных моментов, нерешённых вопросов было тогда, как и сегодня, предостаточно (об этом см. § 2 настоящей главы). Ценно другое: в постоянно развивающемся позитивном праве наряду с его внешней составляющей (но-

¹ Виноградов П.Г. Очерки по теории права. С. 26.

² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 8-е изд. СПб, 1909. С. 44.

³ Ильин И.А. Собр. соч.: В 10 т. Т. 1. М.: Русская книга, 1993. С. 226.

сителем первичной жизненной энергии, исходящей от государства, — принуждением) в качестве самостоятельной получила постоянную «прописку» его внутренняя составляющая (убеждение, воспитание), опирающаяся на добровольное соблюдение и исполнение обязанности.

Подчеркнём, что добровольность не означает именно самопринуждение при следовании запрету или позитивной обязанности. О потенциальном самопринуждении нужно вести речь тогда, когда должное поведение совершается по одной только необходимости и вопреки личному желанию, склонности. Если же юридическая обязанность построена так, что, несмотря на приоритет интересов управомоченного, добросовестное её осуществление несёт и выгоду обязанному лицу, то определить такой случай как изнутри навязанный вряд ли правильно. Например, качественное, своевременное выполнение работ, услуг выгодно не только потребителю, но и изготовителю, продавцу, так как увеличивается количество клиентов, растёт спрос на работу (услуги), товары, а значит, больше получается прибыль. Следовательно, прямая выгода налицо и для того, кто выступает в качестве обязанной стороны.

Конечно, не нужно воспринимать приведённый пример так, будто юридическая обязанность представляет собой некое мягкое, добренькое пожелание. Обязанность остаётся обязанностью. Она должна быть при необходимости жёсткой, категоричной. Но опять же только тогда и только в отношении тех должников, которые этого требуют (нарушается запрет, не исполняется обязанность или создаются предпосылки для подобного). Во всех остальных ситуациях должна действовать презумпция добропорядочности, правомерности обязанного субъекта. Доверие к людям, понимание их, учёт их потребностей и интересов, соединённые с требовательностью, и лежат в основе добровольного осуществления обязанности. Вот почему в праве (его точнее назвать разумным, нежели строгим) не должно быть абсолютизма, характерного для кантовской этики. Разумное право, с одной стороны, ка-

тегорически требует исполнения и соблюдения обязанностей, считая недопустимым незаконное отступление от них (соблюдать Конституцию РФ и законы, не нарушать права и свободы других лиц), с другой – ставит осуществление должного в зависимость от возможности личности, особенностей возникшего конкретного правоотношения. Таких случаев наберётся довольно много. Специфика этих ситуаций в том, что одновременно с юридической обязанностью существует право (не путать со слиянием, совпадением прав и обязанностей) на ту или иную её корректировку и даже устранение.

1. Юридическая обязанность, реализуемая с учётом заслуживающих внимания обстоятельств. Так, размер алиментов, взыскиваемых на других членов семьи в судебном порядке, устанавливается исходя из материального и семейного положения плательщика и получателя алиментов и других заслуживающих внимания интересов сторон (ст. 98 СК РФ).

2. Юридическая обязанность, реализуемая на льготных условиях. Каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы (ст. 37 Конституции РФ). В то же время отдельные группы налогоплательщиков вправе пользоваться установленными законными льготами.

3. Юридическая обязанность, осуществление которой может быть отсрочено. В соответствии с Федеральным законом от 28 марта 1998 г. «О воинской обязанности и военной службе» отсрочка от призыва на военную службу предоставляется гражданам, которые признаны временно не годными к военной службе по состоянию здоровья – на срок до одного года; имеющим ребёнка, воспитываемого без матери; имеющим двух и более детей; имеющим ребёнка в возрасте до трёх лет и т.п. (ст. 24).

4. Юридическая обязанность, реализация которой может быть приостановлена. Судья обязан приостановить исполнительное производство в случае смерти должника, объявления его умершим или признания безвестно отсутствующим, если установленное судом правоотношение допускает правопреемство, а также возбуждения арбитражным су-

дом производства по делу о несостоятельности (банкротстве) должника; утраты должником дееспособности; участия должника в боевых действиях, выполнения задач в условиях чрезвычайного или военного положения, а также в других случаях, указанных в ст. 436 ГПК РФ.

5. Юридическая обязанность, допускающая свою замену другой обязанностью. Например, защита отечества является долгом и обязанностью гражданина Российской Федерации (ч.1 ст. 59 Конституции РФ). Вместе с тем согласно ч. 3 ст. 59 Конституции и Федерального закона «Об альтернативной гражданской службе» от 25 июля 2002 г. военная служба по призыву может быть по заявлению гражданина заменена альтернативной гражданской службой.

6. Юридическая обязанность, осуществление которой можно передать третьим лицам. В случае неисполнения должником обязательства изготовить и передать вещь в собственность, в хозяйственное ведение или в оперативное управление либо передать вещь в пользование кредитору, либо выполнить для него определённую работу или оказать ему услугу кредитор вправе в разумный срок поручить выполнение обязательства третьим лицам за разумную цену либо выполнить его своими силами, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов договора или существа обязательства, и потребовать от должника возмещения понесённых необходимых расходов и других убытков (ст. 397 ГК РФ).

7. Юридическая обязанность, от осуществления которой субъект может быть освобождён. В частности, на основании Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» право на освобождение от призыва на военную службу имеют граждане:

а) имеющие предусмотренную государственной системой аттестации ученую степень кандидата наук или доктора наук;

б) являющиеся сыновьями (родными братьями):

— военнослужащих, погибших (умерших) в связи с исполнением ими обязанностей военной службы, и гражд-

дан, проходивших военные сборы, погибших (умерших) в связи с исполнением ими обязанностей военной службы в период прохождения военных сборов;

– граждан, умерших вследствие увечья (ранения, травмы, контузии) либо заболевания, полученных в связи с исполнением ими обязанностей военной службы, после увольнения с военной службы либо после окончания военных сборов (ст. 23).

Определённые законом разумные послабления в соблюдении и исполнении нелёгкого бремени обязанностей контрастируют с позицией Канта о допустимости не повиноваться внешнему законодательству по субъективным соображениям морального порядка. Здесь, как верно пишет С.С. Алексеев, давала о себе знать «...тенденция морализации права, его понимания преимущественно под углом зрения морали, верховенства морали и во внешних отношениях, а отсюда... допустимости несоблюдения норм действующего права по моральным соображениям данного лица.

Она-то, эта тенденция, то там, то здесь и сказывалась в трактовке Кантом правовых вопросов, а ныне при научной интерпретации его взглядов нашла выражение в идее «самозаконности»...

Между тем идея «самозаконности» не может пониматься как некая юридическая реальность, которая находится в одном ряду с законом... и тем более – возвышается над ним. По своей сути она – категория... относимая ко внутреннему духовному («трансцендентному») миру человека, а в области внешних отношений – не более чем к области правосознания. То есть – то основание мотивации поступков, которое...при последовательно правовой организации общества не согласуется с требованиями и идеалами законности»¹.

Таким образом, кантовское деление юридических и нравственных обязанностей соответственно на внешние

¹ Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. С. 116-117.

и внутренние достаточно условно. Думается, предпочтительнее их разделять на абсолютно категоричные и относительно категоричные. Если моральные обязанности даже под угрозой жизни требуют не нарушать принцип «долг ради долга», то правовые обязанности подходят более щадяще, гуманнее, ставя их осуществление в зависимость от времени, места, возможностей и иных конкретных обстоятельств.

В свете изложенного формула В.С. Соловьёва «право как низший предел нравственности» выглядит неперспективной¹. Тем более, что В.С. Соловьёв видит цель права лишь в устранении известной доли зла. Аналогичную позицию на цель права отстаивает и наш современник А.К. Черненко².

Если не видеть ничего другого, то в этой позиции есть резон. Но всё дело в том, что даже в должном право не сводимо к средству для снятия конфронтации. Через разумные обязанности право способно самостоятельно и через взаимодействие с моралью налаживать нормальные, взаимовыгодные отношения между людьми.

Опираясь на идеи И. Канта и В.С. Соловьёва, ещё более развёрнутый перечень параметров, свидетельствующих о превосходстве в должном морали над правом, предлагают Г.И. Иконникова и В.П. Ляшенко³.

¹ Серьёзной критике её подвергли современники В.С. Соловьёва – видные теоретики права Б.Н. Чичерин, Е.Н. Трубецкой, П.Г. Виноградов и др. Каждый из них приводил свои аргументы, но общий вывод был сходен: право не может быть определено как минимум нравственности. Эту мысль Б.Н. Чичерин выразил так «...право не есть низшая ступень нравственности, как утверждают морализующие юристы и философы, а самостоятельное начало, имеющее свои собственные корни в духовной природе человека. Эти корни лежат в потребностях человеческого общежития...Вытекающие из общежития юридические законы независимы от нравственных, так же, как и физические законы независимы от человека; но в обоих случаях эти законы составляют необходимое условие деятельности, с которым надобно сообразоваться. В отношении к юридическому закону, вытекающему из требований сво-

Параметр первый. Должное в морали выступает в качестве общечеловеческой ценности (благо, счастье, мир, любовь), тогда как должное в праве связано преимущественно с институциональными ценностями (безопасность государства как института, равенство этноса как института и т.д.). В приведённом утверждении явно выпущено из вида существование не только публичного, но и частного права. Частное право связано преимущественно с институтами гражданского общества, в центре внимания которого свободная, саморегулирующая личность. Но и публичное право в силу естественно-правовой в целом интенции права не может односторонне быть повернуто в должном на государство. Должное как раз и заключается в наличии взаимных обязанностей и ответственности государства и личности.

Параметр второй. Должное в морали предполагает спонтанное следование ему как нравственному идеалу, оно нацелено на добровольность своей реализации в поступках; должное в праве реализуется в сущее под внешним принуждением, выступает как диктат. Как недоразумение можно назвать бытующее мнение об отсутствии внешней определённости, заданности моральных поступков. Кстати, и Кант не отрицал этого. «Самый обыденный рассудок легко и не раздумывая понимает, что надо делать по принципу автономии произвольного

боды, признание его силы основано не на физической необходимости, а на разумном сознании потребностей общежития, без которого осуществление нравственных начал осталось бы пустым призраком. Поэтому оно составляет нравственное требование, которое тем более обязательно, что юридический закон и нравственный имеют один и тот же источник. Корень обоих лежит в признании человеческой личности. Вследствие этого, уважение к праву, не как внешнее только подчинение, а как внутреннее побуждение к деятельности, является «предписанием нравственного закона. С этой точки зрения нравственность служит иногда восполнением права» (Чичерин Б.Н. *Философия права*. С. 89-91.)

² Черненко А.К. *Философия права*. С. 65.

³ См.: Иконникова Г.И., Лященко В.П. *Основы философии права*. М.: Инфра-М, 2001. С. 151-152.

выбора... каждому само собой ясно, что такое долг... Тем не менее нравственный закон требует от каждого самого точного соблюдения»¹, – учил И. Кант.

Следовательно, моральный закон достаточно жёстко повелевает, иначе какой же это категорический императив. Но это не исключает добровольности следования ему. Точно так же и правовой закон (тем более дающий значительное послабление индивиду в должном) вполне обоснованно может рассчитывать на добровольное исполнение обязанностей. Никакого диктата со стороны именно правового закона нет и быть не может.

Параметр третий. Должное в морали апеллирует к величию, великодушию, доброте и другим добродетелям (жизненным экзистенциалам) человека, оно ориентирует на то, что и как следует делать, чтобы достичь блага, добра, справедливости, равенства; должное в праве обращено к несовершенству человека, к его порочности и ориентирует на то, чего не нужно делать, дабы не нарушить справедливость, равенство, свободу и т.д.

Это государствоцентричный подход к правопониманию, да ещё в основном раскрываемый в ракурсе уголовного права. Видимо, с таким представлением в определённой мере связано выражение «закон суров, но это закон (и его необходимо соблюдать)». И всё же в обществе право проявляет себя не через одни уголовные запреты, да и таких норм существенно меньше. Юридические обязанности содержатся в большей части в нормах, регулирующих гражданские, семейные, трудовые и т.п. отношения, через которые и достигаются материальные и духовные блага. Задача позитивных обязанностей напрямую содействовать этому, а значит, упрочению свободы и справедливости.

Параметр четвёртый. Должное в морали неоднозначно и представляет возможность выбора: «налево пойдёшь – честь потеряешь, направо пойдёшь – славу обретёшь». Тем самым оно не только не отрицает, а,

¹ Кант И. Критика практического разума. С. 417.

напротив, предполагает свободу социального субъекта. Должное в праве всегда однозначно и однозначно: «поступай только так, а не иначе, иначе...».

Тезис о свободе морального выбора неоспорен. Если следовать буквально положениям кантовской этики, то именно моральный выбор у человека только один – «следовать долгу ради долга». Никаких послаблений, отговорок, оправданий не существует. Нравственный закон неумолим и даже суров. Наоборот, как уже было отмечено ранее, юридические обязанности не всегда автоматически однозначны: «поступай только так, а не иначе», ибо выполнение юридически должного может быть отсрочено, приостановлено и т.д.

Параметр пятый. Должное в морали исходит из повседневной реальности, из непосредственных и ближайших интересов людей, отдельного человека; должное в праве исходит из системного мира и во главу угла ставит интересы социальных институтов, прежде всего государства. Это не так. Статья 2 Конституции РФ прямо закрепляет высшую ценность права: человек, его права и свободы. Их признавать, соблюдать и защищать – обязанность государства.

Параметр шестой. Должное в морали всеобще и внеситуационно. Быть «чуть-чуть честным» или «благородным на 30 %» невозможно, как невозможно в одной ситуации быть честным, а в другой – подлецом, но сохранять «звание» честного человека. Должное в праве конкретно и ситуационно, оно предполагает определённую градацию законности и её зависимость от ситуации. Скажем, убийство с отягчающими признаками и убийство в состоянии аффекта в праве квалифицируются по-разному, с учётом конкретной ситуации.

Да, нельзя быть чуть-чуть честным. Но и вряд ли верно требовать от человека в любой ситуации вести себя с сверхнапряжением сил, например, совершая только подвиги или думая только о других. Крайняя всеобщность и внеситуационность загоняют человека в угол, лишают его возможности (даже когда это крайне важно)

подумать о себе, о своих проблемах. В этом отношении право выглядит гуманнее морального категоричного императива. И это не нарушает, а укрепляет законность, так как последняя здесь органично сочетается со справедливостью, позволяющей учесть особенности самой личности и сложившейся конкретной ситуации.

Параметр седьмой. Должное в морали индифферентно к выгоде, целесообразности, тогда как должное в праве всегда целесообразно с точки зрения существующего права. Нецелесообразность в праве – это нарушение права.

Этика Канта требует бескорыстия – факт бесспорный. Но нельзя согласиться с тем, что она не ориентирует на результат. В моральной системе Канта исход конкретного поступка заранее предопределён и нацелен на однозначный результат – на его соответствие категорическому императиву. Причём если нецелесообразность в праве возможна (например, при освобождении от обязанностей), то в морали нет. Недостижение цели, заложенной в требование категорического императива, ведёт к разрушению этого императива¹.

Итак, всё сказанное не даёт оснований для признания приоритета морали над правом в аспекте должного (обязанностей). Для правоуважающей личности юридические обязанности есть не только внешние, а и внутренние, что и обеспечивает их добровольное соблюдение и исполнение. Отличительная особенность должного в праве заключается и в том, что императивность и категоричность обязанностей сочетаются с возможностью их той или иной корректировки с учётом самой личности, сложившейся конкретной ситуации.

§ 3. Право и мораль в аспекте возможного (прав)

В этике Канта вопрос о правах (дозволениях) также не обойдён вниманием. По мнению Э.Ю. Соловьёва, не будет преувеличением сказать, что к восьмиде-

¹ Шрейдер Ю.А. Этика. Введение в предмет. С. 103.

сятым годам XVIII в. из выдающихся философов континентальной Европы только Кант располагал этикоантропологической концепцией, которая могла обеспечить мировоззренческое обоснование идеи прав человека и её последующее развёртывание в теорию правового государства¹.

Действительно, гражданское состояние Кант рассматривает только как состояние правовое, основанное на следующих априорных принципах:

- 1) *свобода* каждого члена общества как *человека*;
- 2) *равенство* его с каждым другим как *подданного*;
- 3) *самостоятельность* каждого члена общности как *гражданина*.

Причём «эти принципы не столько законы, которые даёт уже образовавшееся государство, сколько законы, единственно на основании которых и возможно образование государства в соответствии с исходящими из чистого разума принципами внешнего человеческого права вообще»². Следовательно, для Канта признание свободы, равенства, самостоятельности каждого члена общества – дело принципа.

Научную и практическую ценность представляют соображения Канта о необходимости, с одной стороны, уважать чужое право, с другой – отстаивать своё право.

Вместе с тем, при всей важности темы прав в этическом учении Канта, оно всё же остаётся учением об обязанностях. На вопрос, почему же учение о нравственности (мораль) обычно называется учением об обязанностях, а не учением также и о правах, хотя те и другие связаны между собой, Кант отвечает следующим образом: «Причина этого такова: мы знаем свою собственную свободу (из которой исходят все моральные законы, стало быть все права и обязанности) только через *моральный императив*, который представляет собой положение, предписывающее долг и из которого

¹ См.: Соловьев Э.Ю. Кант: Взаимодополнительность морали и права. С. 166.

² Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 79.

можно затем объяснить способность обязывать других, т.е. понятие права»¹.

Свобода, как и равенство в долге, интересуют Канта, главным образом, в негативном смысле. Свобода то есть независимость от принуждающего произвола другого. Равенство есть независимость, состоящая в том, что другие не могут обязать кого-либо к большему, чем то, к чему он с своей стороны может их обязать². Отсюда право – это совокупность условий совместимости свободы одного лица со свободой другого.

На это видение свободы указал ещё П.Г. Виноградов. Исследуя проблему принуждения в праве, он писал: «Какова та цель, ради которой человеческие существа подчиняются принуждению? Кант пришёл к выводу, что конечной целью права является свобода и что основная функция права есть согласование свободы одного лица с свободой всякого другого члена общества. Этот принцип он выразил знаменитым изречением: «действуй так, чтобы твоя свобода согласовалась с свободой всех и каждого». Однако понятие свободы здесь не вполне удачно выбрано, ибо очевидно, что согласование, достигаемое правом, неизбежно должно состоять в сокращении индивидуальной свободы и что свобода, в обычном ее понимании, только открывает возможность деятельности...»³

П.Г. Виноградов верно подметил, что свобода – это прежде всего сама возможность деятельности. А не её ограничение. Иное дело создание условий для реализации свободы. Такими неперенными условиями, без которых свобода немыслима, являются свобода воли, независимость, равенство, самостоятельность каждого члена общества или его «способность быть своим собственным господином». Обоснование таких условий, конечно, научный подвиг Канта для того времени, не потеряли ценности данные положения и сейчас. Но условия

¹ Кант И. Указ. соч. С. 149.

² Там же. С. 147.

³ Виноградов П.Г. Указ. соч. С. 26-27.

свободы ещё не сама свобода поведения¹. Не случайно, следуя логике своего концептуального замысла, Кант говорит затем не о содержании свободы в аспекте возможного или должного, а о согласовании, совместимости произвола одного лица со свободой другого.

Итак, увязывание свободы с долгом существенно ограничивает проявление свободы. Свобода – понятие не только негативное; она – и свобода для чего-нибудь, к чему-нибудь, то есть понятие позитивное. Свобода же от кого-нибудь, от чего-нибудь есть лишь предпосылка позитивной свободы. Наиболее адекватным выражением свободы служат права и свободы. На данный факт неоднократно и в различное время указывалось в отечественной теории права.

Об особой миссии права («говорить», прежде всего, о правах) одним из первых заявил Л.И. Петражицкий. Согласно его учению основное различие между нравственностью и правом заключается в чисто императивном характере нравственных норм и императивно-атрибутивном характере юридических норм. Чисто императивные (нравственные) нормы односторонне-обязательные, беспритязательные. Юридические нормы – обязательно-притязательные или императивно-атрибутивные. Для норм первого рода главное заключается в осознании своей обязанности, долга, для норм второго рода – сознание своего права². Это позволило Л.И. Петражицкому поставить право выше морали, поскольку мораль имеет тенденцию порождать чувство подчинения, право же создаёт чувства требования, притязания³.

¹ Здесь, как представляется, целесообразно поставить вопрос о справедливости, без которой свобода невозможна. Правда, сам Кант считал, что «строжайшее право – это величайшая несправедливость» (*summum ius iniuria*); но на пути права этому злу ничем помочь нельзя, хотя оно и имеет отношение к правовому требованию, потому что справедливость относится только к суду *совести* (*forum poli*), а каждый правовой вопрос должен решаться на основании гражданского права (*forum soli*)» (Кант И. Указ. соч. С. 144).

² См.: Петражицкий Л.И. Указ. соч. С. 64-65.

³ Карбонье Ж. Юридическая социология. С. 113.

Настаивая на разграничении нравственности и права, другой русский мыслитель – Б.Н. Чичерин – считал, что «...если право – это свобода, определённая законом, то нравственность налагает на человека одни только обязанности, не определяя никаких прав»¹.

На различие права и морали в интересующем нас аспекте указывают и современные учёные. Так, С.С. Алексеев с сожалением отмечает: «Увы, следует признать, что этическая идеология, возвеличивающая мораль как регулятор человеческих поступков, остаётся в сегодняшней действительности серьёзной и в чём-то тревожной реальностью. В науке и общественном мнении ещё не осознано то решающее обстоятельство в соотношении права и морали, в соответствии с которым первое (право) является естественной и надёжной обителью прав, а второе (мораль) обителью обязанностей – долга, долженствования, ответственности»².

Приведённые высказывания контрастируют со взглядами Канта на понимание морали и права. Для Канта стержнем его этической теории всегда был долг. В этой связи учение св. Фомы Аквинского, крупнейшего средневекового теолога, о соотношении человеческой свободы и морального закона выглядит более предпочтительно. В своем исследовании «Сумма против язычников» Аквинат пишет: «О свободе решения мы говорим применительно к тем (вещам), которых мы хотим не по необходимости, а по собственному произволу...

Свободным называется то, что само себе причина...³. «С позиции томизма, свобода – это отсутствие принудительного давления как возможность отдаться естественной склонности к добру и реализовать прису-

¹ Цит. по ст.: Валицкий А. Нравственность и право в теориях русских либералов конца XIX – начала XX в. С. 32.

² Алексеев С.С. Философия права. С. 60.

³ Фома Аквинский. Сумма против язычников. Кн. первая / Пер. и вступ. ст. Т.Ю. Бородай. Долгопрудный: Изд-во «Вестком», 2000. С. 375-377; См. также: Боргош Ю. Фома Аквинский. М., 1975; Шпеман Р. Основные понятия морали. С.

щую человеку способность к творческому развитию. **Свободный выбор** происходит на основе **разума**. **Моральный закон** – это менее всего требование долга... Самое главное в учении св. Фомы то, что *моральный закон не подавляет свободу и чувство собственного достоинства*»¹.

Поэтому «моральный закон не должен лишать человека его моральной независимости, заменяя освоение ценностей подчинением закону. Главное, ради чего даётся закон, – это воспитание, основанное на познании. Закон показывает, что правильно, а что неправильно, и, следовательно, учит распознавать грех. Негативная формулировка девяти из десяти заповедей исключает то, что запрещено, оставляя все остальные пути свободными»².

Конечно, в этическом учении Аквината центральной является тема Бога, влияние Бога на свободный выбор. Так, человеческие поступки Аквинат делит «...на две группы, те, которые запрещены или, наоборот, обязательны в силу морального закона, и те, которые лежат в сфере человеческой инициативы»³. Именно в последних он усматривает присутствие Бога. «Всё дело в том, что воля Бога не есть принуждение (не порождает необходимость), но есть **вызов к сотворчеству**...

...Бог действует в сознании человека не как диктатор, требующий соблюдения моральных инвектив. Но как **сотворец**, благодатно вдохновляющий свободное творчество, осуществляемое в нравственном действии»⁴.

78-91; Гертых В. Свобода и моральный закон у Фомы Аквинского // *Вопр. философии*. 1994. № 1; Шрейдер Ю.А. *Этика. Введение в предмет*. С. 74-88; Коллстон Ф.Ч. *Аквинат. Введение в философию великого мыслителя*. М.: Вестком, 1999.

¹ Шрейдер Ю.А. Указ. соч. С. 74.

² Шпеман Р. Основные понятия морали. С. 87; См. также: Гертых В. Свобода и моральный закон у Фомы Аквинского / *Вопр. философии*. 1994. № 1. С. 97.

³ Шпеман Р. Указ. соч. С. 89.

⁴ Шрейдер Ю.А. Указ. соч. С. 74-75.

Данное обстоятельство не учитывает легалистское мировоззрение, основанное на долге. Оно «сосредотачивается исключительно на первом типе поступков, тем самым выпуская из виду, что является наиболее человеческим – а также наиболее божественным – в человеческой деятельности. Предписательная установка оставляет в стороне исследование счастья, дружбы, силы духа, призвания. Нас нельзя обязать стремиться к счастью. Желание счастья заключено внутри нас, независимо от каких-либо обязательств. Точно так же дружба возникает из естественного стремления к удовольствию. Безусловно, дружба сопряжена с определёнными обязательствами, но её нельзя установить через предписание. Она принадлежит явлениям совсем другого порядка, связанным с радостью самоотдачи»¹.

Поэтому Аквинат и отдаёт предпочтение второму типу действий, то есть действиям, основанным на инициативе, «...продиктованным привлекательностью свободного выбора... перед теми действиями, которые регулируются жёсткими предписаниями. Моральный синтез Аквината строится на свободной творческой добродетели, которая проистекает из внутреннего осознания Святого Духа, действующего через новый закон, а не только из повиновения заповедям. Добровольные человеческие поступки говорят нам о Боге, источнике любви, больше, чем предписания....

Следовательно, отношения между внешним законом и добродетелью не есть отношения между директивой и исполнением»².

Проделанный Фомой Аквинским анализ взаимосвязи свободы и морального закона отличается присущим для того периода своеобразием, теологической направленностью исследования. Однако нельзя не признать того факта, что Аквинат, отделив свободу (возможность) от долга, по существу, заложил важнейшие «кирпичики» в

¹ Гертых В. Свобода и моральный закон у Фомы Аквинского. С. 99.

² Там же. С. 99, 101.

фундамент той обширной области социального регулирования, которая основана на дозволении, свободном выборе, не знающем никакого принуждения. К сожалению, это блестящее открытие Ф. Аквинского на долгие времена оказалось по большому счёту не востребованным. В теории морали и, соответственно, права возобладало учение, в котором свобода ассоциировалась с долгом, обеспечиваемым принуждением (самопринуждением). Отсюда и то широкое поле поступков, не попадающее в область запрета и долга, по инерции было причислено в сферу обязательного. Право, в первую очередь, как возможность (права) ушло в тень права обязательного, должного.

Жизнь в конечном счете всё расставила на свои места, побудив мировое сообщество официально признать человека, его права и свободы высшей ценностью. Столь судьбоносный поворот в сторону естественного позитивного права не только следствие пережитых человечеством социальных потрясений, катастроф XX в. (прежде всего Первой и Второй мировых войн), но и проведённых научных изысканий, у истоков которых стоял и Фома Аквинский. Свой вклад в возвышение права через права внесла и отечественная теоретическая наука.

Имеющиеся различия в высказываниях Фомы Аквинского и представителей отечественной юриспруденции не могут заслонить самого главного сходства: свобода человека в морали и в праве ассоциируется именно с возможностью (правами), а не с долгом (обязанностью). Это, думается, даёт основания утверждать о непротиворечности логики, согласно которой, если у права есть нравственный подтекст, то оно подразумевает обязанность¹. Такая логика не может быть признана единственно верной и представляет собой обоснование одного из теоретических направлений в исследовании этики

¹ См.: Хеллер А. Свобода как высшая идея (цит. по: РЖ Общественные науки за рубежом. Государство и право // Рос. журнал. 1990. № 4. С. 20.

и права. Но направления, безусловно, влиятельного как прежде, так и в наши дни.

В этом нетрудно убедиться, если вновь обратиться, пожалуй, к ключевому и наиболее дискуссионному аспекту соотношения права и морали – проблеме внутреннего и внешнего в обоих социальных феноменах. Напомним, что согласно существующему мнению различие между нравственностью и правом состоит в том, что нравственность покоится на «внутреннем убеждении», а право на «внешнем установлении», представляет «внешние нормы», независимые от личных убеждений. Л.И. Петражицкий назвал такую позицию ошибочной. По его мнению: «Позитивное право представляет не нечто внешнее, а внутренние императивные-атрибутивные переживания; и потому особенность его состоит не в том, что оно существует в ином месте – вовне, а в осложнении интеллектуального состава внутренних переживаний представлениями, которые мы назвали представлениями нормативных фактов, представлениями соответствующих Божественных или человеческих велений, соответствующего поведения предков и т.д.»¹.

Позицию о целесообразности учёта в праве не только объективной (внешней) стороны поведения, а и субъективной (внутренней), как писалось ранее, разделяли и другие отечественные правоведы начала прошлого столетия. В её поддержку высказывались советские и современные российские теоретики права. И всё же точка зрения на то, что право – сфера внешней свободы человека, а мораль – внутренней, была и остаётся востребованной. Попытаемся разобраться в причинах популярности такого взгляда на соотношение права и морали. Сначала выясним, в чём сходятся исследователи. Не вызывает споров необходимость принятия во внимание внутренних побуждений человека при правонарушениях, и особенно при преступлениях.

¹ Петражицкий Л.И. Указ. соч. С. 149; См. также: Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. С. 43.

Иное отношение к оценке роли внутреннего при правомерном поведении. Здесь выделяется точка зрения, в которой обосновывается безразличие права к мотивам, целям совершения правомерных действий (бездействия). Так, П.И. Новгородцев утверждал: «Если право и принимает во внимание мотивы, *то не при исполнении* (выделено мной. — В.Ш.), а при нарушении закона, там, где требуется определить виновность лица, что, конечно, не может быть сделано без освещения субъективной стороны правонарушения»¹.

Сходную мысль проводит Я.З. Хайкин: «Для правового регулятора в принципе безразличны все вариации индивидуальных выборов поведения, которые могут быть продиктованы различными причинами, условиями, целями и т.п. Но регулятор не может быть безразличным к тем результатам поведения людей, которые возмущают заданное состояние поля в такой мере, что несут угрозу его порогу. Вот эти критические состояния поля или конфликтные ситуации становятся заботой правовой системы»².

Изложенная точка зрения относительно правомерного поведения не кажется столь убедительной. Дело в том, что не только негативное, но и позитивное поведение имеет внутреннюю и внешнюю стороны. Ни законодатель, ни правоприменитель не смогут рассчитывать на эффективное, результативное осуществление принципов, норм права, если при их создании, применении проявлено безразличие к потребностям, интересам людей, проигнорированы их ценностные ориентации. Следовательно, учёт внутренней стороны правомерного поведения важен на всех стадиях работы механизма правового регулирования.

Сложность заключается в определении оснований, пределов, средств юридического воздействия на внут-

¹ Новгородцев П. Право и нравственность // Правоведение. 1995. № 6. С. 106.

² Хайкин Я.З. Структура и взаимодействие моральной и правовой систем. С. 179.

ренный мир правомерно ведущего себя человека. Вот тут-то нравственное измерение права играет весьма заметную роль. В зависимости от того, какая этическая теория берётся исследователями за ориентир, напрямую зависит освещение проблемы внутреннего в праве.

Обратимся вначале к этике долженствования. Из данного этического учения вытекает категория «правовой долг», через которую и происходит сближение морали и права. Долг требует уважения к праву. Поскольку, по Канту, долг – это материя обязанности, то и уважение к праву подразумевает необходимость сознательного, добровольного подчинения законам, неукоснительного следования им. Другими словами, «Я хочу» существует всегда неотделимо от «Я должен». Рассуждая о правовом долге, А.И. Ильин писал: «...Человек призван к тому, чтобы добровольно вменить себе законы своего государства, стараться верно понимать их и повиноваться им по чувству свободно признанной обязанности. Пусть эти законы кажутся ему формальными и внешними – он всё-таки должен принять их в порядке самообязывания и верно соблюдать их»¹.

Однако соблюдение морали и права в долге согласно разбираемой теории не означает их полного совпадения, тем более, когда речь идёт о механизме осуществления долга. Моральным нормам нельзя просто подчиняться, они должны стать внутренним убеждением. В противном случае моральный долг не будет выполнен. Правовые нормы допускают подчинение им без внутреннего убеждения. Ведь заставить человека руководствоваться мотивом долга при подчинении закону или выполнять его по совести невозможно. Поэтому, с точки зрения права, важен факт исполнения обязанностей. И хотя для многих исполнение законов стало внутренней необходимостью, следование правовым нормам не превращается в моральный долг, не утрачивает своего юридического, то есть и внешнего характера². И это объяснимо. Несоблюдение и неисполнение обязанностей, следование им без всякого желания формально было и

¹ Ильин И.А. Указ. соч. С. 226.

² См.: Ойгензихт В.А. Мораль и право... С. 35, 37.

остается, а значит, право всегда должно быть готово принудить к выполнению юридического долга.

Но о долге прежде всего стоит говорить применительно к запрещающим и обязывающим нормам. В отношении управомочивающих нормативно-регулятивных средств (принципов, норм и т.д.) мотив долга всё же вторичен. Механизм их реализации совершенно иной. Это и не берут во внимание те авторы, которые относят право к сфере внешней свободы. Разберём их аргументы.

1. При всех «НО» всё же сфера права – внешняя свобода, внешняя сторона поведения, напрямую связанная с принуждением. «В отличие от нравственности, – подчёркивал Б.Н. Чичерин, – право есть начало принудительное»¹.

«Право... всегда связано с возможностью принуждения... Поэтому наиболее характерными для юридической области следует признать те нормы, которые запрещают вторгаться в сферу чужих прав и нарушают чужую свободу. Без обязательного исполнения таких норм самое сожитие людей было бы немыслимо»², – считал П.И. Новгородцев.

Чуть ниже П.И. Новгородцев объясняет, где и почему принуждение не требуется. «Там, где свобода выбора может быть предоставлена отдельным лицам без ущерба для общественной безопасности, нет нужды прибегать к принуждению... Есть действия, до такой степени связанные с внутренними мотивами, что без наличия последних они теряют всякий смысл. Религиозный обряд, например, если он не проникнут внутренним чувством, не только лишается своего значения, но и превращается в недостойное лицемерие. Точно так же акты милосердия и любви к ближним, равно как и известный нравственный

¹ Чичерин Б.Н. Указ. соч. С. 88.

² Новгородцев П.И. Право и нравственность. С. 109; См. также: Гордиенко А.А. Сущность советского права и его роль в социалистическом обществе. Ташкент: Фан, 1967. С. 123; Якуба Е.А. Право и нравственность как регуляторы общественных отношений при социализме. С. 133; Черненко А.К. Философия права. С. 63.

уклад личной жизни, столь тесно связаны с внутренним настроем лица, что здесь юридические нормы должны прекратить своё влияние из опасения нарушить нравственную свободу. Нравственное значение действий этого рода зависит от внутренних моментов: без настоящей любви и без истинного чувства они лишаются всякой моральной цены. Принуждение, внесённое в эту область в целях нравственного воздействия на людей, никогда не может достигнуть своей цели...»¹

Безусловно, религиозный обряд, акты милосердия и любви предполагают соответствующие внутренние настроения. Однако почему только они? Психологический настрой лиц, вступающих в юридический брак, решивших стать опекунами, принять участие в выборах, в переписи населения, не менее необходим для достижения поставленных целей. Во всех этих и подобных многочисленных ситуациях правовое регулирование так же влияет на внутреннюю сторону правомерного поведения. Действие же юридических норм не ограничивает свободу личности, а, напротив, посредством предоставления прав превращает её в реальность.

С точки зрения этики долженствований, управомочивающие нормы, а именно о них идёт речь, ничего специфического для права в себе не содержат. В них нет повеления, нет императива, к их использованию нельзя принудить. Иначе говоря, в них нет ничего такого, что присуще «типичным» юридическим нормам. Но в том-то и дело, что с позиции естественно-позитивного права, вобравшего в себя и идеи этики свободного выбора, собственно правовыми являются не запрещающие и обязывающие, а управомочивающие нормы. Запреты и обязывания более характерны для этики долженствований. «Образ морали как запрет... – подметил Р.Г. Апресян, – один из наиболее распространённых в истории мысли»². Отсюда вполне закономерен перечень раскрывающих его понятий: императив – по-

¹ Новгородцев П.И. Указ. соч. С. 109.

² Апресян Р.Г. Идея морали. М., 1995. С. 3.

веление – подчинение – обязательность – принуждение (хотя и внутреннее, но всё же принуждение)¹.

Весь парадокс в том, что данный моральный образ был экстраполирован в более жёстком варианте на право в целом. Все правовые нормы были отнесены к группе гетерономных социальных норм, то есть основывающихся на внешнем принуждении, внешней силе. Это не соответствует образу права как общей мере свободы, главное в котором права и свободы, исключаящие в своей реализации требование какого бы то ни было принуждения.

2. *Право допускает несовпадение личных интересов с общественными, проявление эгоизма.* «Не будучи всецело нравственным, – считал П.И. Новгородцев, – право даёт известный простор личным интересам и стремлениям, даже в их эгоистическом и своекорыстном проявлении. Напротив, нравственность представляет собой более чистое воплощение альтруистических начал, и соответственно с этим её требования имеют более всеобъемлющий и безусловный характер»².

Обеспечение правом простора личным интересам В.Е. Соловьёв определил как свободу быть безнравственным.

¹ В этической теории высказывалось мнение о допустимости выполнения нравственного долга по внешнему принуждению. Так, О.П. Целикова пишет: «Нравственный долг... можно определить как совокупность нравственных требований к личности, которые она, с одной стороны, может выполнять по внутреннему убеждению, сознательно и добровольно подчиняя личные интересы общественным, а с другой стороны, если такого убеждения ей недостаёт, бывает вынуждена выполнять их как нравственную необходимость, налагаемую на её обществом и сопровождаемую ответственностью перед обществом за её выполнение... Забвение (а ещё хуже отрицание) того, что долг иногда выполняется по принуждению, может привести к существенным минусам в организации нравственного воспитания человека. Выполнение общественных требований только по внутреннему убеждению каждым человеком – это уровень, которого... нравственное развитие общества ещё не достигло» (Мораль и этическая теория. М.: Наука, 1974. С. 212-213).

² Новгородцев П.И. Право и нравственность. С. 105; См. также: Малинова И.П. Философия права (от метафизики к герменевтике). Екатеринбург, 1995. С. 56; Черненко А.К. Указ. соч. С. 63.

Естественно, такая свобода, такой простор личных интересов может существовать, проявляться лишь в правах личности. Поэтому именно в адрес прав морализующими юристами высказывалось немало критических замечаний типа «они узаконивают эгоизм индивидов», «позволяют действовать исключительно в своих интересах» и т.п.

Довольно решительно в защиту прав личности высказался Б.Н. Чичерин: «...К личному праву всего менее приложимо понятие об общественном интересе. Частный интерес имеет, по крайней мере, непосредственную связь с личным правом. Он составляет то жизненное содержание, которое вносится в формальные начала права свободною волею лиц. Им определяется пользование правом. Общественным же интересом определяются не содержание, а границы личного права. Для последнего он составляет внешнее начало, которое оно должно уважать, так же как, со своей стороны, общественная воля должна уважать личное право. Если же эта воля, вторгаясь в область личного права, хочет подчинить его общественному интересу, то свобода лица исчезает: оно становится органом и орудием общества». И ниже дополняет: «Человек может пользоваться своим правом хорошо или дурно, в эгоистических видах или приходя на помощь ближнему, это его личное дело; другие не в праве в это вступаться. Этого требует уважение к лицу. Клеймить же под именем эгоизма то, что вытекает из признания лица разумно-свободным существом и самостоятельным деятелем во внешнем мире, есть извращение всех понятий и подрыв самых оснований права и нравственности»¹.

Дилемма альтруизм – эгоизм остаётся и по сей день реальной этико-правовой проблемой. Попытаемся разобраться в ней. Для начала обратимся к самим терминам. В научной, учебной литературе довольно распространёнными являются следующие их определения:

«**Альтруизм** (от лат. Alter – другой), нравственный принцип, предписывающий бескорыстные действия, на-

¹ Чичерин Б.Н. Философия права. С. 87-88.

правленные на благо (удовлетворение интересов) других людей. Противоположность А. — эгоизм»¹.

«**Эгоизм**, негативная ценностная ориентация личности, крайняя форма индивидуализма, проявляющаяся в сознательном корыстном противопоставлении личных интересов и потребностей интересам других людей и общества в целом»².

Такое толкование содержания терминов логично окрашивает альтруизм в светлые приятные, эгоизм в тёмные (мрачные, неприятные) тона. На этом негативном фоне строится противопоставление первого понятия второму. Причём в обоснование альтруизма приводятся такие моральные заповеди: возлюби ближнего; никому не вреди; проявляй терпимость.

Ценность данных положений несомненна. В то же время если следовать истине, то необходимо привести полностью заповедь «возлюби ближнего». Иисус Христос в Нагорной проповеди сказал: «**Возлюби ближнего как самого себя!**» Следовательно, себялюбие, благоволение себе самому не грех, это не безнравственно. Такое отношение к себе естественно и нормально.

Об эгоизме как позитивном социальном феномене писали многие известные учёные, писатели. «...Различайте между злым, бесчеловечным и бессердечным эгоизмом и эгоизмом добрым, участливым, человеческим...», — советовал Л. Фейербах.

«...Если мы хотим чем-то помочь какому-нибудь делу, оно должно сперва стать нашим собственным эгоистическим делом...», — подчеркивал Ф. Энгельс.

Целую серию высказываний посвятил данному вопросу А.И. Герцен: «Всего меньше эгоизма у раба», «Моралисты говорят об эгоизме, как о дурной привычке, не спрашивая, может ли человек быть человеком, утратив живое чувство личности», «Разумеется, люди — эгоисты, потому что они лица; как же быть самим собою, не

¹ Педагогический энциклопедический словарь. М.: Большая российская энциклопедия, 2002. С. 17.

² Там же. С. 322.

имея резкого сознания своей личности? Мы – эгоисты, и потому добиваемся независимости, благосостояния, признания наших прав, потому жаждем любви, ищем деятельности и не можем отказывать без явного противоречия в тех же правах другим»¹.

Вообще тема эгоизма в положительном смысле обсуждалась в русской классической литературе, о ней писали Ф.М. Достоевский, И.С. Тургенев, Н.Г. Чернышевский и др.

Таким образом, односторонне негативная оценка эгоизма неверна. Корень слова «эгоизм» – эго, что в переводе с греческого означает «я». Быть «я» – это и есть быть господином самому себе, а значит, уважать себя, свои потребности, действовать в своих интересах. Если же для человека нет различия между «надо» и «хочу», он всегда готов к послушанию, подчинению, готов жертвовать своими желаниями, интересами, ради пользы других людей или общества, то перед нами вряд ли самодостаточная личность, господин самому себе. Как точно подмечено, по большому счёту чистый альтруизм является химерой, никогда не существовавшей в реальном мире². Он так же не желателен и даже опасен, как и крайняя форма выражения эгоизма – эгоцентризм.

Вместе с тем между альтруизмом и эгоизмом нет непроходимой пропасти. Позитивный альтруизм и позитивный эгоизм – две стороны одной медали – в целом нормальной позиции личности. Поэтому важнее установление гармонии, взаимодополняемости между ними. И такое стало возможно благодаря разработкам в этической, психологической научной литературе, на основе высказанной Христом максимы, теории «разумного эгоизма» или «альтруистического эгоизма»³. Как гово-

¹ Афоризмы (Золотая коллекция). Минск: Харвест; М.: АСТ, 2000. С. 962.

² См.: Васютин А.М. Карнеги по-русски. М.: ЭКСМО-Пресс, 2001. С. 95.

³ См.: Гуссейнов А.А., Апресян Р.Г. Этика: Учебник. М.: Гардарики, 1998. С. 399-404; Васютин А.М. Указ. соч.; Мамон-нов С.Ю. Искусство быть эгоистом. СПб, 2001.

рил ещё А. Шопенгауэр: «Эгоизм, вооружённый разумом, старается избежать своих же собственных дурных последствий, направляющихся против его самого»¹.

Теория «разумного эгоизма» органично сочетается с естественно-позитивным правопониманием. Провозглашение приоритета прав, свобод, законных интересов человека и гражданина по отношению к интересам общества и государства, ориентирует личность в первую очередь на уважение своих прав, понимание их ценности для себя, умение осуществлять их в своих интересах. Если человек не уважает себя, свои права, то где гарантии, что он будет уважать права других? Вряд ли такой субъект заслуживает уважения к себе, к своим правам со стороны окружающих его людей. Так что, проявляя пассивность в усвоении, осуществлении, защите прав, человек может оказаться в униженном, зависимом положении, вплоть до незаконного ограничения или лишения личной свободы, независимости, самостоятельности. Поэтому есть такие права, которые вообще нельзя передавать. Среди них право на жизнь и здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, честь и доброе имя, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, право свободного передвижения, выбора места пребывания и жительства, право на имя, право авторства, иные личные неимущественные права и другие материальные блага, принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона, неотчуждаемы и непередаваемы иным способом (ст. 150 ГК РФ). Эгоизм отдельного человека тогда остаётся принятым и защищённым, когда он не выходит за рамки заповеди «не вреди» или, говоря юридическим языком, не нарушает права и свободы других лиц. Не причинять вред другому и одновременно осуществлять свой интерес и означает вести себя как разумный эгоист².

¹ Афоризмы (Золотая коллекция). С. 962.

² Термин «разумность» широко используется в современном российском законодательстве (см.: об этом с. 254 настоящего параграфа).

Разумный эгоист не будет злоупотреблять своими правами, неоглядно использовать их. Думая не только о сегодняшнем, а и завтрашнем дне, он будет стремиться подавлять в себе грубые эгоистические импульсы, учитывать права и законные интересы партнёров, участников правоотношений. Для него вполне нормально приносить пользу людям, добровольно, когда это целесообразно, отказаться от своих прав, вести себя максимально бесконфликтно. В данной связи неудачны утверждения и примеры, приведённые А.К. Черненко. В частности, он пишет: «То, что вытекает из требований права, может быть безнравственным, а то, что вытекает из нравственных заповедей, может быть противоправным. Скажем, согласно закону долг не может быть не востребован, но с точки зрения нравственности кредитору порой следует отказаться от своего права. К примеру, интересы должника могут оказаться несравненно значимее интересов кредитора, так как уплата долга из-за бедности должника неминуемо приведёт его семью к страданиям и лишит последней надежды заплатить, например, за лечение его жены и детей. Или противоположный пример: во имя нравственности и справедливости герой популярного фильма нарушает юридические законы, совершая неправомерные действия — крадёт автомобили у безнравственных людей»¹.

Разберём первый пример. По мнению А.К. Черненко, согласно закону долг не может быть не востребован. Всё обстоит как раз наоборот. Простить или не простить долг — личное дело кредитора. Он может освободить должника от лежащих на нём обязанностей, то есть простить долг в любой момент. Прощение долга право, а не обязанность кредитора, и никто его не может заставить поступить помимо своей воли. Единственным исключением из этого правила является ситуация, при которой освобождение кредитором должни-

¹ Черненко А.К. Указ. соч. С. 63.

ка от его обязанностей нарушает права других лиц в отношении имущества кредитора (ст. 415 ГК РФ).

Иной вопрос – всегда ли разумно прощать долги. Немало случаев, когда это оправдано. Но хватает и других. Разве редко ненадлежащим образом выполняются обязательства, и тогда мы имеем дело с некачественными товарами, услугами? Довольно часто. Прощать такие обязательства, встав на путь альтруизма, – только нанести вред себе и обществу.

Не удачен и второй пример. Библейская, она же нравственная заповедь «не укради» универсальна, не знает исключений. Здесь и этика должностования, и право солидарны – за нарушение запретов надо отвечать, другой вопрос, каким будет наказание.

3. *Право удовлетворяется внешней свободой, не вменяет индивидам мотив долга, добрые чувства*¹. Конечно, это не означает, что психическое настроение безразлично для права. «Различие между правом и нравственностью, – уточняет Е.Н. Трубецкой, – выражается вовсе не в том, что право «не принимает во внимание внутреннего настроения», а в том, что внутреннее настроение, мотивы, вызывающие те или другие действия, *не составляют содержания права*. Содержание права всегда сводится к той или другой определённой сфере внешней свободы...

Словом, область побуждений, психическое настроение принимается во внимание правом не в качестве содержания тех или других правомочий или правовых норм, а только в качестве источника тех или других действий, направленных к осуществлению или нарушению права. До тех пор пока наши помыслы и намерения не выразились в каких-либо осязательных внешних действиях, праву до них нет дела.... В область права входят все вообще требования, касающиеся внешней свободы лица, все те правила или нормы, которые её

¹ См.: Новгородцев П.И. Право и нравственность. С.105-106; Виноградов П.Г. Указ. соч. С. 35.

представляют и ограничивают, независимо от того, нравственны или безнравственны эти нормы, служат или не служат они целям добра»¹.

Действительно, право признаёт правомерным поведение независимо от внутреннего настроения личности, не принуждает действовать по мотиву долга, из добрых чувств. Вторжение права во внутреннюю свободу «жёсткими» юридическими средствами иначе как насилием над личностью не назовёшь. Но следует ли из этого, что право всегда удовлетворяется внешней стороной поведения, а внутренние настроения, мотивы не принимаются во внимание содержанием норм права. Думается, не следует, если исходить из концепции естественного позитивного права. В отличие от теории обязательного (строого) права, в основе которого лежит этика долженствования, естественно-позитивное право в центр ставит не категорию «должное», а категорию «возможное». Последнее в корне меняет взаимоотношения между правом и личностью. К использованию права (прав и свобод) нельзя принудить. Личность, наделённая правами, в их правомерном осуществлении никому и ничего не должна. Её поведение схематично выглядит так: «Я вправе вести себя так-то и так-то, когда мне нужно и когда я хочу». Если бы, например, право на участие в референдуме предполагало, что гражданин обязан участвовать в нём (независимо от того, желает он или нет), то этого гражданина нельзя было бы назвать ни внутренне, ни внешне свободным.

В ситуации свободного выбора варианта поведения эффективное действие права как общей меры свободы (прав и свобод) напрямую зависит от внутреннего состояния человека, его отношения к юридическим принципам, нормам. Всякое внешнее воздействие, основанное на властной принуждающей силе, не просто не работает, оно недопустимо. Находящиеся

¹ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. С. 43-44.

в статьях законов, подзаконных актах, других источниках права управомочивающие нормативно-регулятивные средства содержат не предписания, приказы к подчинению, не угрозу ответственности, а различные предложения – дозволения, использование или неиспользование которых определяется свободным волеизъявлением управомоченного.

Дозволительное правовое регулирование требует не только свободного от подчинения и принуждения пространства (территории), особой системы нормативно-регулятивных средств, но и иного (по сравнению с правовым регулированием, построенным на идее долга) механизма психического побуждения. Главная отличительная черта такого механизма – ориентированность на субъективную сторону поведения. Для того чтобы цели, заложенные в праве, были достигнуты, определения лишь внешних границ дозволенных действий явно недостаточно. Важно, чтобы человек, которому адресованы права и свободы, обратил на них внимание, осмыслил их, увидел в них именно то самое недостающее, открывающее путь к желанной цели, проявил готовность воспользоваться ими. Одно внешнее, формальное осуществление прав и свобод без развитого правового внутреннего настроя не даст необходимого результата ни личности, ни обществу. «Если правовой закон, – образно заметил Ф.А. Тренделенбург, – не проникает в сознание граждан и не черпает оттуда своих соков, он дряхлеет как дерево, которое лишилось своих соков»¹.

Итак, признание правомерности поведения независимо от мотивов, не недостаток права, не свидетельство о нем как о низшем пределе нравственности. Напротив, в этом видится преимущество права, допускающего свободу поступать различно, исходя из внутреннего отношения к окружающей действительности. Передав в руки личности «рубильник», «спусковой крючок», дающий начало работы дозвольному меха-

¹ Цит. по : Новгородцев П.И. Право и нравственность. С. 111.

низму правового регулирования, и не располагая властной силой требовать, предписывать внутреннего самоопределения личности, право одновременно не отказывается от воздействия на индивида. Отличительная особенность такого воздействия в том, что оно является не принуждающим, а позитивно побуждающим, что и склоняет индивида принять осознанное, добровольное и выгодное решение¹. В этом отношении право гуманнее морали, исповедующей принцип «долг ради долга», поскольку в нём человек находит «прибежище» для совершения правомерных поступков, нужных непосредственно ему, а не социальному регулятору «абсолюту»². Моральные требования, претендующие на абсолютность, нередко приносят больше вреда, чем пользы. Они являются насилием над психикой верящих в них людей³.

Таким образом, право как общая мера свободы (прав и свобод) открывает простор человеческому «я», его желаниям, склонностям. В этом заключается одно из основных условий того, что право способно пользоваться не одним внешним, а также и внутренним авторитетом, быть явлением далеко не безразличным человеку.

Ключевой вопрос в данной связи – определение круга, очерёдности, последовательности действия средств-по-

¹ Не видеть этого, значит вслед за Г. Радбрухом утверждать, что: «недоверие есть первая заповедь любого законодателя. Законы ведь направлены не против хороших людей, а против дурных, и чем больше дурного закон предполагает в своём адресате, тем лучше он сам. Законодатель должен быть по отношению к людям «пессимистом». И в другом месте: «Современный законодатель никогда не произносит словечка «потому что». Не убеждать, а диктовать – таков должен быть его образ действий, если надлежит заставить адресата не рассуждать, а подчиняться приказам. «Jubeat non disputet» (Сенека) (цит. по: Ханай Г. Указ. соч. С. 185).

² О гуманности права по сравнению с моралью в случаях отклоняющегося поведения пишет И.П. Малинова: «Кант, разводя право и мораль, прав уже хотя бы потому, что оставляет человеку возможность быть в известных пределах (пусть и формально) независимым от морального абсолюта (который в конечном счёте тоже условен по своему содержанию). Если

будителей, воздействующих на внутренний мир управомоченного субъекта. Думается, что выдвижение на первый план таких из них, как долг, подчинение, послушание, ответственность и т.п., вряд ли оправданно. Они требуют всегда думать, главным образом, не о себе, своих правах, а проявлять заботу о других людях, обществе. В ситуации использования прав — они своего рода второй план выбора. На первый здесь выходит другой ряд средств, влияющих на внутреннее состояние управомоченного: потребности, мотивы, цели, ориентирующие к свободному, без всякого подчинения достижению юридического результата, приобретению лично необходимых материальных и духовных благ. Это в полной мере соответствует самой сути прав и свобод, вытекающих как из природы человека и неотчуждаемых от него, так и из практики их реализации. Если гражданин не ощущает себя правовой личностью, не имеет положительного опыта осуществления прав и свобод для себя, то он плохой помощник в этом и для других.

В юридической литературе неоднократно отмечалось, что правовые нормы способны не просто влиять на внутреннюю сторону правомерного поведения, но вызывать в сознании граждан решающие мотивы в пользу этого поведения¹. Особо ценно данное суждение в аспекте дозволительного правового регулирования, функционирование которого в значительной степени зависит от готовности управомоченного принять содержащиеся в управомочивающих нормативно-регулятивных средствах права и свободы и самодеятельно, инициативно, творчески их использовать. Ожидание такой готовности бу-

человек совершает поступок, моральное значение которого невозможно искупить (его моральный смысл бесконечен), то в праве этот человек обретает прибежище, где это преступление всё-таки *можно снять в наказании*. Право даёт возможность человеку *вернуться в прежнее гражданское состояние*: вину перед законом можно искупить через наказание. Право в этом отношении гуманнее морали» (Малинова И.П. Указ. соч. С. 58).

³ Васютин А.М. Указ. соч. С. 295.

¹ См.: Кечекьян С.Ф. Правоотношение в социалистическом обществе. М., 1958. С. 10.

дет небеспопеченным, если управомочивающие нормативно-регулятивные средства:

- выражают и закрепляют интересы каждой личности, а не только общества и государства;
- имеют перечень, объём прав и свобод, который соответствует современному правовому статусу человека и гражданина и является достаточным для реализации вытекающих из него социально-правовых ролей;
- предлагают наиболее целесообразные формы использования и способы защиты (самозащиты) прав и свобод, то есть позволяют достичь этого наиболее просто, доступно, беспрепятственно, экономя время, затраты психической и физической энергии, и одновременно дают возможность получить тот самый лично необходимый результат;
- содержат гарантии прав и свобод;
- имеют систему стимулов в пользу осуществления прав и свобод, которая превышает действие антистимулов;
- не только своевременно доводятся до адресатов, но и являются ещё до вступления в силу закона или другого источника (формы) права предметом обучения и воспитания.

Любые просчёты, ошибки в выявлении и согласовании ожиданий субъекта правотворчества и граждан могут не только снизить эффективность правового регулирования, но и вообще привести к отторжению правовых норм, вызвать социальный протест. Так случилось с постановлением Правительства Российской Федерации от 13 марта 2003 г. № 152 «Об утверждении коэффициента дополнительного увеличения с 1 апреля 2003 г. страховой части трудовой пенсии и коэффициента индексации расчётного пенсионного капитала». Согласно названному постановлению минимальная трудовая пенсия по старости возрастала на 30 руб. 72 коп. По существу получила продолжение неловкая февральская история с шести процентным повышением базовых пенсий, вызвавшая скандал, когда пенсионеры стали отсылать в столицу конверты со своей тридцатирублёвой прибавкой. Выслушивая объяснения по поводу такой индексации пенсий от пред-

седателя правления Пенсионного фонда Михаила Зурабова, глава государства Владимир Путин сказал: «И мне и Вам досталось за последнее решение, и правильно»¹.

Как видно из приведённого примера, учёт внутреннего настроения граждан имеет важное значение для жизнеспособности нормативно-правового документа. От качества документа зависит и превращение психических ожиданий людей в их личную установку, вызывающую потребность использовать содержащиеся в принципах и нормах права и свободы.

Может возникнуть вопрос: нет ли здесь парадокса? «Ведь если правовые нормы выступают как подлинный источник правомерного поведения, то они превращаются в личностную установку человека и действуют уже не как правовые нормы. Справедливо утверждение о том, что на этот парадокс и нацелены правовые нормы, которые должны быть усвоены личностью, стать привычкой и отмереть потом за ненадобностью. В перспективе – это, конечно, так»².

На самом деле никакого парадокса нет, если в поле зрения будет теория естественно-позитивного права. Право, ставящее во главу угла дозволение в своём воздействии на управомоченного, не требует, не обязывает, не подчиняет. Решающий побудительный мотив – личная заинтересованность в правах и свободах. Поэтому законодателю и нужно выдать потенциальному владельцу прав такой правовой «рецепт» по поводу возможного поведения, который он примет с готовностью, как наиболее желанный и ожидаемый. «Мы обязаны прекратить бессмысленное соревнование между народом и властью – когда власть порождает законы, а народ изобретает способы их обхода. Творческая активность людей должна направляться... на развитие собственного дела, на базе использования тех норм, которые мы с вами им предлагаем»³.

¹ Российская газета. 2003. 16 и 19 марта.

² Ойгензихт В.А. Указ. соч. С. 24.

³ России надо быть сильной и конкурентноспособной: Послание Президента РФ. В.В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 2002. 19 апр.

Личная заинтересованность в свободе (правах и свободах) разводит естественно-позитивное право с моралью как мерой должного. «Если рассматривать нравственность как средство выражения свободы личности, понимаемой как отсутствие всякого подчинения, когда только личный интерес выступает в качестве побудительной силы человеческого поведения, то нравственность теряет своё практическое значение, ибо, если бы человек сам был источником своего нравственного поведения, обязательность последнего исчезла бы»¹. Чего, как было показано выше, не скажешь о праве как общей мере свободы (прав и свобод). По механизму своего действия оно не связано с подчинением и принуждением, а, напротив, наиболее полно раскрывает себя, свои потенциалы, резервы при осознанном, добровольном и лично заинтересованном использовании прав. По этой причине мораль как меру должного вряд ли можно считать для права непререкаемым и абсолютным авторитетом, «фундаментом» всего правового «здания».

Следовательно, ориентирование на свободное, по своему усмотрению, своей воле и в своём интересе правомерное поведение – отличительная черта, общий принцип права как общей меры прав и свобод человека и гражданина. К сожалению, пока ему формально отводится статус принципа гражданского права (ст. ст. 1, 9 ГК РФ). Есть все основания придать ему статус юридически значимого общеправового принципа. Лучшим образом это можно сделать, сформулировав соответствующее положение в Основном законе государства. Ведь не только в области гражданско-правовых, но и всех других правоотношений управомоченный действует по своей воле, в своих интересах и никто не вправе понуждать его к использованию прав.

Наделяя личность широкой автономией, свободой усмотрения, законодатель в то же время предполагает,

¹ Бербешкина З.А. Справедливость как социально-философская категория. М.: Мысль, 1983. С. 143.

что она будет действовать разумно и добросовестно¹. Подчеркнём, что предполагает, а не жёстко предписывает. Показателен в этом отношении пример из истории еврейского права. Его исследователь Элон Минахем пишет: «Галаха четко различает нормативные указания, невыполнение которых влечёт за собой судебные санкции, и указания морального характера, которые никто не навязывает силой. Но единство источников правовых и морально нравственных указаний привело к следующему явлению, исполненному глубокого смысла: сама судебная система в процессе своего функционирования время от времени обращается к моральным императивам, которые, разумеется, не сопровождаются принуждением.

Еврейский суд не отмежевывается от дел, не входящих в его компетенцию, если к нему обращаются с такими делами, то он не вправе навязывать кому-либо свои решения. Правовед, отвечающий тому, кто к нему обратился, посек, включающий данное дело в свой сборник «Поским», судья, выносящий приговор, – все они учитывают и фиксируют в своём решении и моральный аспект рассматриваемых ими дел. Из Гемары следует, что судья обязан сказать, как надо действовать. Он должен заявить, что хотя закон этого не требует, но хорошие, честные и справедливые люди делают так. Если тот послушается – хорошо, а если не послушается – нельзя его заставлять действовать именно так»².

¹ См.: Шенникова Л.В. Справедливость и добросовестность в гражданском праве России (несколько вопросов теории и практики) // Гос-во и право. 1997. № 6; Дождев Д.В. Добросовестность (*bona fides*) как правовой принцип // Политико-правовые ценности: История и современность / Под ред. В.С. Нерсисянца. М.: Эдиториал Урсс, 2000. С. 96-128; Гусев О.Б., Завидов Б.Д., Слюсаренко М.И. Справочник юриста. Противоречия законодательства. М.: Экзамен, 2002. С. 24-27; Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М.: Лекс. Книга, 2002.

² Элон М. Еврейское право. История, источники, принципы. Ч. 1. Иерусалим, 1989. С. 177-178; Поским (ед. ч. – посек) – официальный (зафиксированный) источник еврейского права.

Как видно, в данном случае право оказывается гуманнее к человеку по сравнению с моралью, в которой выполнение долга всегда важнее личных предпочтений. Но не только в этом расходится нравственность и право при оценке добросовестности. Нравственный поступок – односторонний акт. Выполнив долг, индивид не может и не должен ждать ответных позитивных шагов, вознаграждения. Иначе оценивает добрую совесть право. Оно прямо ставит защиту прав в зависимость от того, осуществлялись ли они разумно и добросовестно. И это вполне нормально, добро заслуживает поддержки и поощрения. Если происходит всё наоборот и за добросовестность люди страдают, несут неблагоприятные последствия – торжествует несправедливость. Обратимся к современной юридической практике.

В периодической печати неоднократно описывались драматические истории о том, как покупатели, честно и своевременно заплатив деньги за квартиры, не зная о их «тёмном прошлом», на основании решений судов по искам бывших собственников квартир лишались их, лишались без всякой компенсации. Решение судов основывалось на том, что при заключении договора купли-продажи квартир были проигнорированы приоритетные права на жильё несовершеннолетнего ребёнка, психически больного, уехавшего за границу или находящегося в местах лишения свободы родственника и т.п. Причём в судебных инстанциях не учитывалось, сколько раз та или иная квартира переходила из рук в руки, а также законность этого перехода. И, как следствие, пострадавшими оказывались добросовестные приобретатели. По жалобам граждан Конституционный Суд рассмотрел в открытом заседании дело о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 ст. 167 ГК РФ, в соответствии с которыми и принимали свои решения суды (общей юрисдикции и арбитражные). В постановлении Конституционного Суда от 21 апреля 2003 г. сказано, что положение оспариваемой ст. 167 ГК РФ не противоречит Конституции. Неправовой была признана судебная практика принятия решений относительно добросовестных приоб-

ретателей, которую Конституционный Суд назвал неоднозначной и противоречивой. При её сохранении «для широкого круга добросовестных приобретателей, проявляющих при заключении сделки добрую волю, разумную осмотрительность и осторожность, будет существовать риск неправомерной утраты имущества, которое может быть истребовано у них в порядке реституции. Подобная незащищённость вступает в противоречие с конституционными принципами свободы экономической деятельности и свободы договоров, дестабилизирует гражданский оборот, подрывает доверие его участников к друг другу, что несовместимо с основами конституционного строя Российской Федерации как правового государства, в котором человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а их признание, соблюдение и защита — обязанность государства...». Поэтому «...содержащиеся в пунктах 1 и 2 статьи 167 ГК Российской Федерации общие положения о последствиях недействительности сделки в части, касающейся обязанности каждой из сторон возвратить другой всё полученное по сделке — по их конституционно-правовому смыслу в нормативном единстве со статьями 166 и 302 ГК Российской Федерации — не могут распространяться на добросовестного приобретателя, если это непосредственно не оговорено законом, а потому не противоречат Конституции Российской Федерации. ...Суды при разрешении конкретных дел не вправе придавать рассматриваемым положениям пунктов 1 и 2 статьи 167 ГК Российской Федерации какое-либо иное значение, расходящееся с их конституционно-правовым смыслом, выявленным Конституционным Судом Российской Федерации в настоящем постановлении»¹.

Тем самым постановление Конституционного Суда по существу оставляет в силе практически все ранее совершённые сделки по купле-продаже добросовестными приобретателями. Несомненно, это «революционный» юридический документ. Во-первых, потому что касается

¹ Российская газета. 2003. 26 апр.

любых видов имущественных прав добросовестного приобретателя, объявляет их приоритетными перед правами продавца. Во-вторых, потому что отдаёт предпочтение не тем, кто имитирует правомерное поведение, не испытывает неловкости при злоупотреблении правами, а тем, кто сознательно, разумно и добросовестно использует свои права, уважительно относится к праву, закону. Можно сказать, что создан необходимый ориентир для судов, правоохранительных органов, обязывающий их учитывать, юридически оценивать субъективную сторону правомерного, а не только противоправного поведения. В этом видится официальное подтверждение того, что право не безразлично к внутреннему миру человека.

Итак, не только этические, но и правовые принципы, нормы нуждаются в критериях, понятиях, определяющих внутреннее настроение личности. Не случайно они всё шире закрепляются в законодательстве. Наибольшее число правил, в которых закреплено, например, понятие «добросовестность», содержится в Гражданском кодексе. В ГК РФ говорится о презумпции добросовестности при осуществлении прав (ст. 10), добросовестном владельце имущества (ст. ст. 234,303), добросовестном приобретателе имущества (ст. 302) и т.п. Но не чужд термин «добросовестность» и другим отраслям права и соответствующим им законодательным актам. Трудовой кодекс РФ поощряет работников за добросовестный труд (ст. 22), Семейный кодекс РФ предоставляет право добросовестному супругу требовать возмещения причинённого ему материального и морального вреда (ст. 30). Гражданский процессуальный кодекс РФ (ст. 35) и Арбитражный процессуальный кодекс РФ (ст. 41) призывают лиц, участвующих в деле, добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами (ст. 35) и т.д. Столь же широко распространено в различных отраслях законодательства понятие «разумность». Речь идёт о презумпции разумности (ст. 10 ГК РФ), принципе разумности (ст. 5 СК РФ), разумной цене (ст. 524 ГК РФ), разумных сроках (ст. 107 ГПК РФ) и т.д.

Добросовестность и разумность поведения ведут к установлению баланса между интересами отдельной личности и интересами окружающих её людей, общества. И это не случайно. Такой человек не пойдёт на нарушение закона, злоупотребление своими правами, ущемление, нарушение прав своих партнёров. Он уважительно относится к ближнему, в конфликте пытается найти компромисс, путь к примирению, из тактических соображений готов уступить. Именно такая жизненная позиция служит ему залогом правового успеха. Можно, конечно, утверждать, что ко всему перечисленному человека побуждает мотив долга. Долг присутствует в подобных ситуациях. Но не он является определяющим мотивом действий. Первенство за мотивом возможности действовать (сейчас или в перспективе) с пользой для себя. В противном случае стремление к осуществлению прав теряет смысл. Предназначение управомоченного – в первую очередь заботиться о себе, поступать в своих интересах. Долг помогает ему не перейти границы дозволенного, не злоупотреблять правами, уважать права и свободы других людей.

4. *Право не допускает выбора правила, ограничивает совершенствование личности.* «Моральное самоопределение предполагает возможность выбора правила (что следует из самого категорического императива), и, значит, здесь индивидуальная свобода может быть источником нормы (максима поступка как возможный акт всеобщего законодательства).

Самоопределение же в сфере права в принципе не допускает выбора правила. Здесь, напротив, норма является возможным условием свободы (принцип освобождения в подчинении закону)»,¹ – заключает И.П. Малинова.

Развивая данную тему, А.К. Черненко утверждает, что «нравственные начала, их требования, в отличие от правовых, предполагают неограниченное стремление к нравственному совершенствованию. Ограничение здесь

¹ Малинова И.П. Указ. соч. С. 32-33.

недопустимо. Напротив, что касается закона, то его сфера действия ограничена. Это обстоятельство имеет принципиальное значение. Ограниченность действия права, закона оставляет простор для проявления нравственных норм, внутренней свободы человека. Вместе с тем обнаруживается общая им сфера действия. Своим действием право не допускает известных проявлений зла. При этом оно не запрещает действия многих нравственных норм и не противостоит стремлениям к нравственному совершенствованию. Убивать, насиловать, грабить – значит одинаково нарушать и правовые, и нравственные нормы. Это и попрание нравственных ценностей, религиозных заповедей, и преступление. Вместе с тем к зависти, эгоизму, интригам, злословию терпимо право, но не терпима нравственность»¹.

Данное уничтожение права построено на представлениях о нём только как внешнем, обязательном, «суровом» явлении. В противовес такому столь нелицеприятному образу права даётся светлый образ морали. Но не есть ли это идеализация морали, понимаемой с позиции этики должностования? Надо согласиться, что мораль как мера должного ориентирует на выбор. Вопрос лишь на какой и в чём он состоит. Ответ будет очевиден, если иметь в виду, что:

этика Канта – это теория обязанностей, а не прав; основные нравственные регуляторы – запреты и обязывания;

безнравственно всё, что имеет мотив, связанный с личной выгодой, склонностью.

В таких социальных «тисках» выбор в пользу мотива «долга ради долга» предопределён, хотя и без угрозы физического или организационного принуждения. Вот как такой выбор описал А.И. Герцен: «Не одной покорности требуют моралисты, не одного вещественного исполнения того, что называется долгом (потому что содержание его до капризности разнообразно), но ещё, чтобы внутри души

¹ Черненко А.К. Указ. соч. С. 65.

своей человек считал внешний долг, хотя и против своих убеждений (выделено мной. – В.Ш.), за безусловно-нравственную истину»¹. В данной связи вызывает недоумение довольно жесткая оценка права по сравнению с моралью, данная В.И. Букреевым и И.Н. Римской. По их мнению, человек, следуя правовой норме, «...причём норме безличной, надындивидуальной, предельно «серой», лишённой всяких красок, унифицированной и широкораспространённой, он всё менее и менее склонен к самостоятельному независимому выбору и в этом смысле освобождается от морали как излишнего груза...

...Законы, принимаемые государством, остаются в лучшем случае индифферентными по отношению к человеку, а в худшем – античеловечными (ваучеризация, приватизация, закон о бюджете и т.п.).

С позиции субъектацентризма знание этих законов, следование им (точное соблюдение правил и инструкций, соответствующих закону) – ложное знание, не способствующее свободе человека, извращающее эту свободу, принуждающее человека рабски служить государству. Следование такому знанию гасит всякую свободу и самостоятельность. В этом случае нравственная позиция человека расходится с правом, она требует от него не принимать это право, эти законы»².

С такими выводами согласиться нельзя. Перед нами тот случай, когда право – высочайшая ценность, достижение цивилизации и культуры отождествляется с фактами его игнорирования, искажения, деформации. Волюнтаризм опасен в любой сфере социального регулирования: моральной, правовой, политической, религиозной и т.д. Так, исламский фундаментализм с его крайними, человеконенавистническими взглядами ничего общего не имеет с исламом как одной из ведущих мировых религий. Однако немало людей, которые его навязывают как истинную

¹ Герцен А.И. Капризы и раздумья. III. Новые вариации на старые темы. Статья первая // Полн. собр. соч. и писем. Петроград, 1915. Т. V. С. 20.

² Букреев В.И. и Римская И.Н. Указ. соч. С. 168-170.

веру, принуждают почитать и строго следовать ему. Точно так же было и с правом на разных этапах зарубежной и отечественной истории, когда создавались юридические нормы, имитирующие его. Есть случаи принятия подобных норм и даже отдельных нормативных актов и в нашей стране. Для преодоления их отрицательного влияния и создан, например, Конституционный Суд.

Но негативное воздействие на авторитет права в обществе оказывают не только неправовые законы, подзаконные нормативные акты, нарушение правозаконности. Необходимо отказаться от предвзятостей, стереотипов, догм в оценке роли и места права для личности и общества. На самом деле право открывает человеку реальную свободу выбора, широкие возможности для развития. Обладая правами и свободами, индивид волен поступать в своих или чьих-то интересах, вести себя активно или пассивно. За рамками запрещённого свобода выбора полностью предоставлена человеку. Он сам решит, поступить ему как эгоисту, альтруисту или разумному эгоисту. Правовой выбор – это никем не навязанный выбор. И вот здесь-то важна система ценностных ориентаций. Она формируется благодаря органичному, равноправному взаимодействию, взаимодополнению морали и права, права и морали. С точки зрения свободы, в позитивном аспекте (свободы «для») по духу, по идее ближе к пониманию права этика Аквината, согласно которой, как уже было отмечено ранее, усвоение, принятие ценностей не должно строиться лишь на подчинении предписаниям морального закона, на фарисейском чувстве долга, поскольку за пределами десяти заповедей человек волен выбирать сам то, что ему нужно, с учетом своих желаний, склонностей.

В аспекте негативной свободы (свободы «от») и справедливости близка к пониманию права этика Канта. Его формула «быть господином самому себе» ориентирует на признание самостоятельности каждого члена общества, равенства его с каждым другим как человека и гражданина.

Вместе с тем, думается, нет оснований считать ни этику Аквината, ни этику Канта полноценной теорией правосознания. Право – суверенное, самодостаточное социальное явление, а поэтому не может быть понято, раскрыто лишь этическими категориями. Олицетворяя собой свободу и справедливость, естественно-позитивное право благодаря своим свойствам: официальной нормативности, формальной определенности, системности, обеспеченности, динамизму¹ выступает как сама свобода и справедливость, их мера, форма и средство обеспечения. Другими словами, в праве свобода и справедливость обретают то, что не может им дать мораль, а именно: внешнюю объективированность, закреплённость в официальных источниках, ту или иную степень определенности в возможностях выбора дозволенного поведения, определенность должного поведения, прогнозируемость с учетом места и времени развития (введение новых прав и свобод, устранение пробелов, противоречий и т.д.), гарантированность обретения и осуществления прав и свобод, исполнения и соблюдения обязанностей. Все это осмыслить, превратить в систему ценностных ориентаций можно лишь с помощью стройного понятийного ряда прежде всего правовых категорий, правовой идеологии. Иной вопрос, что теория этического сознания никогда не останется безучастной к праву. Ее разработки всегда будут востребованы в юриспруденции, как, впрочем, и этическая теория не может обойтись без юридического учения о праве. На этом строится взаимосвязь правоведения и этики, их взаимовлияние и взаимодополнительность. Это является методологической и теоретической основой взаимодействия и взаимодополнительности права и морали.

¹ О свойствах (признаках) естественно-позитивного права см.: Шафиров В.М. Понятие права в человеческом измерении. Теория государства и права: Сб. статей / Отв. ред. В.Д. Ардашкин. Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 2001. С. 46-48.

НАУЧНОЕ ИЗДАНИЕ

**Владимир Моисеевич
ШАФИРОВ**

**ЕСТЕСТВЕННО-ПОЗИТИВНОЕ ПРАВО
Введение в теорию**

МОНОГРАФИЯ

Редактор *Т.М. Пыжик*
Корректор *Н.Ф. Ткачук*
Худ. редактор *Г.В. Соколова*
Верстка *В.С. Додунов*

Подписано в печать 20.04.04 г. Формат 60х84/16. Бумага типографская.
Печать офсетная. Усл. печ. л. 15,1. Уч.-изд. л. 12,8. Тираж 500 экз.

Издательский центр Красноярского государственного университета.
660041, Красноярск, пр. Свободный, 79

заказ 1076

Отпечатано в типографии «Экспресс-Офсет»
660062, Красноярск, ул. Крупская, д. 42, оф. 07
Лицензия на полиграфическую деятельность
№ 002485 от 16.02.2001 г.

Отпечатано в соответствии с качеством
предоставленных диапозитивов.

ЧЕЛОВЕК, ЕГО ПРАВА И СВОБОДЫ ЯВЛЯЮТСЯ ВЫСШЕЙ ЦЕННОСТЬЮ

