

АКАДЕМИЯ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ (ФИЛИАЛ)

И. Л. ЧЕСТНОВ

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Учебное пособие

Часть II

ТЕОРИЯ ПРАВА



Санкт-Петербург
2017

АКАДЕМИЯ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ (ФИЛИАЛ)

И. Л. ЧЕСТНОВ

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Учебное пособие

Часть II

ТЕОРИЯ ПРАВА

Санкт-Петербург
2017

УДК 34(075)
ББК 67.0я73
Ч51

Рецензенты

С. Б. ГЛУШАЧЕНКО, заведующий кафедрой государственного права Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена, доктор юридических наук, профессор.

А. Э. ЧЕРНОКОВ, заведующий кафедрой государственно-правовых дисциплин Санкт-Петербургского института внешнеэкономических связей, экономики и права, кандидат юридических наук, доцент.

Честнов, И. Л.

Теория государства и права : учебное пособие. Ч. 2. Теория права / И. Л. Честнов. – Санкт-Петербург : Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2017. – 116 с.

УДК 34(075)
ББК 67.0я73

В учебном пособии излагаются основные темы теории права на основе современного правопонимания; дается авторская трактовка права как социального явления, его роль и значение в современном обществе. Автором используется современная постклассическая методология при анализе правовых явлений и процессов.

Учебное пособие предназначено для студентов юридических вузов.

© Санкт-Петербургский
юридический институт
(филиал) Академии
Генеральной прокуратуры
Российской Федерации, 2017

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	4
Глава 1. ПОНЯТИЕ ПРАВА.....	—
1.1. Типы правопонимания.....	—
1.2. Признаки права.....	9
1.3. Источник права (механизм правообразования).....	15
1.4. Право в постклассическом измерении.....	20
Глава 2. ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА, ПРАВОСОЗНАНИЕ.....	22
2.1. Понятие, структура, функции, типология правовой культуры	—
2.2. Понятие правосознания (юридического мышления)	26
2.3. Структура и виды правосознания	29
2.4. Толкование (интерпретация) права	37
Глава 3. НОРМА ПРАВА	44
3.1. Понятие нормы права	—
3.2. Структура нормы права	49
3.3. Виды правовых норм	59
Глава 4. СИСТЕМА ПРАВА	62
4.1. Понятие системы права.....	—
4.2. Отрасли и институты права.....	64
4.3. Общности права.....	68
4.4. Правовая система.....	72
Глава 5. ФОРМЫ ВНЕШНЕГО ВЫРАЖЕНИЯ НОРМ ПРАВА	74
5.1. Понятие и виды форм внешнего выражения норм права.	—
Систематизация форм внешнего выражения норм права	—
5.2. Нормативный правовой акт	78
5.3. Судебный прецедент.....	80
5.4. Правовой обычай	82
5.5. Иные формы внешнего выражения норм права	84
Глава 6. РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВА. ПРАВООТНОШЕНИЕ.....	87
6.1. Понятие реализации права. Простые формы реализации права	—
6.2. Правоприменение	89
6.3. Понятие, структура и виды правоотношений	91
6.4. Правопорядок	99
6.5. Режим законности	100
6.6. Эффективность права	102
Глава 7. ПРАВОНАРУШЕНИЕ. ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ	106
7.1. Понятие, признаки и виды правонарушений	—
7.2. Понятие, основания, виды юридической ответственности	113

ВВЕДЕНИЕ

Теория права, прежде всего, выступает пропедевтикой юриспруденции – выполняет функцию введения в отраслевые и специальные юридические дисциплины. Вместе с тем она является теоретико-методологическим их основанием: обосновывает право (правовую реальность), формулирует общеюридические понятия, определяет критерии выделения отраслей права, а тем самым – предметы отраслевых юридических наук, адаптирует всеобщие и общенаучные методы научного исследования применительно к изучению права, определяет критерии оценки практики. В такой двойственности значения теории права – сложность ее изложения и преподавания: она должна быть понятна бывшему школьнику и одновременно отвечать на чрезвычайно непростые теоретические вопросы. Сложность состоит также в том, что сегодня нет и не может быть единственно верного ответа на общетеоретические вопросы. Отсюда неизбежность теоретического плюрализма.

Ниже излагаются основные темы теории права с позиций социологического постклассического правопонимания. Одновременно дается сопоставление социологического постклассического подхода к праву и правовым институтам с традиционным – позитивистским их изложением.

Глава 1. ПОНЯТИЕ ПРАВА

1.1. Типы правопонимания

Правопонимание – это теоретический уровень правосознания, на котором происходит осмысление того, что представляет собой право. От типа правопонимания зависит изложение всего остального материала теории права, трактовка всех правовых институтов. В этом состоит важность данного вопроса. Типы правопонимания – это основные теоретические подходы, направления в осмыслении права. Исторически сложились три основных типа правопонимания, которые сохраняют свое значение и сегодня, хотя им на смену постепенно приходит постклассическое правопонимание.

Классические типы правопонимания, отличающиеся отношением права и закона (законодательства), или формами внешнего выражения нормативности права, – это юснатурализм (теория естественного права), юридический позитивизм и социология права. Рассмотрим их основные характеристики.

Юснатурализм, или теория естественного права, имеет длинную историю. В античности теория естественного права отождествляла право с законом природы – гармонией отношений в космосе, полисе, в каждом индивиде. В средние века концепция естественного права органично вписывается в христианскую картину мира и теологическое представление о праве. В Новое время возникает классическая теория естественного права в трудах Г. Гроция, Т. Гоббса, Д. Локка и других мыслителей той эпохи. С Нового времени естественное право отождествляется с естественными, неотчуждаемыми правами человека. Эта теория ставит во главу угла человека и одновременно провозглашает формальное равенство каждого индивида, независимо от социального положения, вероисповедания, цвета кожи. При этом права человека провозглашаются как над- и до- позитивные принципы, которые законодатель обязан закреплять и охранять.

Новую версию эта теория приобретает в конце XIX–начале XX в. в связи с невозможностью сформулировать исчерпывающий и универсальный перечень прав человека или четко определить содержание моральных принципов. Усилиями В. С. Соловьева, П. И. Новгородцева, С. И. Гессена, Р. Штаммлера возникает теория «возрожденного естественного права» с «изменяющимся содержанием». Права человека или принципы морали определяются уровнем развития общества и вместе с ним изменяются. Тем самым происходит сближение теории естественного права с диалектико-социологическим правопониманием.

Во второй половине XX в., после крушения фашизма, теория естественного права востребуется практикой деятельности конституционного суда ФРГ при пересмотре фашистского законодательства. Основой для вынесения решений о признании некоторых законов неконституционными послужила «формула Радбруха» – известного теоретика права, сторонника естественно-правовой теории. Судья, согласно этой формуле, обладает правом отказываться от выполнения тех действующих законов, которые столь вопиюще несовместимы со справедливостью, что фактически полностью ее отрицают¹.

Сегодня теория естественного права развивается в направлении теории юридической аргументации «взвешивания интересов» и юридического дискурса Р. Алекси², принципов права Р. Двор-

¹ Радбрух Г. Философия права : пер. с нем. М., 2004.

² Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Лаптев, Ф. Кальшойер ; В. Бергманн, предисл., сост. ; Т. Яковлева, науч. ред. М., 2011.

кина, интегративной юриспруденции, выступая против юридического позитивизма, утверждая имманентную связь права и морали. Одним из наиболее известных сторонников современной теории естественного права является австралийский теоретик права и философ Дж. Финнис (1940 г.р.). Он выделяет следующие принципы естественного права: существует (i) некое множество фундаментальных практических принципов, указывающих на основные формы человеческого процветания как на блага, к которым нужно стремиться, чтобы претворить их в жизнь, и так или иначе применяемых каждым, кто обдумывает, что делать, сколь бы ошибочными ни оказались его выгоды; и (ii) некое множество фундаментальных методологических требований практической разумности, которые отличают логичное практическое мышление от несостоятельного и которые в совокупности предоставляют критерии различения между действиями, являющимися (всегда или в каких-то конкретных обстоятельствах) разумными с учетом всех релевантных соображений (а не только применительно к конкретной цели), и действиями, таковыми не являющимися, т. е. между морально ошибочными способами поведения, – и, таким образом, позволяют сформулировать (iii) некое множество общих моральных стандартов¹.

В общем и целом, главное расхождение между теорией естественного права и юридическим позитивизмом состоит в соотношении права и закона или связи позитивного права и морали. Сторонники теории естественного права утверждают, что существуют «надпозитивные» критерии права, поэтому право имманентно связано с моралью, в то время как представители юридического позитивизма такую связь отрицают, а правом полагают исключительно законодательство. Однако главной проблемой теории естественного права сегодня является невозможность содержательного определения морали как основного критерия оценки законодательства. В современном мультикультурном социуме представители разных субкультур являются приверженцами разных концепций морали, что проблематизирует возможность единства правопорядка.

Юридический позитивизм вытекает из философии позитивизма, господствующей с середины XIX по середину XX в. Позитивизм возникает как реакция на спекулятивную философию Гегеля. Познание должно основываться на фактах – внешних проявлениях действительности. Все остальное – метафизика, которой

¹ Финнис Дж. Естественное право и естественные права / пер. с англ. В. П. Гайдамака, А. В. Панихиной. М., 2012. С. 43.

не место в науке. Государство и право также необходимо изучать по их внешним проявлениям, которыми являются государственные органы, их функции и правовые нормы, сформулированные в статьях нормативных правовых актов и иных формах (источниках) права. Источником правовых норм является государство, считали первые позитивисты и определяли право как «приказ суверена, снабженный санкцией» (И. Бентам, Дж. Остин). Признаками права в таком случае являются: связь права и государства в деле нормотворчества (право проистекает из деятельности нормотворческих органов государственной власти), формальная определенность, обеспеченность государственным принуждением.

В конце XIX и особенно в начале XX в. под влиянием идей (или критики) либерализма позитивисты в основном отказались от огосударствления права. И тут им на помощь приходит логический позитивизм, активно разрабатывавшийся в 1920–1930 гг. в Вене, Берлине, Варшаве и Львове. Так формируется нормативизм, основное внимание уделяющий логическим формам, в которых выражены правовые нормы. Наиболее авторитетными представителями нормативизма являются Г. Кельзен и Г. Л. А. Харт.

Г. Кельзен, выдающийся австрийский юрист (1881–1973), попытался построить «чистую теорию права», т. е. теорию, основанную исключительно на логических формах права, не отягощенную политикой, моралью, эффективностью и другими метафизическими или социологическими чертами. Нормы не могут быть выведены из сущего, а дедуцируются только из должного, т. е. из других норм. Источником правовой системы выступает основная норма, выражающая исходную априорно принимаемую гипотезу, которая наделяет компетенцией органы государственной власти. Из нее вытекают конституция, законы, подзаконные акты, в том числе индивидуальные. Отсюда определение права как нормативного порядка общественных отношений, т. е. системы норм, с которыми люди должны согласовывать свое поведение. Аналогичным образом Г. Кельзен подходит и к определению государства с точки зрения должного. Единственным определением государства в этом смысле может быть только юридическое определение: государство – это централизованный правопорядок.

Г. Харт (1907–1992), наиболее известный английский юрист XX в., определял право как совокупность норм, обладающих обязательной силой. Но обязательная сила состоит не в государственном принуждении, а в признании права. Поэтому вершина права у Харта (аналог основной нормы Кельзена) – нормативное признание, легитимирующая всю правовую систему. Следует за-

метить, что Харт, в отличие от других позитивистов, более терпимо относился к естественному праву, считая его универсальными нормами человеческого общежития, обеспечивающими выживание вида. Но для него естественное право – это примитивное «доправо», заменяющееся позитивным правом по мере цивилизации человечества.

Юридический позитивизм не отрицает существование морали и возможность моральной оценки права, но отказывается признавать имманентную связь морали и права. Мораль и право для позитивистов существуют отдельно друг от друга и никак не связаны между собой. То же самое касается и социологического, и политического подхода в юриспруденции. Не отрицая возможности и плодотворности изучения социальной и политической обусловленности права и влияния права на общество и политику, они выводят социологию и политику права за рамки юриспруденции. Последняя ограничивается лишь существующими нормами, их классификацией, связями между ними, их применением.

Сегодня юридический позитивизм активно разрабатывается аналитической философией права – аналитической юриспруденцией. В ней утверждается, что фундаментальные проблемы права могут быть решены при помощи анализа соответствующего словоупотребления, благодаря применению новой методологии аналитической философии языка. Основными положениями аналитической философии права сегодня считаются: концептуальный анализ содержания права; конструирование концептуальных схем с соответствующей терминологией; рациональное обоснование существующих и предполагаемых правовых установлений.

Основным недостатком юридического позитивизма является отсутствие теоретических оснований для политики права, включающей оценку действующего законодательства. Вопрос о том, какое должно быть право, как сделать законодательство эффективным, соответствующим потребностям общества или принципам морали, по мнению сторонников юридического позитивизма, юриста интересовать не должен, так как он выходит за рамки предмета юриспруденции.

Социология права – третий тип правопонимания, возникший в конце XIX в. Основоположники этого направления полагали право социальным феноменом и акцентировали свое внимание на том, как общество влияет на право и, в свою очередь, какова эффективность права в его воздействии на общественные отношения. По мнению Е. Эрлиха (1864–1920), выдающегося австрийского социолога права, право существует прежде всего «в жизни» как обычаи, складывающиеся в человеческих «союзах», а во вто-

рую очередь – «в книгах», в законодательстве. Поэтому, с точки зрения юридической социологии, законы должны согласовываться с обычаями, иначе будут сложности с их исполнением.

Социологию права в классическом ее варианте можно подразделить на позитивистскую и диалектическую. Первая, в лице Е. Эрлиха, Н. М. Коркунова, С. А. Муромцева, К. Ллевеллина, Р. Паунда и др., относит к праву не только законодательство, но и правовые обычаи, а также реализацию права в правоотношениях и правосознании. Диалектическая же социология права, представленная Б. Пашуканисом, И. Разумовским, С. И. Аскназием, Л. И. Спиридоновым, акцентирует внимание на социальной обусловленности права историей, культурой. Этот подход из всех типов классического правопонимания представляется наиболее обоснованным. В то же время сам механизм взаимообусловленности права и общества оказался гораздо сложнее, чем представлялось этим авторам.

1.2. Признаки права

Признаки – это то, что отличает одно явление от другого. Следовательно, признаки права – это его отличительные характеристики, позволяющие идентифицировать данное социальное явление. Первым признаком права, в чем совпадают взгляды практически всех ученых, является его **нормативность**. Нормативность означает, что право представляет собой прежде всего совокупность социальных норм – правил поведения, регулирующих отношения между людьми¹, а также то, что право регулирует не единичные жизненные ситуации, но *распространенные, многократно повторяемые и положительно оцениваемые* действия и события.

Признак нормативности, несмотря на его важность, не выражает специфического свойства права, позволяющего отличать его от других социальных институтов – морали, религии и т. д. Большинство юристов и прошлого, и настоящего в качестве такового называют *принудительность* права. Сторонники этой точки зрения предполагают, что главным отличием правовых норм от, например, моральных является то, что за несоблюдение первых последует (может последовать) государственное принуждение, а

¹ Этим социальные нормы отличаются от технических норм, регулирующих отношения человека и техники. Право закрепляет такие технические правила только тогда, когда они реально или потенциально несут *социальное* значение, например когда несоблюдение некоторого технического правила может привести к социально значимым последствиям.

за неисполнение вторых – лишь меры нравственного осуждения. При этом получается, что само право создает государство (объявляя какие-то поступки запрещенными и подкрепляя эту «запрещенность» угрозой применения соответствующего наказания) по своему произволу (усмотрению). Действительно, любое поведение в принципе может быть объявлено запрещенным и караться со всей строгостью имеющихся в распоряжении государства принудительных средств.

Однако достаточно сомнительным представляется тезис о формировании права государством. Фактически государство (в современном смысле слова) – явление достаточно позднее. Сам термин государство (*State, der Staat, l'Etat*) появился не раньше XVI в.¹ Очевидно, что право существовало и до этого времени, когда организованное принуждение стало осуществляться суверенной властью.

С другой стороны, *любое* ли правовое (юридически значимое) поведение государство может объявить в качестве запрещенного? Талейран как-то сказал Наполеону замечательную по своей глубине фразу: «Штыками можно захватить власть, но вот сидеть на штыках очень неудобно». Поэтому управлять с помощью одного насилия более или менее длительное время невозможно. Неразумные, не отвечающие интересам населения правила поведения будут либо игнорироваться (это так называемые «мертворожденные» законы), либо население будет искать «обходные» пути и формировать альтернативные нормы (например, обычаи).

Не выдерживает критики эта точка зрения и с позиции современности. В законодательстве любого государства всегда формируются не только запретительные и обязывающие нормы права, но и управомочивающие. Специфика последних (регулирующих, например, условия заключения гражданско-правовых договоров) как раз состоит в том, что они предполагают волеизъявление субъектов, т. е. отрицают всякую возможность принуждения. Например, можно пойти в магазин и заключить договор купли-продажи, а можно и не ходить. При этом за воздержание от покупки никто не наказывает. «Отказаться» же от наказания за совершенное правонарушение, как и от выполнения возложенной обязанности, не может никто.

Одновременно можно указать на существование сегодня обычного права (которое, например, допускает Гражданский кодекс), канонического права в мусульманских странах, междуна-

¹ Ильин М. В. Слова и смыслы. Опыт описания ключевых политических понятий. М., 1997. С. 187–202.

родного права, которые не имеют корреляции с государственным принуждением.

Придерживаясь диалектико-социологической доктрины, разработанной Л. И. Спиридоновым, в качестве специфического признака права определим его *общеобязательность*. При этом общеобязательность состоит не в принудительности правовых норм, а в том, что они «объективно способствуют функционированию социального целого»¹. Определяя одинаковый для всех масштаб поведения участников общественной жизни, они обеспечивают взаимодействие их как элементов единой социальной системы и закрепляют связи множества социальных индивидов в общество. Правовые нормы содержат условия, при которых индивид в состоянии удовлетворять свои потребности, лишь удовлетворив потребности другого. «Массовое несоблюдение этих условий может привести к разрушению баланса обменных связей – той основы, на которой держится современная социальная система, и поэтому нормы, их закрепляющие, общеобязательны»².

Таким образом, общеобязательность правовых норм состоит в их наибольшей социальной важности, функциональной значимости с точки зрения обеспечения целостности социума. Такая формулировка – в общем и целом, безусловно, верная – нуждается в конкретизации, так как влечет ряд вопросов, требующих пояснения. Главная из возникающих проблем состоит в том, как определить целостность общества и выявить именно те нормы, которые ее обеспечивают (или те, которые такому требованию не отвечают). Сделать это чрезвычайно сложно, если вообще возможно, так как до сих пор остается не решенной проблема эффективности норм права. Суть ее состоит в том, что на конечный результат (состояние общества, при котором общество может быть квалифицировано как целостное) влияет такое количество факторов (и социальных, и биологических, и физических, например природные катаклизмы или солнечная активность), что просчитать их невозможно. В принципе, любое природное (и тем более социальное) явление находится в корреляционной связи с этим конечным результатом и оказывает воздействие на него. Тем более трудно выявить правовую составляющую из этого детерминирующего процесса.

¹ Спиридонов Л. И. Теория государства и права : курс лекций. СПб., 1995. С. 150.

² Там же.

Право действует вместе с другими социальными и природными явлениями (например, с экономикой, политикой и т. п.). Одновременно право воздействует на общество в качестве системного целого, одни нормы права дополняют другие (например, материальные нормы права обеспечиваются процессуальными). Поэтому выделить результативность отдельной нормы права, а следовательно, доказать, что именно она обеспечивает целостность социума, невозможно.

Рассматриваемая проблема усугубляется тем, что любой социальный институт полифункционален, т. е. может выполнять разные функции. Поэтому в различных исторических ситуациях одна и та же правовая норма может по-разному интерпретироваться, применяться и приводить к разным результатам. В самом деле, что эффективнее – однопалатный парламент, двухпалатный или, может быть, какой-нибудь «трехпалатный»? Априори ответить на этот вопрос невозможно.

Где же выход из создавшейся ситуации? Как определить те социальные нормы, которые действительно являются правовыми, т. е. обеспечивают целостность общества? Любое эмпирическое подтверждение эффективности определенной нормы права, например, что в большинстве стран мира используемая сегодня норма права (допустим, закрепляющая разделение властей) соответствует массовым ожиданиям (поддерживается общественным мнением), не страхует нас от ошибок. С изменением историко-социальной ситуации разделение властей может оказаться анахронизмом, а о манипуляции и переменчивости общественного мнения сегодня известно всем и каждому.

Остается уповать на подтверждение нашего выбора той или иной нормы права историей. Только с позиции сегодняшнего дня мы можем с большей или меньшей степенью уверенности сказать, какие нормы права отсутствовали, например, в Древнем Египте, что привело к упадку этой цивилизации (хотя любой ответ будет вероятностным, как и всякое эмпирическое исследование), а с позиции завтрашнего дня рассуждать о современном законодательстве России. Парадокс состоит в том, что история, как и эмпирическое исследование, не может быть надежным критерием определения оптимума. Во-первых, история зависит от множества случайных обстоятельств, которые не позволяют рационально объяснять прошлое. Во-вторых, только с позиции внешнего наблюдателя в отношении заверщенного исторического процесса возможно суждение, отвечающее классическим канонам научности. Но такого внешнего наблюдателя как раз и не может

быть; да и сам исторический процесс («мировая история»), слава Богу, еще не завершился.

Одновременно необходимо отметить, что нормы права всегда действуют в системе. Поэтому признак общеобязательности характерен для права (системы права) в целом, в отношении же отдельной нормы права этого сказать нельзя. Поэтому приходится довольствоваться «малым», признавая принципиальную возможность погрешимости наших доводов. Во-первых, таким критерием является существование социума: пока общество (та или иная цивилизация) сохраняется, оно воспроизводит нормы, обеспечивающие его самосохранение. Это доказательство «от противного». Когда цивилизация гибнет – это показатель отсутствия общеобязательных норм права. Все иные социальные нормы (моральные, религиозные и т. д.) сами по себе обеспечить воспроизводство социума на более или менее длительном промежутке времени не в состоянии: они лишь способствуют выполнению правом его «генеральной функции». Если же какая-либо социальная норма, например заповедь «не убий!», формулируется как религиозная, но объективно является конститутивной, функционально необходимой для общества, то тем самым она неизбежно превращается в правовую (независимо от того, где и как она сформулирована)¹.

Во-вторых, косвенным подтверждением критерия общеобязательности норм права выступает их более или менее длительная стабильность (сохранение), в том числе в форме архетипов коллективного бессознательного, запечатленных в мифах, легендах, сказках данной культуры (цивилизации) и проявляющихся в стереотипах массового поведения, их распространенность, многократное использование и положительная оценка.

Третьим признаком права является его **формальная определенность**. Более подробно он будет рассмотрен ниже. Сейчас же заметим, что любой социальный феномен должен быть внешне

¹ «Конститутивные нормы определяют способ существования данной сущности; они должны быть соблюдены в случае ее конкретного воплощения (построения или реализации). Некоторые из них диктуются, так сказать, природой. Их можно назвать *естественными законами*, поскольку ни один физический объект (включая живых существ) не может существовать, не *подчиняясь* такого рода законам», – пишет известный итальянский философ Э. Агацци (Агацци Э. Моральное измерение науки и техники. М., 1998. С. 116–117). Приблизительно так же формулирует «моральный закон» немецкий философ В. Хесле: это такие нормы, следование которым обеспечивает сохранение человека и природы для будущего человечества (Hoesle V. Die Kriseder Gegenwart und die Verantwortung der Philosophie. Muenchen, 1994. S. 258).

выражен в какой-либо форме, ибо существование внутреннего содержания невозможно вне внешней формы его проявления¹. Точно так же назначение (сущность) права должно получить внешнюю форму своего выражения. Формами выражения права являются нормативно-правовые акты, судебные и административные прецеденты (судебно-административная практика), правовые обычаи, нормативные договоры, правосознание и др. Указанные формы внешнего выражения нормативности права (которые в позитивистской теории права именуются источниками права) пересекаются с правом – своим содержанием, так как не все принимаемые в государстве законы, не все обычаи и т. д. объективно служат целостности социума. Одновременно существуют формы реализации права.

Четвертый признак права – его *принудительность* на стадии правоприменения. Отчасти проблема принудительности в праве была рассмотрена выше. Сейчас же заметим, что речь идет не о государственном принуждении, а о принуждении как таковом, которое может быть реализовано разными субъектами и протекать в разных формах. Дело в том, что в мусульманских странах, например, принуждение осуществляется зачастую представителем религиозной общины, самоуправляющаяся деятельность которой признается государством. Сам статус шариатских судов заставляет усомниться, что там существует именно государственное принуждение в западной правовой системе применяется исключительно при наличии правонарушения. Поэтому реализация управомочивающих и обязывающих норм права предполагает принуждение лишь потенциально, в качестве возможности при совершении правонарушения². Таким образом, принудительность права не обязательно является государственным принуждением³

¹ Форма – органически посредник содержания, – утверждает известный венгерский теоретик права Ч. Варга, – «без которой последнее едва ли может быть чем-то большим, чем мертвой абстракцией, подверженной риску превращаться во что-то иное. <...> Придание особой **правовой формы** является *априорным* нормативом регулирования...». (Варга Ч. Загадка права и правового мышления : пер. с англ. и венг. / сост. и науч. ред. М. В. Антонова. СПб., 2015. С. 232–233).

² В этой связи интересны рассуждения о физическом и психическом принуждении в праве А. В. Полякова (Поляков А. В. Общая теория права : курс лекций. СПб., 2001. С. 195 – 203).

³ Знаменитый немецкий социолог М. Вебер определял государство как организацию легитимного принуждения (Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 535–537). Заметим, что мусульманская община, осуществляющая легитимное принуждение, государством в западном смысле слова не является.

и имеет место только при наличии правонарушения в процессе правоприменения¹.

Исходя из вышеизложенного, можно сформулировать определение права. ***Право – это совокупность общеобязательных (обеспечивающих целостность общества) норм, выраженных в соответствующих формах, которые обеспечиваются принуждением в процессе правоприменения, основанием которого является правонарушение.***

1.3. Источник права (механизм правообразования)

Если право рассматривать не с догматической точки зрения, а представлять его в качестве механизма (как традиционного, так и инновационного) воспроизводства наиболее важных, с позиции объективной функциональности, правил поведения, то источник права следует понимать несколько более расширительно, нежели следуя узкодогматическому (формально-юридическому) смыслу этого слова. Несомненно, способ (механизм) внешнего выражения права – важный институт права, а соответствующая теория – значимая тема теории права, относящаяся к юридической технике. Однако в таком случае нет ответа на принципиально важный для современной юриспруденции вопрос: любая ли форма права может быть названа правом, например, соответствует какой-либо закон правам человека, является он эффективным или соответствует критерию взаимной обязанности субъектов. Более широкий – социологический – подход, основанный на диалогической онтологии (и методологии), позволяет, как представляется, дать ответ на этот непростой вопрос и ввести механизм объективации права в более широкие рамки.

Источник права, исходя из словарного значения этого выражения, – это то, откуда право проистекает. Очевидно, что право вытекает не из нормативно-правовых актов и даже не из обычаев, так как в них оно (право) внешне выражается (в них оно «попадает» из иных источников). В самом широком смысле источником права является состояние общества, предшествующее его сегодняшнему состоянию. Конкретнее – это состояние политики (в том числе внешней), экономики, культуры, социальная, демогра-

¹ Забегая вперед, заметим, что правоприменение не обязательно связано с правонарушением и не всегда несет в себе принудительный (физическое принуждение – по терминологии А. В. Полякова) момент. Это имеет место только тогда, когда применяется санкция нормы права, а не диспозиция, когда, например, регистрируется юридическое лицо, выдается лицензия на занятие частной охранной деятельностью и т. д.

фическая ситуация в обществе, порождающие потребность в новом законодательстве. Например, изменения в экономике требуют новации в гражданском законодательстве, а неблагоприятно складывающаяся демографическая ситуация предполагает изменения в семейном, трудовом праве, законодательстве, относящемся к социальному обеспечению. Однако внешние факторы – экономика, демография и т. д. – влияют на правовую систему не прямо, непосредственно, а опосредованно.

С точки зрения постклассической теории *источник права – это селективная функция правовой культуры*. Существование этой функции обусловлено свободной волей, которая и есть отбор (селекция, выбор), и, следовательно, многообразием возможностей поведения как отдельного человека, так и человечества в целом, из которых должен быть выбран только один вариант. При этом все внешние факторы относятся к условиям отбора (селекции), но не порождают его: экономика, политика, демография, этнические отношения и т. п. не оказывают непосредственного (порождающего) воздействия как на поведение, так и на выбор какого-либо направления деятельности, но, интериоризируясь в правовую культуру, оказывают опосредующее влияние на этот процесс. Поскольку до сих пор не прояснен до конца сам механизм интериоризации, следует прийти к выводу: заранее невозможно предсказать, какой именно вариант юридически значимого поведения будет отобран правовой культурой данного народа. Это связано с тем, что все факторы влияют (коррелируют) на результат выбора, и рационально просчитать, какой из них оказывает большее (определяющее) воздействие по сравнению с остальными, практически невозможно¹.

Прояснить эту проблему, как представляется, в состоянии диалогическая онтология общества (и права). Диалогическая природа общества, любого социального (и правового) института заключается в том, что таковые – это постоянное взаимодействие, взаимообусловленность противоположных моментов некоего со-

¹ На первый взгляд может показаться, что «конечный» выбор юридически значимого поведения производит какой-либо харизматический лидер, например абсолютный монарх в условиях деспотического режима. Однако, как справедливо заметил Н. Элиас, структура общества «не есть творение отдельных индивидов; ведь каждый отдельный человек, даже самый могущественный, даже вождь племени, абсолютный монарх или диктатор – это лишь его часть, выразитель функции, которая формируется и существует исключительно в связи с другими функциями... Этот порядок также не обязан своим возникновением простому суммированию волевых актов, коллективному решению *многих* отдельных людей» (Элиас Н. Общество индивидов. М., 2001. С. 30).

циального образования, основанные на взаимном признании субъектов (осуществляющих взаимосотнесенность друг с другом). При этом диалог – это и внутреннее, ментальное отнесение себя к абстрактному Другому (к типизированным действиям Любого в определенной ситуации), и фактическое взаимодействие (например, в правоотношении).

С этой точки зрения право представляет собой единство (и различие), т. е. диалог уникального (конкретного, фактического взаимодействия – правоотношения, в котором существует субъективное право) и типичного, повторяющегося (объективной нормы права). Проблему соединения (и разъединения) «экспрессии» (А. Н. Уайтхед) отдельной личности и социального института, бытие которого объективно, так как проявляется в типизированных взаимодействиях (и приобретает вследствие этого представление «естественности»), можно назвать «основным вопросом социальной философии» и, соответственно, «основным вопросом философии права», если речь идет о правовых, юридически значимых взаимодействиях. Ее решение с диалогической точки зрения состоит в том, что социальный (правовой) институт – это определенные связи между социальными (правовыми) статусами, которые реализуются в конкретных взаимодействиях персонифицированных субъектов – людей. Институт как потенциальный набор возможного поведения существует только в реальном, фактическом поведении (хотя в каждом данном взаимодействии он реализуется не полностью).

Именно эта взаимообусловленность уникального и типичного позволяет прояснить проблему как объективности права, так и его изменчивости, вносимой «субъективным фактором». *Внесение изменения в существующий правопорядок и есть источник права как механизм его воспроизводства* (в данном случае – инновационный). Этот процесс, условно говоря, включает две стадии. На первой стадии правящая элита (или референтная группа, представленная социально значимыми другими, если речь идет о формировании нового правового обычая) в соответствии с процессуальным законодательством разрабатывает и принимает новый нормативно-правовой (например) акт. Однако принятие закона еще не гарантирует его превращение в действующее право, его вхождение в реальный правопорядок. Для этого требуется *легитимация, т. е. признание этого нововведения широкими народными массами* – содержание второй стадии. Именно за народом остается окончательное слово в вопросе о том, будет ли отобрана историей соответствующая правовая инновация.

Критерий легитимности вследствие амбивалентности всех социальных явлений не может быть задан каким-либо однозначным показателем. С одной стороны, следует отличать легитимность «в конечном счете», которая выражается в воспроизводстве данного института более или менее длительный промежуток времени, т. е. проявляется в историческом показателе. Именно устойчивость, длительность функционирования – наиболее четкий критерий признания (не только на ментальном, но и на поведенческом уровне) соответствующего института. Однако об этом мы можем судить лишь «задним числом». С другой стороны, легитимность – это состояние правосознания и правопорядка, в которых получают признание существующие сегодня и сейчас правовые институты. Однако выявить такую «тактическую» легитимность очень сложно. Это можно сделать только по некоторым косвенным признакам: распространенность соответствующего правила поведения, его достаточно широкая применимость (использование в практической жизнедеятельности), положительная оценка в правосознании и т. п. При этом легитимным следует считать такой институт, против которого нет открытой массовой оппозиции: если большинство населения в опросах не доверяют, например, парламенту, это еще не означает, что парламент как институт не является легитимным (дело в том, что в обыденном массовом сознании всегда происходит подмена института его представителями). Парламент же можно считать нелегитимным только в том случае, если большинство населения страны выступает за ликвидацию его как института, его замену на какой-либо другой орган представительной власти¹.

В этой связи возникает серьезнейшая проблема: существуют ли сегодня легитимные правовые институты (как в нашей стране, так и вообще в мире)? Шире: существует ли механизм легитимации права как элемент источника права? Если да – то по каким критериям ее измерять? Сегодня достаточно утопичным выглядит просветительский проект рационального выдвижения и обсуждения с точки зрения притязания на значимость политико-правового курса, вырабатываемого политически ак-

¹ При этом у населения должна быть реальная возможность выбирать соответствующий правопорядок, институт власти. В современных же условиях нашей страны, например, население не может продемонстрировать отказ в доверии (нелегитимность), допустим, существующей форме правления, так как конституционно изменить ее (на сегодняшний день, по крайней мере) просто невозможно.

тивной частью населения – *Oeffentlichkeit*¹. В силу все большей дифференциации знаний происходит рост некомпетентности населения по отдельным проблемам. Поэтому у подавляющего большинства населения нет каких-либо эксплицитно выраженных политико-правовых интересов, представлений о желаемом устройстве общества, о необходимых реформах и т. п. «Общественное мнение... на самом деле является не чем иным, как продуктом масс-медиа»². Более того, свобода современного демократического общества «во многом иллюзорная, так как выбор, который осуществляют избиратели, трудно назвать свободным. Ведь он уже задан наперед, ибо разница между двумя или более кандидатами, претендующими на власть, чаще всего совершенно неуловима»³. Поэтому в условиях манипуляции общественным мнением обеспечить краткосрочное признание можно практически любому институту, тем более что его функциональность проявляется не сразу. Этому же способствует утрата четких критериев идентичности в современном мультикультурном социуме⁴.

Вышеизложенные сомнения в «тактических» критериях легитимности – критериях селективной функции правовой культуры – заставляют искать таковые в несколько иной плоскости. Большие сомнения вызывают такие феномены, как всеобщее благо, всеобщая воля и т. п., реальное существование которых (их иногда называют мифологемами – П. Слотердайк⁵) весьма проблематично. Более реальным показателем можно считать минимальную функциональность соответствующего института, проявляющаяся в длительности его исторического существования.

Подводя итог, можно сделать вывод, что рассмотренное представление об источнике права включает как внесение правовой инновации, так и ее легитимацию. Промежуточным моментом здесь выступает объективация этой инновации в соответствующей форме права. Изложенная теория предъявляет дополнительные требования к механизму объективации права и демонстрирует критерии, которым должна отвечать соответствующая форма права. Главным из них является легитимность (предполагаемая в соответствии с принципом опережающего отражения) соответствующей инновации.

¹ Именно так пытается спасти «незавершенный проект модерна» Ю. Хабермас (Habermas J. Strukturwandel der Oeffentlichkeit. Neuwied, 1962).

² Марков Б. В. Знаки бытия. СПб., 2001. С. 456.

³ Там же.

⁴ «О чуждости человека в собственном доме» вследствие потери критериев идентичности см.: Kristeva J. Strangers to Our selves. N.Y., 1991.

⁵ Слотердайк П. Критика цинического разума. Екатеринбург, 2001.

1.4. Право в постклассическом измерении

Постклассическое правопонимание значительно отличается от традиционной точки зрения на то, что такое право¹. Для классического правопонимания характерны односторонность² и статичность. Постклассический подход акцентирует внимание на множественности модусов бытия права, его исторической и социокультурной обусловленности, динамической процессуальности. Так, право не может быть сведено только к совокупности норм права (или форм его внешнего выражения) или к правам человека, правосознанию, правоотношениям. С точки зрения постклассического подхода право – это не статичная данность, а постоянно совершае-

¹ Следует оговориться, что постклассическое правопонимание сегодня существует с классическим. Прав А. В. Поляков, утверждающий, что «различие между классической теорией права и теорией права постклассической не стоит ни преувеличивать (тем более абсолютизировать), ни преуменьшать. Переход к постклассическому правоведению, по нашему мнению, не означает полного разрушения основ классической теории, включая ее составную часть – юридическую догматику. <...> Постклассическое правоведение, как и классическое естественно-правовое, проблематизирует само понятие права, саму возможность его беспроblemного нахождения в текстуальном пространстве “позитивного”» (Поляков А. В. Коммуникативные стратегии современной теории права // Поляков А. В. Коммуникативное правопонимание. Избранные труды. СПб., 2014. С. 136–137). По мнению В. С. Степина, возникновение «каждого нового типа рациональности не приводит к исчезновению предшествующих типов, а лишь ограничивает сферу их действия. При решении ряда задач неклассический и постнеклассический подходы могут быть избыточными и можно ограничиться классическими нормативами исследования. Научная рациональность на современной стадии развития науки представляет собой гетерогенный комплекс со сложными взаимодействиями между разными историческими типами рациональности» (Степин В. С. Научная рациональность в техногенной культуре: типы и историческая эволюция // Рациональность и ее границы : междунар. науч. конф. в рамках заседания Междунар. ин-та философии в Москве (15–18 сентября 2011 г.) : материалы / отв. ред. А. А. Гусейнов, В. А. Лекторский ; Рос. акад. наук, Ин-т философии. М., 2012. С. 18).

² По мнению А. В. Полякова, именно односторонность классических типов правопонимания – главный их недостаток: «...каждый из этих вариантов правопонимания (нормативистский этатизм, юснатурализм, психологизм или социологизм) имели дело с важными, но односторонними интерпретациями права. Ни одну из них нельзя игнорировать, но нельзя и абсолютизировать. Однако именно абсолютизация одной из сторон права служит «визитной карточкой» “вчерашнего” правопонимания» (Поляков А. В. Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Поляков А. В. Коммуникативное правопонимание. С. 73).

мый процесс, деятельность людей по конструированию норм права и их воспроизводству юридически значимыми практиками¹.

Нормы права конструируются людьми. Процесс правообразования представляет собой придание властью (в широком смысле слова включающей и референтные группы) юридического значения (соответствующей формы права) некоторым социальным явлениям и процессам. Собственно, правовыми являются политические, экономические, демографические и другие социальные отношения (проявляющиеся как взаимодействия), которым придано юридическое значение. В этом смысле нет «чистых» правовых явлений, которые бы существовали вне культуры, психики, политики, экономики и т. д.² В определенном смысле право – это форма, один из аспектов «неправовых» социальных явлений и процессов. В этом проявляется контекстуальность права.

В то же время право это не только образцы поведения, обладающего функциональной значимостью, но постоянный процесс восприятия или осмысления людьми этих образцов поведения и их воспроизводство в поведенческих практиках. Постклассическая теория права как раз акцентирует внимание на функционировании права³.

¹ Об этом хорошо пишет Ч. Варга: «Что касается фундаментальной природы права, оно является многофакторным феноменом. <...> Определяя фундаментальную природу права, мы должны помнить, что (1) право нельзя рассматривать как нечто статичное и материальное, неизменно самотождественное. Оно скорее представляет собой изменяющуюся и динамичную идею, выражающую процесс общественной практики. Следовательно, (2) не стоит думать о праве как о некоем едином организме, так как оно состоит из различных действий, которые поддерживают или ослабляют или даже нейтрализуют (уничтожают) друг друга ввиду их параллельной или противоположной направленности. <...> Наконец, (4) так как право является непрерывным процессом, мы не можем помыслить его в его целостности (то есть помыслить “право вообще”) как единоеобразное, завершенное и неизменно самотождественное» (Варга Ч. Указ. соч. С. 36–37).

² Впрочем, это же касается любого социального явления – все они «переплетены» друг с другом и не существуют обособленно. Лишь теоретическое абстрагирование позволяет говорить об их относительной автономности.

³ О постклассической теории права и соответствующем типе правопонимания подробнее см.: Постклассическая онтология права : монография / под ред. И. Л. Честнова. СПб., 2016 ; Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012.

Глава 2. ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА, ПРАВОСОЗНАНИЕ

Право, как и любое социальное явление, существует только если оно представлено в знаковой форме. Если люди о чем-то не знают, то этого «чего-то» в социальном мире не существует, хотя на самом деле оно, может быть, и есть (какая-нибудь «микромикрочастица» или пока не изобретенный способ связи, перемещения в пространстве и времени и т. д.). Только получив наименование, значение и смысл, предмет (вещь) или социальное явление приобретает статус существующего, и только тогда с ним можно иметь дело (оперировать, манипулировать им и т. д.). В этом и состоит значение правосознания, или правового мышления (ментальных, психических процессов) — с их помощью конструируется и воспроизводится правовая реальность. Ментальные, психические процессы выступают «субъективной стороной» каждого действия, явления или события в юридической сфере. Они и образуют правовую культуру и правосознание.

2.1. Понятие, структура, функции, типология правовой культуры

Понятие правовой культуры не может принципиально отличаться от своего родового понятия — культуры как таковой. По поводу того, что же такое культура, существует множество точек зрения. Одни считают, что культура — это некоторое качество, отличающее, например, «культурное» поведение от «некультурного». Однако такой подход чреват расизмом, подразделяющим народы мира на культурные и те, которые таким качеством якобы не обладают. Современная антропология утверждает, что «некультурных» народов не существует, несмотря на различный уровень их, например, экономического развития. Сторонники другого подхода пытаются отыскать сферу культуры среди других подсистем общества, сводя ее преимущественно к науке, литературе, искусству. Однако культура представлена отнюдь не только перечисленными видами деятельности; к сфере культуры относятся ценности, нормы, идеи, знаки, символы, все ментальные явления. Поэтому объем культуры в некотором смысле совпадает с обществом (культура одномасштабна обществу, утверждает Л. И. Спиридонов).

Наиболее предпочтительным представляется третий подход, который условно может быть назван антропологическим. Суть его заключается в том, что культура — это специфически человеческий способ жизнедеятельности, проявляющийся прежде всего

в знаково-символических формах¹. Другими словами, культура – это сугубо человеческий мир, то, что является «человеческим» в мире. То есть специфика социальности (социального бытия) проявляется именно в культуре, знаково-символических формах, опосредующих и определяющих специфику человеческих взаимодействий. Действительно, социальным является только то, что приобретает смысл (индивидуальный) и значение (межличностное) социального («человеческого»). В таком смысле правовая культура – это знаково-дискурсивный механизм воспроизводства правовой реальности, включающий конструирование правовых норм, институтов права и их реализацию в правовом порядке².

Предложенный подход, очевидно, нуждается в конкретизации, которая может быть осуществлена через раскрытие структуры и функций правовой культуры. *Структуру* правовой культуры можно представить, во-первых, через раскрытие механизма правового семиозиса – юридического означивания некоторых социальных явлений. Этот механизм включает субъектов – людей, участвующих в правовой коммуникации. Они выполняют функции отправителя юридически значимого сообщения и получателя. Кроме субъектов составной частью процесса правового семиозиса является само сообщение – юридически значимая информация. Далее – код, с помощью которого происходит предполагаемый адресантом «перевод» информации в сознании адресата³,

¹ «Культура, – пишет Ю.М. Лотман, – есть устройство, вырабатывающее информацию. Подобно тому как биосфера с помощью солнечной энергии перерабатывает неживое в живое (Вернадский), культура, опираясь на ресурсы окружающего мира, превращает не-информацию в информацию» (Лотман Ю. М. Статьи по семиотике и топологии культуры. Таллин, 1992. Т. 1. С. 9). Одновременно культура, с его точки зрения, – это процесс мышления, включающий: 1) хранение и передачу информации (механизм коммуникации и памяти), обладание языком и способностью образовывать правильные сообщения; 2) осуществление алгоритмизированных операций по правильному преобразованию этих сообщений; 3) образование новых сообщений (Там же. С. 34). Самоописание – условие существования социальности, утверждал немецкий социолог Н. Луман (Луман Н. Самоописание. М., 2009). При этом самоописание всегда предполагает изменение системы (Лотман Ю. М. Культура и взрыв. М., 1992. С. 267).

² Такая интерпретация правовой культуры гораздо перспективнее, нежели традиционный подход, отождествляющий правовую культуру с знаниями о праве, правомерном поведении и позитивном восприятии (отношении, оценке) права. Важно не то, насколько осведомлены о законах японцы или немцы, но то, как и почему они по-разному представляют право и реагируют на юридически значимые ситуации.

³ Совпадение кодов передающего и принимающего сообщение – достаточно редкий случай, особенно если речь идет о сложных сообщениях.

формирование смысла, приписываемого сообщению. Всегда семиозис включает предзнание («коммуникативную компетентность») субъектов, совместно разделяемое знание (пресуппозицию), контекст, в котором происходит обмен информацией, часто обратное сообщение, реакцию адресата на принятое сообщение.

Во-вторых, структуру правовой культуры можно представить в виде взаимосвязи ее носителей – отдельной личности, малой группы и больших сообществ. Одновременно структурным элементом в таком случае допустимо считать правовые идентичности (личностные, групповые, коллективные или общественные), содержание которых образует характеристику правовой культуры. Структуру правовой культуры можно рассматривать также через правовые значения, социальные представления о праве и смыслы, воспроизводимые дискурсивными практиками.

В-третьих, с семиотической точки зрения структуру правовой культуры образуют тексты (понимаемые предельно широко как суммы знаков, с помощью которых происходит восприятие внешнего мира), в которых выражаются правовые нормы, ценности, институты, юридически значимые ситуации, и их «прочтение» – восприятие, понимание и объяснение субъектами правовой коммуникации.

Функции правовой культуры обеспечивают процесс воспроизводства правовой реальности. Таковыми являются: знаковое выражение (оформление), сопровождающее *экстернализацию* – совершение юридически значимых действий (шире – активность, в том числе мыслительную); *объективация* – фиксация активности человека в определенных знаково-символических формах, результатах поведения человека, поддающихся интерпретации (например, ущерб от правонарушения, заявление в орган государственной власти, законопроект, новый правовой институт и т. д.); *трансляция* объективированных результатов активности человека адресату. Правовая культура, как уже упоминалось применительно к вопросу об источнике права, производит знаковое опосредование механизма *селекции*, т. е. выбора из нескольких инновационных вариантов юридически значимой активности человека (проектов законов, обычаев, теорий) какого-то одного, и *легитимации* отобранного варианта поведения благодаря механизму подражания и диффузии широкими народными массами. По сути, правовая культура может быть сведена к механизму *интернализации* (или интериоризации, по терминологии выдающегося советского психолога Л. С. Выгодского), т. е. отображения всех предыдущих функций в правосознании, благодаря чему осуществляется правовая социализация.

Таким образом, *правовая культура – это механизм постоянного воспроизводства правовой реальности с помощью обозначенных выше функций.*

Правовые культуры можно *типологизировать* (классифицировать) по разным основаниям. Одним из подходов к типологии правовых культур является исторический, когда за основу берется периодизация истории права. Отличия исторических эпох обусловлены, в том числе, спецификой их культур, что неизбежно проявляется в правовых культурах. Так, для античности был свойственен космизм – целостный взгляд на мир. Он трансформируется в господствующую теорию естественного права, трактуемого как право природы (космоса, мировой гармонии). Средневековый принцип мышления отличается дедуктивным, выводным знанием. Отсюда выводится теория естественного права как эманация вечного, Божественного закона, преломляющегося в догматике и схоластике мышления средневековых юристов – глоссаторов. Эпистема Нового времени – индуктивная. Она обуславливает атомизм естественного права и договорную теорию государства. Мировоззрение новейшего времени представлено в правовой культуре как господство юридического позитивизма, а постиндустриального общества – в постклассической концепции права.

Другой подход к типологии правовых культур основан на различии культур современности. Очевидно, что, несмотря на процессы глобализации, современный мир не стал единым целым. Народы, проживающие в разных регионах Земли, значительно отличаются тем, как ими воспринимаются мир, человек, право, государство. Более того, сегодня происходит процесс мультикультуризации внутри большинства обществ. На наших глазах возникают новые идентичности, глобальное переселение народов размывает ранее единую культуру западных стран. Такая множественность культур, их претензии на особый правовой статус – серьезный вызов постсовременности.

Сложным, дискуссионным вопросом является соотношение универсального и локального в правовой культуре. Универсальность правовой культуры – это ее назначение быть механизмом воспроизводства правовой реальности. Однако так понимаемая универсальность не может не быть «чистой абстракцией», наполняемой конкретным содержанием, историческим и социокультурным контекстом. Эмпирически или фактически существуют конкретные, «локальные» правовые культуры; общее у них то, что все они, хотя и по-разному, осуществляют знаковое опосредование функционирования соответствующих правовых систем.

2.2. Понятие правосознания (юридического мышления)

Правосознание играет принципиально важную роль в правовой реальности. Будучи одним из аспектов правовой культуры, именно правосознание «сопровождает» все внешние формы проявления права и выступает психической, ментальной стороной процесса воспроизводства правовой реальности. «Правосознание, – справедливо отмечается в научной литературе, – (наряду с юридическими текстами – источниками права в формальном смысле – и правоотношениями) является одной из форм объективации, внешнего бытия права»¹.

В теории права правосознание традиционно трактуют как «один из видов общественного сознания, представляющий собой психическое отражение правовой действительности, т. е. совокупность идей, взглядов, суждений, представлений, требований, убеждений, мнений, оценок, эмоций, настроений, чувств и т. п. относительно субъективных прав и обязанностей, объективного права, а также опосредующих их социальных институтов (государства, правопорядка, юридически значимого поведения и т. п.)»². В связи с данным определением сразу же возникает несколько вопросов: почему речь идет именно об общественном правосознании, когда очевидно, что имеет место индивидуальное и групповое правосознание³; сегодня стало общепринятым в когнитивной науке, что сознание – это не просто «психическое отражение действительности», а активный процесс ее конструирования⁴; можно ли сводить правосознание только к «совокупности идей, взглядов, суждений, представлений, требований, убеждений, мнений, оценок, эмоций, настроений, чувств и т. п.»?

¹ Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б. Н. Топорнин. М., 2001. С. 819.

² Там же.

³ В этой связи предпочтительнее определение, которое содержится в Академическом курсе общей теории права: правосознание – одна из форм или областей человеческого сознания – правосознание и правовое воспитание (Общая теория государства и права. Академический курс / отв. ред. М. Н. Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007. Т. 2 : Право. С. 441).

⁴ Человеческое мышление, суть которого составляет категоризация, как утверждает Дж. Лакофф, не задано объективным положением дел в мире (не является «зеркалом природы»), а есть «продукт человеческого опыта и воображения – восприятия, двигательной активности и культуры, с одной стороны, и метафоры, метонимии и ментальной образности в целом, с другой» (Лакофф Дж. Женщины, огонь и опасные вещи: Что категории языка говорят нам о мышлении. М., 2004. С. 23). Это не отрицает объективность как таковую, но требует ее трансформации, переосмысления или замены интересубъективностью.

Чтобы разобраться с этими и другими вопросами, необходимо прежде прояснить, хотя бы в общих чертах, что такое сознание как таковое. Ю. М. Лотман полагал, что сознание человека (как индивидуальное, так и коллективное) – это «мыслящее устройство, которое должно включать в себя хотя бы две разноустроенных системы, которые обменивались бы выработанной внутри них информацией. <...> Таким образом, в рамках как индивидуального, так и коллективного сознания скрыты два типа генераторов текстов: один основан на механизме дискретности, другой континуален. Несмотря на то, что каждый из этих механизмов имманентен по своему устройству, между ними существует постоянный обмен текстами и сообщениями. Обмен этот совершается в форме семантического перевода»¹.

Не вдаваясь в дискуссию по поводу природы сознания² (например, психофизической проблемы), можно констатировать, что сознание – это процесс восприятия информации (знаков) и оперирования его, благодаря чему происходит конструирование и воспроизводство социальной (и правовой) реальности: осмысление мира, себя в мире, своих действий, которые всегда ориентированы на поведение и оценку социально значимого другого, приспособление и преобразование мира и одновременно себя и т. д. Исходя из такой, процессуально-динамической, точки зрения, можно предложить следующее определение правосознания: это психический (ментальный) процесс восприятия правовой реальности человеком, результат такого восприятия в форме эмоций, здраво-смысловых представлений, теорий и т. д., а также оценка правовой реальности. ***Правосознание, таким образом, понимаемое как правовое мышление или психическая активность, включает процесс восприятия, результат и оценку, на основе которой складывается отношение человека к миру права.*** Замечу, что правосознание с точки зрения своих характеристик не может принципиально отличаться от иных форм сознания: политического, экономического, «бытового». Его отличия – в объекте восприятия и результатах. Сам же механизм оперирования информацией един для всех видов психической активности человека.

¹ Лотман Ю. М. Внутри мыслящих миров. М., 1996. С. 46—47.

² Как заметил ведущий американский философ – крупнейший специалист в области философии сознания Дж. Серль, «как это справедливо в отношении большинства слов, нет возможности дать определение “сознания” ни в терминах необходимых и достаточных условий, ни – на аристотелевский манер – с помощью родо-видового различия» (Серль Дж. Открывая сознание заново. М., 2002. С. 93).

Процесс восприятия¹ (как правило – осмысления, осознания, хотя часто наша психика работает на уровне бессознательного) права может быть охарактеризован как интенциональность правосознания, т. е. его направленность на объект – правовую реальность. Ему свойственны опережающая активность перцепции, образность и схематичность, контекстуальность.

Результат восприятия права фиксируется (объективируется) в «модальностях человеческого сознания»: чувствах, телесных ощущениях и потоках мысли². К ним же следует отнести правовые установки, образные представления (правовые социальные репрезентации), профессиональные навыки, образующие практический опыт, теории, философские, мировоззренческие и идеологические формы осмысления правовой реальности.

Оценочный момент правосознания органично включается как в процесс восприятия права, так и его фиксацию – в объективированное знание (в широком смысле, охватывающем эмоции, представления и т. д.) о праве. Это связано с тем, что оценочная информация может быть отделена от описательной или фактуальной только аналитически³. Поэтому восприятие правовой информации человеком всегда связано с ее осмыслением –

¹ Восприятие в данном случае трактуется как вся совокупность информационных процессов, с которыми имеет дело человек: прием (приобретение) информации, ее распознавание, освоение, хранение, переработка, воспроизведение, использование и включает все познавательные процессы, выделяемые в психологии: внимание, собственно восприятие, память, мышление, воображение. См. подробнее: Кучер Е. Н. Познание познания; когнитивные науки // Когнитивный подход : науч. монография / отв. ред. В. А. Лекторский. М., 2008. С. 143—147.

² К чувствам относятся зрение, осязание, обоняние, вкус, слух и «чувство равновесия». «Под телесными ощущениями я подразумеваю не только очевидные физические ощущения вроде болей, но также чувственную осведомленность, к примеру, относительно положения моих рук и ног, или же ощущения в моем правом колене. Поток мыслей состоит не только из слов и образов, визуальных и иных, но в равной мере и из других элементов, которые ни вербальны, ни относятся к воображению. <...> Далее, поток мыслей, как я употребляю это выражение, включает в себя переживания (*feelings*) вроде тех, что обычно называют “эмоциями”» (Серль Дж. Указ. соч. С. 129).

³ Один из наиболее авторитетных современных американских философов Х. Патнэм утверждает, что в реальном мире существуют лишь относительные конвенциональность и фактуальность. Так, выражение «автомобиль движется со скоростью 60 миль в час» является констатирующим, фактуальная истинность которого зависит от способа измерения скорости и, добавим, его критерия оценки именно такой скорости как правомерной или противоправной с точки зрения, например, правил дорожного движения. Однако с позиций критериев измерения мощности автомобильного двигателя эта же фактуальность будет оценена совсем по-другому (Patnem H. Realism and Reason. Cambridge, 1983. P. 179).

оценкой, выражающей отношение данного человека (в том числе индифферентное).

2.3. Структура и виды правосознания

Структуру правосознания образуют многочисленные **психические явления и процессы**. Среди них наиболее важными представляются типизации, идеализации, схемы (фреймы и скрипты), социальные представления о праве, цели, интересы, мотивация, смыслы, личностное, фоновое знание.

Типизации и идеализации – это способы оценки ситуации как типичной на основе прошлого опыта. Типизация, с точки зрения социальной феноменологии, – это «превращение незнакомого в знакомое», схематизация текучей и изменчивой социальности¹. На основе типизированных схем возникают идеализации – ожидания от контрагента(ов) поведения по ситуации в соотношении с собственными действиями. «Интерпретационные (объяснительные) схемы» представляют собой «способы типизации, являющиеся частью запасов знаний акторов, рефлексивно используемых ими в целях поддержания коммуникативных процессов. Запасы знаний, к которым в процессе производства и воспроизводства взаимодействий обращаются субъекты деятельности, аналогичны тем, которые используются ими при приписывании значений, обосновании действий и т. д.»².

А. Шюц, родоначальник социальной феноменологии, вслед за Э. Гуссерлем выделял две идеализации: «и–так–далее», представляющую собой «доверие» окружающему миру, в том смысле, что известный мир останется таким же и имеющегося запаса знаний хватит для адекватности его восприятия и поведения в соответствии с ним, и «Я–могу–это–снова», позволяющую распространять положительный опыт на последующие ситуации³. Кроме того, А. Шюц выделяет еще две идеализации, связанные с взаимозаменимостью перспектив восприятия мира и поведения в нем: «взаимозаменимость точек зрения» и «совпадение систем релеванностей». В первой идеализации содержится допущение, что другой, будучи на моем месте, видел бы мир в такой же перспективе, что и я; и наоборот, я видел бы вещи в его перспективе, будучи на его месте. Во второй идеализации я допускаю, что различия в воззрениях и истолковании мира, которые возникают из индивидуаль-

¹ Schuetz A., Lukman T. Strukturen der Lebenswelt. Bd. 1. Neuwied, 1975. S. 26.

² Гидденс Э. Устроение общества. Очерк теории структуриации. 2-е изд. М., 2005. С. 75.

³ Schuetz A., Lukman T. Op. cit. S. 74.

ных биографий, являются в принципе нерелевантными. Мы действуем и понимаем друг друга так, как будто мы судим о вещах на основе одинаковых критериев¹. Именно положительный опыт прошлых действий или информация, которой мы доверяем, являются основой последующих практических действий. Это же касается не только обывателя – человека, не отягощенного специальными юридическими знаниями, навыками и умениями, но и специалистов. Р. Познер, лидер экономического анализа права США, доказывает, что основным методом, используемым в правовой практике, является «практическое мышление». Последнее включает в себя «анекдоты, самоанализ, воображение, здравый смысл, сопереживание, приписывание мотивов, авторитет говорящего, метафоры, аналогии, обычаи, память, интуицию, ожидание регулярностей»².

Механизм типизации и идеализации мира лежит в основе *схем (фреймов или скриптов – рецептов или сценариев)*³, из которых преимущественно и состоит правосознание человека⁴. Это не что иное, как закрепленные в индивидуальном опыте знания того, как вести себя в типизированных юридически значимых ситуациях. Другим термином, обозначающим такого рода знания, можно считать *социальное представление о праве*, которое формирует (или переформирует) социальные образы, стереотипы права. Под социальным представлением С. Московичи, автор этого термина, понимает набор понятий, убеждений и объяснений, возникающих в повседневной жизни по ходу межличностных коммуникаций. В современном обществе они являются эквивалентом мифов и систем верований традицион-

¹ Ibid.

² Posner R. The Problems of Jurisprudence. Chicago, 1990. P. 73.

³ Под фреймами имеют в когнитивной психологии в виду обобщенные когнитивные репрезентации того, что может быть увидено в некоторой выделенной части статичного пространственного окружения, например, что должно быть в помещении, которое именуется дежурной частью отдела полиции, складским помещением или музеем. «Скрипты», или сценарии привычных событий, акцентируют внимание на процессуальной стороне социального представления и состоят из ряда актов, или эпизодов, каждый из которых, в свою очередь, разбивается на более дробные единицы, причем конкретное их значение может зависеть от культурных и социальных факторов – обращения к полицейскому, взаимоотношений водителей на дороге и т. д.

⁴ «"Объекты" не существуют независимо от концептуальных схем. Мы разделяем мир на объекты, вводя ту или иную схему описания», – утверждает Х. Патнем (Putnam H. Reason, Truth and History. Cambridge, 1981. P. 75).

ных обществ¹. Ж.-К. Абрик в социальном представлении выделяет центральное ядро, которое связано с коллективной памятью и историей группы, оно обеспечивает консенсус, а тем самым определяет гомогенность группы, выполняет функцию порождения значения социального представления и определяет его организацию. Кроме того, в социальное представление входит периферическая система, обеспечивающая интеграцию индивидуального опыта и истории каждого члена группы, поддерживает гетерогенность группы, выполняет функцию адаптации социального представления к конкретной реальности, предохраняет его центральное ядро².

Применительно к праву социальное представление – это господствующий в данной культуре (субкультуре) социума образ типичной юридически значимой ситуации. Такой образ производит категоризацию и квалификацию ситуации как правовой, правомерной или противоправной, и задает рамку (фрейм) должного поведения. Социальное представление, объективирующее господствующие практики, формируется в обыденном правосознании референтными группами, а в профессиональном – властью, в том числе высшими судебными инстанциями.

Цели, интересы и мотивация выступают в определенном смысле причинами в социальном мире, направляя (конечно, вместе с восприятием или интериоризацией внешних обстоятельств) поведение человека. Если цель – это предвосхищаемое, желаемое будущее, а интерес – осознанная потребность, то мотивацию можно трактовать как цель, которую действующий субъект намерен достичь определенным действием в соответствующей ситуации. В связи с этим А. Шюц выделял мотив «для-того-чтобы», относящийся к проекту социального действия. Кроме того, мотивация относится и к прошлому субъекта – это мотив «потому-что», выступающий основанием для будущего предполагаемого поведения³. Именно мотивация преломляет потребности и интересы в поведение человека и определяется как личностными, идиосинкразическими факторами, так и соотносимыми с ними аспектами социальной и групповой, прежде всего, идентичности⁴.

¹ Moscovici S. On Social representations // Social cognition: Perspectives on everyday understanding / Ed. by M. Farr, S. Moscovici. London, 1981. P. 181.

² Abric J.-Cl. Central system, peripheral system: their functions and roles in the dynamics of social representations // Papers of social representations. 1993. Vol. 2. № 2. P. 76.

³ Schuetz A., Lukman T. Op. cit. S. 209 ff., 216 ff.

⁴ В социологической литературе предлагается следующая классификация мотивов людей в юридической сфере: достижение, власть, престиж и принад-

Смысл в социальной феноменологии – это преломление, или интериоризация, господствующего в социуме (или социальной группе) значения в структуру личности. Приблизительно так же трактуется смысл в социальной психологии. Так, Д. А. Леонтьев полагает смысл интегративной основой личности, включающей несколько граней (онтологическую, феноменологическую и деятельностьную). Смысл, по его мнению, – это эмоциональная индикация и трансформация психического образа, которая лежит в основе мотивации поведения (так называемый «личностный смысл мотива»)¹. Сталкиваясь с юридически значимой ситуацией (оценивая ее, таким образом, как правило, интуитивно, если это обыватель, а не правоприменитель), человек соотносит ее с личностными потребностями, интересами и ожиданиями и тем самым наделяет персональным смыслом. Изучение того, как именно человек осмысляет типичные юридически значимые ситуации методами включенного наблюдения и другими «качественными» методиками, позволит приблизить юридическую науку к практике – жизненному миру права².

Личностное, фоновое знание, знание «как», – это процедурные умения, дополняющие традиционное знание «что» и играющие принципиально важную роль в том, что Л. Витгенштейн назвал «следование правилу». Оно наглядно показывает, как происходят трансформации законодательства и господствующей правоприменительной практики в конкретные юридически значимые жизненные ситуации, наполняя первое и второе конкретикой жизнедеятельности. Сюда относятся умения общаться с полицейским, начальником/подчиненным на службе, способности оформления

лежность. При этом предполагается, что они могут быть использованы для анализа целей судей апелляционных судов (Baum L. Motivation and Judicial Behavior: Expanding the Scope of Inquiry. Workingpaper forthe Workshopon Exploringthe Judicial Mind, University of Virginia, March 30–31, 2007 ; Баум Л. Мотивация и поведение судей: расширение границ исследования // Право и правоприменение в зеркале социальных наук : хрестоматия современных текстов / науч. ред. Э. Л. Панеях. СПб., 2014. С. 357). Представляется целесообразным сгруппировать эти пересекающиеся потребности – мотивы в институциональные и личностные. Первые предполагают мотивацию в социальной идентичности (включая карьерный рост, поощрения и т. п.) в рамках соответствующего института, а вторые связаны с сугубо личностными интересами (снижение нагрузки, повышение заработной платы и т. п.). При этом очевидно, что они пересекаются: карьерный рост, например, как правило, означает увеличение дохода.

¹ Леонтьев Д. А. Психология смысла: природа, строение и динамика смысловой реальности. 2-е изд., испр. М., 2003.

² Оценить ситуацию можно только через анализ знания акторов о ней, утверждает Э. Гидденс (Гидденс Э. Указ. соч. С. 299).

юридических документов, проведения следственных действий, оценки собранных доказательств и т. д.

В то же время фоновое знание – это разделяемые многими представителями соответствующей социальной группы общеизвестные представления, или «само-собой-разумеющееся знание». Именно оно обеспечивает возможность нормального протекания коммуникации с помощью единообразия интерпретации ситуаций. Это достигается с помощью типизаций и идеализаций, схем, фреймов или скриптов, образующих каркас такого повседневного обыденного знания.

Структуру правосознания уместно рассматривать также с точки зрения его **уровней**, различающихся глубиной, характером восприятия правовой реальности. Нижним уровнем правосознания, его «подвалом», выступает *уровень бессознательного*. С появлением революционных работ З. Фрейда и К. Юнга не замечать роль бессознательного уже невозможно, хотя в юридических исследованиях ему уделяется крайне недостаточное внимание. Очевидно значительное воздействие неосознаваемых процессов и явлений на правовое поведение. Оно связано с «экономией» мышления: если бы мы обдумывали каждый наш шаг, то практически ничего не успевали бы в этой жизни. Поэтому многие действия, имеющие, в том числе, юридическое значение, совершаются людьми без «включения» сознания – на уровне привычек, стереотипов поведения.

Бессознательное в правовой реальности проявляется в индивидуальных установках и архетипах коллективного бессознательного. Установка – это «внутренняя склонность, самонаправленность, готовность индивида к совершению определенных действий, позволяющих ему удовлетворить потребность»¹, «собственная норма поведения»². В ситуации, когда нет времени (или желания) на обдумывание ситуации, «включается» установка, которая и определяет результат действия, в том числе правомерный или противоправный.

Архетипы (от греч. архэ – начало) коллективного бессознательного – это исходные начала любой культуры, проявляющиеся в мифах, легендах, сказках и стереотипах массового поведения. Архетипы представляют собой формы фиксации в коллективной памяти основополагающих идей соответствующей человеческой

¹ Ошеров М. С., Спиридонов Л. И. Общественное мнение и право. Л., 1985. С. 179.

² Узнадзе Д. Н. Психологические исследования. М., 1966. С. 366.

общности и, возможно, человечества как такового¹. «В каждой душе, – писал К. Юнг, – присутствуют формы, которые, несмотря на свою неосознаваемость, являются активно действующими установками, предустанавливающими наши мысли, чувства и действия и постоянно оказывающими на них влияние»². «Архетипами... являются символы, внушающие базовые ритуалы, мифологии и видения посредством летописей человеческой культуры», – отмечает Д. Кемпбелл³.

Вторым уровнем правосознания является его *обыденный уровень*. На этом уровне происходит восприятие правовой реальности в виде эмоций, типизированных повседневных знаний и здравосмысловых представлений о ней. Это восприятие отличается отсутствием профессиональной или теоретической рефлексии о праве. Эмоции и здравосмысловые представления имеют большое значение при формировании коллективных представлений о праве и массовом юридически значимом поведении населения. Дополняя бессознательный уровень, мир повседневности формирует господствующий образ (общественное мнение⁴) права и, как следствие, соответствующий тип правовой культуры. Для понимания механизмов правомерного и противоправного поведения принципиально важно изучать стереотипы восприятия образа начальника, парламентария, президента, полицейского, судьи и других статусных фигур⁵. Значение обыденного правосознания также состоит в том, что именно здесь происходит легитимация существующего правопорядка и «первичная правовая социализация» индивидов.

Обыденное нерефлексируемое знание о праве имеет место также в повседневных практиках юриста-профессионала, когда воспринимаемое четко вписывается в типичную ситуацию. Так,

¹ Доказано существование однотипных символов у народов, никогда не контактировавших друг с другом. Однако смысл этих символов у них несколько отличен. Поэтому доказательство существования общечеловеческих архетипов, на чем настаивал К. Юнг, до сих пор остается проблематичным.

² Юнг К.-Г. Душа и миф: шесть архетипов. Киев, 1996. С. 216.

³ Кемпбелл Д. Герой с тысячей лицами. Киев, 1997. С. 21.

⁴ Общественное мнение, как заявил в 1972 году П. Бурдьё, не существует как некая объективная данность (вне опросов общественного мнения), «как императив, получаемый исключительно путем сложения индивидуальных мнений» или «нечто вроде среднего арифметического или среднего мнения», а конструируется властью (Бурдьё П. Общественное мнение не существует // Бурдьё П. Социология политики / пер. с фр. Г. А. Черденченко ; сост., общ. ред. и предисл. Н. А. Шматко. М., 1993. С. 159—177).

⁵ О механизмах обыденного восприятия см.: Петренко В. Ф. Основы психосемантики. М., 1997. С. 244—325.

Р. Познер достаточно убедительно показал, что так называемой «юридической логики», на которой настаивал в свое время еще У. Блэкстоун, не существует. В работе, посвященной мышлению судей, он утверждает, что опыт, эмоции, часто неосознанные убеждения и политические пристрастия лежат в основе принимаемых ими решений¹. Обыденный уровень правосознания в виде клише, общих мест (общепринятое знание), чрезвычайно распространен и в юридической науке.

Третий уровень правосознания – *профессиональный*. Тут восприятие правовой реальности происходит на основе специальных знаний, коими наделен юрист-практик. Такие знания включают ориентацию в законодательстве и правоприменительной практике.

Четвертым уровнем правосознания является *теоретический*, когда правовая реальность, о которой теоретик должен судить с профессиональной точки зрения, объясняется и оценивается с позиций соответствующей теории. Граница между профессиональным и теоретическим уровнями достаточно условна: когда практик задумывается над эффективностью, обоснованностью действующего законодательства, он «превращается» в теоретика. Поэтому любой, кто берет на себя труд попытаться объяснить и оценить правовую реальность, имея некоторый минимум профессиональных знаний о ней, перемещается на теоретический уровень правосознания. Однако преуменьшать значение теоретического правосознания² не следует. Именно оно транс-

¹ Posner R. How Judges Think. Cambridge, 2008. Юридический прагматизм, лежащий в основе мышления судей, по мнению Р. Познера, представляет собой форму обычного практического рассуждения, а не какой-то особый вид юридической аргументации. В то же время он пишет, что судейское усмотрение, законодательная роль судей ограничены такими внутренними и внешними факторами, как профессиональная этика, беспокойство за социальную оценку своих решений, мнения уважаемых коллег, а также ограничениями, накладываемыми другими ветвями власти.

² Это свойственно представителям постмодернизма, утверждающим, что между теорией и обыденными представлениями, верованиями, мифами и т. д. принципиальной разницы нет. В таком «дополнении» науки видел условие ее развития П. Фейерабенд (хотя постмодернистом его назвать и нельзя), выдвинувший принцип пролиферации – допустимости любых гипотез в качестве научных (Фейерабенд П. Избранные труды по методологии науки. М., 1986. С. 116–120). Лидер постмодернистской социологии в Англии З. Бауман отмечает, что сегодня интеллектуалы утратили свой привилегированный статус, который в эпоху модерна заключался в провозглашении «законодательного разума», обосновывающего и диктующего политические решения. Сейчас же их статус понизился до уровня описания (репрезентации) и интерпретации реальности (Bauman Z. Legisla-

формируется в общественное правосознание и задает эталоны юридического мышления. К этому же уровню примыкает философский, идеолого-мировоззренческий, призванный формировать юридические цели и ценности, господствующие идеи, «юридическую картину мира», определяя во многом специфику правопорядка, всей правовой реальности данного социума.

Правосознание можно подразделить на **виды** по разным основаниям. Наиболее важной представляется классификация правосознания по субъекту – носителю правосознания. Выделяется индивидуальное, групповое и общественное (коллективное) правосознание. И главное здесь не просто выделить эти виды правосознания, но показать диалектическую их взаимосвязь, в которой в концентрированном виде воспроизводится основное социальное противоречие индивида и общества (не случайно эту проблему Л. И. Спиридонов называл «основным вопросом философии права»). Что первично, что является порождающим началом – индивидуальное правосознание или общественное? Ответ на этот вопрос зависит от понимания общества: является ли оно механической суммой индивидов, живущих здесь и сейчас, или же неким организмом, или же еще чем-то третьим?¹

На первый взгляд, индивидуальное правосознание предшествует общественному, так как последнее предположительно состоит из индивидуальных представлений о правовой реальности. Однако общественное правосознание не является механической суммой индивидуальных представлений, а выражается в господствующих идеях, которые воспроизводятся каждым новым поколением. Приходя в этот мир, мы уже застаем в готовом виде до нас сложившиеся идеи, такие как концепция разделения властей, прав человека, парламентаризма и т. п. Поэтому общественное сознание предшествует индивидуальному, утверждают сторонники органицизма. Это действительно так, но только на стадии индивидуальной социализации, когда для того, чтобы стать субъектом права (личностью в юридическом смысле), индивид должен интериоризировать в свое фактическое поведение, свои установки)² эти господствующие представления о праве.

torsand Interpreters: On Modernity, Postmodernity and Intellectuals. Cambridge, 1987 ; Бауман З. Индивидуализированное общество М., 2002. С. 125 и след.).

¹ Спиридонов Л. И. Теория государства и права. СПб., 1995. С. 122.

² О процессе правовой социализации см. подробнее: Спиридонов Л. И. Социализация индивида как функция общества // Спиридонов Л. И. Избранные

Однако утверждать, что общественное правосознание всегда опережает индивидуальное, тоже не совсем верно. Дело в том, что в таком случае невозможно объяснить, как общественное правосознание – господствующие представления о праве – изменяется. Очевидно, что такие изменения влечет изменение правосознания людей. Поэтому после завершения первичной социализации правосознание отдельных выдающихся индивидов – политиков, религиозных мыслителей, ученых – опережает общественное правосознание в том смысле, что продуцирует инновации, которые со временем превращаются в господствующие идеи.

Опосредует этот информационный процесс (как правовой социализации, так и правовой инновации) групповое правосознание. В данном случае имеется в виду правосознание малой группы¹, являющейся референтной (социально значимой) для отдельных индивидов. Именно малая группа определяет характер усвоения информации, идущей от общества к индивиду в процессе социализации, задавая критерий ее оценки. Такой референтной группой для детей (до подросткового возраста) являются родители; затем это может быть компания на улице, более взрослые авторитеты, персонажи книг, кинофильмов, учителя (смеем надеяться) и др. Малая группа в виде экспертного научного сообщества и моральных эталонов отбирает те инновации, которые затем легитимируются населением, признаются их важными, значимыми, необходимыми для существования социума.

Другим основанием классификации правосознания может быть тип господствующей идеологии, отождествляемой с типом правопонимания. Правосознание можно также классифицировать с точки зрения отношения к праву на позитивное и негативное, включающее анархистское, нигилистическое правосознание. Исторические эпохи дают основание для еще одной типологии правосознания. В основу классификации правосознания может быть положена специфика правовых культур.

2.4. Толкование (интерпретация) права

В широком смысле процесс толкования права идентичен процессу восприятия и осмысления права. Юридическая герменевтика как использование методологии и правил толкования

произведения. Философия и теория права. Социология уголовного права. Криминология. СПб., 2002. С. 58–93.

¹ О малой группе см.: Спиридонов Л. И. Социология уголовного права // Спиридонов Л. И. Избранные произведения. С. 285 и след.

(интерпретации) права не может не включать все приемы работы с информацией, изучаемые когнитивной наукой. Собственно, герменевтика в ее философском значении и есть наука¹ о «духовных» (социальных, которые являются гуманитарными) явлениях и процессах. Сама же методология их осмысления отличается тем, что все социальные явления и процессы существуют в знаковой (текстуальной) форме и приобретают социальное бытие только тогда, когда интерпретируются людьми². Однако в юриспруденции толкованию права придается более узкий смысл – это «понимание различного рода языковых текстов (письменных источников), в которых получают внешнее выражение нормы права³, или уяснение и разъяснение содержательных требований правовых норм⁴. Нельзя не заметить, что толкованию подлежат не только нормы права, но и действия людей по их созданию, реализации и даже интерпретации (научное толкование того, как юристы или обыватели понимают нормы права, юридические факты, правоприменение, короче, все, что имеет отношение к миру права).

Традиционный подход к толкованию норм права подразумевает уяснение (для себя) и разъяснение (для других) их смысла. При этом предполагается, что в нормах права изначально заложен смысл, который человек (правоприменитель, политик, ученый или обыватель) призван обнаружить. В классической теории права есть расхождение по этому поводу: одни авторы полагают, что этот смысл вносится законодателем, а другие – что он содержится в формализованной системе права. В любом случае искомый

¹ Не все представители герменевтики согласны считать ее наукой. Так, Г.-Г. Гадамер настаивал, что герменевтика есть «бытие в мире» и относится скорее к «искусству ведения беседы», чем к науке (Гадамер Г.-Г. Истина и метод. М., 1988. С. 432). Если науку трактовать в позитивистском ключе, тогда любое исследование духовных (гуманитарных) феноменов не поддается научному объективированию – подведению под общий закон. Однако науку можно рассматривать в духе В. Дильтея, который полагал, что «объективизации духа», или человеческие творения, образуют объективное исходное основание гуманитарных наук (Дильтей В. Собрание сочинений. Т. 4. Герменевтика и теория литературы. М., 2001. С. 13—254).

² Как утверждает известный французский конституционалист и теоретик права М. Тропер, норма права появляется только тогда, когда статья нормативного правового акта (или иной формы внешнего выражения нормативности права) получила надлежащее истолкование (Тропер М. Реалистическая теория толкования / пер. с фр. О. Лысенковой // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 7—19).

³ Общая теория государства и права. Т. 2. С. 764.

⁴ Юридическая энциклопедия. С. 1091.

смысл уже присутствует до акта истолкования. Смысл нормы права – это ее содержание как правила поведения. Существенными здесь являются та жизненная ситуация, при наступлении которой имеет место само правило поведения (т. е. гипотеза нормы права), адресат (на кого распространяется это правило поведения) и содержание правила поведения – корреспондирующие права и обязанности его субъектов. Кроме выявления смысла нормы права всегда необходима интерпретация ее формы – где и как норма права закреплена, не утратил ли юридическую силу нормативный правовой акт, в котором она сформулирована, и т. д.

Содержание толкования норм права определяется **способами** их интерпретации. Традиционно первым способом толкования норм права является **грамматический**, или языковой, когда основное внимание уделяется грамматическим, прежде всего синтаксическим правилам интерпретации смысла нормативных правил поведения. Следует заметить, что никакого особого законодательного синтаксиса, как и особой законодательной лексики и морфологии, противостоящей языку в целом, нет. В то же время отдельные языковые конструкторы, встречающиеся в законодательных текстах, обладают относительной особенностью, связанной с контекстом их восприятия. Еще большее значение имеют семантические аспекты толкования юридических текстов. Речь идет о том, что в юриспруденции складываются, например, особые понятийные единицы, семантические концепты, придающие словам естественного языка иное, по сравнению с общеупотребимым, значение. Такие термины, как «источник права», «юридическое лицо», «дееспособность» и др., используемые в законодательстве, предполагают знание именно специально-юридического смысла, вкладываемого в них как доктриной, так и законодателем.

Логический способ толкования правовых норм представляет собой использование таких характерных для формальной логики логических приемов, как анализ и синтез, индукция и дедукция, вывод по аналогии и т. д. Особое значение этот метод имеет при анализе качества (непротиворечивости) законодательства.

Немаловажное значение имеет **системный** способ толкования. Его применение обусловлено системностью (взаимодополняемостью) норм права и сложным характером связи нормы права и статьи закона. Действительно, смысл нормы права практически всегда может быть раскрыт при соотношении ее с другими нормами права, содержащимися как в одном нормативно-правовом акте, так и в других текстах права. Особое значение этот метод имеет при бланкетном способе изложения нормы права.

Объективный смысл нормы права может быть уяснен только на основе *исторического* способа ее истолкования. Этот способ толкования имеет прежде всего научное значение, а также используется в целях изменения законодательства. Однако он же используется и в правоприменительной деятельности, например при толковании тех нормативно-правовых актов, которые не изменяются на протяжении относительно длительного времени, т. е. являются исторически длящимися. Так, в американском конституционном праве существуют две «школы», отличающиеся ответом на вопрос о том, как следует толковать американскую конституцию. Одни, традиционалисты, или консерваторы, утверждают, что необходимо выяснить волю законодателей – отцов-основателей конституции (по их запискам, выступлениям, замечкам, вошедшим в достаточно объемный том под названием «Федералист»). Однако другие, прогрессисты, небезосновательно считают, что со времени принятия американской конституции значительно изменилась общественно-политическая жизнь населения (вспомним, что принималась американская конституция во времена рабства), контекст эпохи. Поэтому, по мнению авторитетнейшего американского юриста Р. Дворкина, приоритет должен быть отдан современности, т. е. толкованию закона с точки зрения сегодняшнего дня. Судья должен раскрыть идеал, ради которого закон был принят. Но представление об идеале изменяется от эпохи к эпохе. Следовательно, контекст эпохи является существеннейшим условием правильного толкования исторически длящегося юридического текста¹.

Кроме грамматического, логического, системного и исторического способов толкования в литературе также выделяют *функциональный*, предполагающий анализ условий (контекста), в которых реализуется норма права. Он необходим для уточнения оценочных юридических понятий.

Достаточно универсальным методом толкования норм права на сегодняшний день выступает *юридическая герменевтика*². Так, в 50-е гг. XX в. итальянским юристом и философом Э. Бетти были сформулированы четыре канона интерпретации, которые

¹ Dworkin R. Law's empire. L., 1986. P. 313.

² Подробнее см.: Харитонов Л. А. Толкование юридических норм (философско-правовой аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000 ; Рикер П. Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права // Вопросы философии. 1996. № 4. С. 27—36 ; Честнов И. Л. Современные типы правопонимания: феноменология, герменевтика, антропология и синергетика права. СПб., 2002.

имеют несомненную эвристическую ценность и сегодня¹. Первый канон он именует имманентностью герменевтического масштаба. Он предъявляет требование соответствия герменевтической реконструкции точке зрения автора, т. е. требование исходить из духа, объективированного в соответствующем источнике. Второй канон именуется тотальностью и смысловой связанностью герменевтического исследования. Это правило, идущее от Ф. Шлейермахера, состоит в том, что смысл целого проявляется через отдельные части, а смысл отдельных частей проясняется через единство целого. Это не что иное, как принцип «герменевтического круга», который может быть разрешен следующим образом: до расчленения целого на части и их подробного исследования должна уже существовать гипотеза о смысле целого, первое впечатление, полученное по аналогии или ассоциации. Третий канон касается актуальности понимания. В нем утверждается бессмысленность попыток полного устранения субъективного фактора. Для реконструкции текста прошлого (или другой культуры) необходимо его соотнесение с собственным духовным горизонтом. Четвертый канон называется каноном смысловой адекватности понимания, или смыслового соответствия. Он направлен уже на интерпретатора и требует соотнесения собственной жизненной позиции с импульсом, исходящим от объекта. Если использовать диалогическую методологию, то адекватность толкования юридического текста возможна только при соотнесении намерений законодателя, восприятия его намерений окружением (как обыденным, так и теоретическим правосознанием) с господствующим современным восприятием текста и «идиосинкразией» исследователя текста.

С точки зрения **субъекта** (того, кто осуществляет процесс интерпретации), толкование права подразделяется на официальное и неофициальное. Правом **официального** толкования обладают субъекты, издавшие соответствующий акт (такое толкование именуют аутентичным, или авторским), вышестоящие по отношению к субъекту-«автору» инстанции, и те органы, которым эта деятельность специально поручается (это легальное, или делегированное, толкование). К числу последних, например, относится Конституционный Суд Российской Федерации, который имеет право официального толкования Конституции Российской Феде-

¹ Betti E. Problematik einer allgemeinen Auslegungslehre als Methode // Hermeneutik als Weg heutiger Wissenschaft. Salzburg, 1971 (работа на итальянском языке впервые была опубликована в 1954 году) ; Бетти Э. Герменевтика как общая методология наук о духе. М., 2011. Подробнее о концепции Э. Бетти см.: Честнов И. Л. Современные типы правопонимания. С. 52–54.

рации. **Неофициальное** толкование является необязательным и может осуществляться, в принципе, любым субъектом. Его традиционно подразделяют на обыденное (лицами, не обладающими специальными юридическими знаниями), профессиональное (производимое юристами-профессионалами) и доктринальное (научное).

Еще одна классификация толкования норм права проводится **по объему** содержания нормы права и ее текстуального выражения. **Буквальное** толкование – идеальный вариант – предполагает совпадение смысла нормы права с ее словесным выражением. Именно к буквальному толкованию в подавляющем большинстве случаев стремится правоприменитель. Наряду с буквальным существуют расширительное толкование и ограничительное. При **расширительном** толковании смысл нормы оказывается шире ее текстуального выражения. Иногда законодатель специально допускает такую возможность, предусматривая иные, не вошедшие в текст статьи закона, варианты поведения (например, смягчающие вину обстоятельства в УК РФ). В статье 120 Конституции Российской Федерации устанавливается, что судьи подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону. Однако фактически судьи не могут не принимать во внимание Указы Президента Российской Федерации, постановления Правительства Российской Федерации, постановления Конституционного Суда и Пленума Верховного Суда Российской Федерации и т. д. и должны руководствоваться ими в своих действиях. При **ограничительном** толковании содержание нормы права уже ее текстуального выражения. Так, Семейный кодекс Российской Федерации устанавливает обязанность детей заботиться о своих родителях. В буквальном смысле дети – это любой родившийся на свет человек, у которого есть родители. Однако в данном случае под термином «дети» понимаются такие имеющие родителей люди, которые достигли определенного возраста и являются материально обеспеченными.

С точки зрения постклассической методологии толкование права, как уже отмечалось, относится не только к нормам права, но и ко всей правовой реальности. Кроме того, смысл нормы права, как и конкретной жизненной ситуации, соотносимой с нормой права в процессе юридической квалификации, не есть некая объективная данность, а конструируется в момент их (нормы и ситуации) интерпретации. Далее, возникает уже сформулированный выше вопрос: что именно подлежит толкованию – намерение законодателя или объективный смысл закона, имманентно присущий системе права? М. М. Бахтин утверждал, что смысл любого текста включает в себя диалог двух противоположных момен-

тов – замысел автора текста и его реализацию¹. При этом, как подчеркивается в постструктуралистской лингвистике, замысел автора и его реализация никогда не совпадают. Более того, субъект (автор) текста достаточно жестко обусловлен социальным окружением, что дало основание Р. Барту и М. Фуко почти одновременно (в 1968 и 1969 году соответственно) заявить о «смерти автора»². Действительно, автор юридического текста достаточно ограничен в своем произволе создать тот текст, который он считает необходимым. Эпоха – конкретное окружение автора (мораль, господствующая в обществе, нормы, ценности и т. д.) – диктует возможные варианты, в том числе, формирования норм права и их толкования. Однако любой человек наделен свободной волей, предоставляющей ему возможность выбирать из нескольких вариантов какой-то один. Поэтому выбор конкретного варианта не предопределен заранее. Следовательно, толкование норм права должно соотносить тот смысл, который вносит в нормативно-правовой акт его творец (законодатель), с тем смыслом (всегда несколько отличным от первого), который придают ему широкие слои населения (контекст) и история (когда соответствующий текст права исследуется в исторической ретроспективе)³.

Постклассическая концепция толкования права, основанная на теории правового реализма, или школы критических правовых исследований, развиваемая в нашей стране Е. Н. Тонковым, дает основание для выделения таких «подходов к толкованию права», как *прецедентный* (использование авторитетного образца), *иерархический* (основан на руководящих началах вышестоящих инстанций), *психоэмоциональный* (предполагающий внутреннее убеждение как критерий оценки доказательств) и *экстралегальный* (когда правоприменитель «исходит из индивидуально понимаемых им целей своей деятельности...»)⁴. Возможно, не все эти подходы бесспорны, но в любом случае они нуждаются в дальнейшем изучении.

¹ Бахтин М. М. Эстетика словесного творчества. М., 1986. С. 298.

² Барт Р. Смерть автора // Барт Р. Избранные работы. Семиотика. Поэтика. М., 1989. С. 384–392; Фуко М. Что такое автор? // Фуко М. Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. Работы разных лет. М., 1996. С. 7–47.

³ А. В. Поляков в этой связи отмечает, что толкование права предполагает выявление того, что законодатель должен был сказать исходя из правовой природы вещей, принципов права, идеи права, идеи справедливости и т. д. (Поляков А. В. Общая теория права. С. 591).

⁴ Тонков Е. Н. Юридическая герменевтика и практические подходы к толкованию права // Юридическая герменевтика в XXI веке: монография / под общ. ред. Е. Н. Тонкова, Ю. Ю. Ветютнева. СПб., 2016. С. 33–37.

Глава 3. НОРМА ПРАВА

3.1. Понятие нормы права

Нормы права представляют собой разновидность социальных норм. Следовательно, признаки правовых норм не могут принципиально отличаться от родовых характеристик социальных норм. Поэтому рассмотрим прежде всего эти родовые признаки, а затем перейдем к видовым отличиям, к тому, что характеризует именно нормы права.

Слово «норма» производно от латинского термина, обозначающего угольник, отвес, которым пользовались при измерениях, а также руководящее начало, правило, образец. Именно это второе значение сегодня является общеупотребительным.

Социальные нормы – это необходимое условие существования общества и, соответственно, жизни каждого отдельного человека. По справедливому утверждению Ю. М. Бородай, именно появление первых социальных норм (по его мнению – моральных) является показателем возникновения Homo Sapiens'a. «Глубочайшая пропасть, – пишет он, – отделяет самые сложные формы зоологического стада от примитивных из всех известных типов архаической общины. Пропасть эта заключается в том непреложном факте, что там, где начинается человеческий род, кончается безраздельное господство так называемых “естественных” факторов. Любая стадная организация животных легко раскрывается как результат взаимодействия естественно-биологических механизмов; напротив, социальный организм, сколь бы архаичным он ни был, не поддается никакому пониманию с точки зрения естествознания»¹. Социальные нормы непосредственно направлены на обуздание слепых зоологических побуждений отдельных индивидов. Они по своей природе надбиологичны. Они касаются всех членов человеческой общины, а не только слабых, как в стаде, а также нередко несовместимы с институтом самосохранения, так как диктуют подчас поступки, вредные с точки зрения отдельного индивида (самоограничение, альтруизм), а иногда даже и самоубийственные (самопожертвование); при этом обеспечивается самосохранение социального целого. Появление социальных норм знаменует прекращение биологической эволюции и становление *социальной эволюции*.

¹ Бородай Ю. М. Эротика – смерть – табу: трагедия человеческого сознания. М., 1996. С. 97 ; Его же. От фантазии к реальности (происхождение нравственности). М., 1995. С. 126.

Социальные нормы представляют собой правила поведения человека в обществе. Первое их отличие состоит в относительно широкой *распространенности* такого образца поведения. Некоторые социальные нормы (например, запрет убийства) касаются всего человечества в целом. Многократная (систематическая) повторяемость определенного варианта поведения также характеризует распространенность нормы.

Вторая черта социальных норм, как следствие распространенности, – их *объективность*. Социальные нормы – это такие правила поведения, которые существуют независимо от воли и желания отдельных индивидов (нравится кому-либо уголовный или налоговый кодексы или нет). Более того, социальные нормы по своей сути неперсонифицированы, так как закрепляют юридическую связь между социальными (правовыми) статусами. В этом также находит проявление объективность социальных норм.

Третий признак социальных норм – их *институционализация и формализация*. Распространенность какого-либо правила поведения уже свидетельствует о том, что оно стало социальным институтом, главная отличительная черта которого – систематическое воспроизведение этого правила. Институционализация одновременно предполагает формализацию – внешнее выражение соответствующего образца поведения, что позволяет согласовывать с ним индивидуальное поведение (как сознательно, так и на уровне бессознательного) в последующих актах воспроизводства. Социальные нормы формализуются (закрепляются) в какой-либо форме – обычая, традиции, ритуала, закона и т. д.

Последний признак социальных норм состоит в том, что социальная норма является *правилом именно межличностного человеческого поведения*. Это предполагает, что социальные нормы устанавливают модель взаимодействия людей. Действия, в которых нет второго субъекта (либо реально, либо потенциально), т. е. действия, которые не могут привести к каким-либо последствиям относительно другого человека (например, технические операции), социальными нормами не регулируются¹.

Назначением социальных норм (в некотором смысле их целью) является *регулирование поведения людей*. Будучи идеальным, информационным, феноменом, норма выступает средством срав-

¹ Хотя этот перечень может быть продолжен, однако главные признаки, как представляется, уже названы.

нения своего поведения с социально одобряемым образцом и, соответственно, прогнозирования собственных поступков¹.

Правовые нормы – это разновидность социальных норм. Они, как и нормы морали, религии и т. д., представляют собой широко распространенные правила поведения, регулирующие взаимоотношения людей. Одновременно такие образцы поведения являются институциональными, объективными (не зависящими от воли и желания отдельных индивидов) и формально определенными. Специфическими же признаками, позволяющими отличать нормы права от норм морали, религии, правил общежития и других «неправовых» социальных норм, служат признаки, характеризующие право, изложенные выше. Это **общеобязательность, формальная определенность и обеспеченность принуждением** при наличии оснований для юрисдикционного правоприменения (при совершении правонарушения).

По своей природе нормы права, как и любые социальные нормы, есть не что иное, как разновидность информации. Норма – это всегда модель, образец, правило. Бытие правила (модели, образца) идеально (информационно). Но в то же время эта информация отражает фактическое конкретное содержание – определенное поведение и господствующие в обществе (или социальной группе) представления о «нормальном»². Более того, само правило (норма) отнюдь не произвольно, а самым непосредственным образом связано с фактическим поведением (применительно к нормам права речь идет не о любом поведении, а о систематически повторяющемся общеобязательном поведении) и ментальными социальными представлениями. Рассмотрим связь нормы и поведения.

В философской и социологической литературе очень часто можно встретить утверждение о том, что социальная норма представляет собой систематически повторяющиеся действия (общественные отношения). Так, Ю. А. Левада характеризовал

¹ В этой связи необходимо заметить, что такое сравнение, согласование, как правило, происходит бессознательно, на уровне привычки. Даже опытный юрист редко задумывается, например, в магазине, что в момент приобретения товара он реализует соответствующую норму Гражданского кодекса, регулиующую договор купли-продажи.

² Следует заметить, что с позиций постклассической методологии не существует универсальных и одновременно содержательных определений «нормальности». Такого рода социальные представления – это то, что сегодня в данном социуме (с точки зрения господствующей в нем социальной группы) считается нормой.

социальные нормы как «опривыченные действия»¹. На двойственность (билатеральность) бытия социальных норм обращает внимание В. Д. Плахов. По его мнению, социальная норма существует одновременно и как фактическая реальность, и как идеальный ее образ². Он же выделяет нормы-образцы, нормы-модели, нормы – информационные коды (языковые эквиваленты), нормы-поведение (деятельность), а также реальные (имманентные) нормы³.

Полагаю, с данным суждением можно согласиться, но лишь отчасти. Так, не может не импонировать утверждение многих авторов о том, что норма права не создается по усмотрению (произволу) государственной власти. Однако отождествление нормы права и фактического поведения представляется не совсем корректным хотя бы с лингвистической точки зрения (все же это два разных слова – понятия). Социальная норма (как и норма права) это не само фактическое систематически повторяющееся поведение, а его *форма*, его объективация и институционализация в соответствующей форме. Поэтому поведение – необходимая *предпосылка* нормы, но не сама норма. С другой стороны, назначение нормы состоит в регулировании поведения, поэтому как только норма сформировалась, она сразу начинает реализовываться в поведении (например, в правоотношениях и иных формах реализации права – соблюдении, исполнении и использовании, которые могут осуществляться и вне правоотношений).

Итак, предыдущее рассуждение позволяет прийти к выводу, что нормы права теснейшим образом связаны с фактическим правовым поведением (прежде всего с правоотношениями). Эта связь представляется наиболее важным аспектом в характеристике бытия нормы права, поэтому остановимся на ней подробнее. Прежде всего повторим, что норма права генетически и функционально связана с правовым поведением и не может существовать без него. Специфика бытия нормы права, как и права в целом, может быть охарактеризована по аналогии с Хайдеггеровым *Dasein*, суть которого – временность (историческая, временная протяженность, длительность)⁴. Этот временной, или исторический, характер бытия нормы права как раз и образует правовое поведение. Не случайно Л. И. Спиридонов связь нормы права и правоотношения назвал «основным вопросом социологии пра-

¹ Левада Ю. А. Социальная природа религии. М., 1965. С. 114.

² Плахов В. Д. Социальные нормы: философские основания общей теории. М., 1985. С. 9.

³ Там же. С. 22–25.

⁴ Хайдеггер М. Бытие и время. М., 1997.

ва»¹. Интересно отметить, что эту же проблему поднимал в конце XIX в. С. А. Муромцев².

На первый взгляд (особенно распространенный среди сторонников юридического позитивизма), норма права предшествует правоотношению, так как последнее возникает на основе нормы права. Однако в данном случае норма права предстает как «вечная», аксиоматически заданная догма, которая не нуждается в каком-либо обосновании. При социологическом подходе обращается внимание прежде всего на этот момент – как формируется сама норма права. Она складывается в результате «деятельности» селективной функции правовой культуры, о чем уже речь шла применительно к понятию источника права. Этот механизм именуется нормогенезом. Из всего сказанного можно сделать вывод, что правоотношение как первичное взаимодействие предшествует норме права в генетическом смысле. При этом любая норма права – это всегда «девиация» (отклонение) по отношению к предшествующему ей правопорядку.

Когда норма права окончательно институционализируется, объективируется в соответствующую форму права, она начинает реализовываться в правоотношениях. Чаще всего (особенно когда речь идет об обычном праве) все это происходит на уровне правовой установки: как совершалось какое-то привычное для многих людей действие, так оно и продолжает совершаться. Однако приобретение формы закона, особенно в сфере публичного права или частного права, регулирующего деятельность коллективных субъектов (например, юридических лиц), вынуждает сознательно согласовывать свои действия с такой нормой права, хотя эти действия моментально «обрастают» привычками (они, как говорят социологи, хабиитуализируются) и начинают дополняться здравосмысловым осознанием, стереотипами и ритуалами, иногда – мифами обыденного сознания и интуитивными действиями.

Таким образом, если генетически правоотношения предшествуют норме права, то функционально норма права главенствует над реализующими ее правоотношениями. Предпосылка нормы права находится в прошедшем времени – в тех предшествующих общественных отношениях (действиях), которые институционализируются в правила поведения. Сама норма права – настоящее время – это информация, выраженная в соответствующей деонтической модальности, т. е. модель правового поведения. Смысл такой модальности – быть направленной в будущее; именно бу-

¹ Спиридонов Л. И. Теория государства и права. С. 28, 123 и др.

² Муромцев С. А. Определение и основные разделения права. М., 1879.

дущее правовое поведение подтверждает претензию соответствующего правила поведения быть нормой права. Как видим, норма права соединяет (потенциально актуализирует, направляя в будущее) три формы времени, объединяя сущее с должным и реализуя должное в сущем. Можно сказать, что норма права демонстрирует диалогическое отношение прошлого, настоящего и будущего. Проблема нормогенеза, лишь обозначенная выше, показывает диалогичность не только сущего и должного, но и субъективного и объективного, идеального и материального, инновационного и традиционного и т. п. Так, на стадии функционирования норма права, воплощая объективное, идеальное (информационное) и традиционное, превращается в правовое поведение, «трансформируясь» в будущее. Однако на стадии генезиса нормы права начинают доминировать другие полюса этого полилога (многогранного диалога): субъективное, индивидуальное начало, которое вносит материальным действием какую-либо инновацию. А затем все возвращается к традиции до нового «выбора» инновации (точнее, ее отбора культурой).

3.2. Структура нормы права

Структура нормы права, как и любого другого явления, представляет собой связь между составляющими ее (норму) элементами. Поскольку норма права – это правило поведения, постольку структура нормы права должна отражать специфику социального поведения. А она заключается, во-первых, в том, что социальное поведение (не любое человеческое поведение является социальным) всегда условно, т. е. связано с определенными жизненными обстоятельствами, послужившими причиной этого поведения; во-вторых, всегда подчинено конкретным правилам, выражающим меру либо возможного, либо должного, либо запрещенного поведения (только эти три модальности – возможное, должное, запрещенное – выражают специфику нормативного правового, юридически значимого поведения); в-третьих, соблюдение этих правил может быть (должно быть) обеспечено принуждением. Эта специфика фиксируется схемой «Если – то – иначе». Слову «если» соответствует первый элемент нормы права, именуемый *гипотезой* нормы права и выражающий условие, при наступлении которого можно, должно или запрещено совершить какое-то действие (иногда – воздержаться от совершения какого-либо действия). Слово «то» обозначает второй элемент нормы права – *диспозицию*, т. е. само правило поведения, фиксирующее меру (границу) возможного, должного или запрещенного поведения. Слово «иначе» – это третий элемент

нормы права, называемый *санкцией*. В ней закрепляется наказание, которое может (должно) последовать при несоблюдении требования запретительной диспозиции.

Структуру нормы права в отечественной юриспруденции традиционно рассматривают как связь гипотезы, диспозиции и санкции. Соглашаясь с этим подходом, тем не менее отметим, что связь между этими элементами может быть определена как *внешняя* структура нормы права, за которой можно обнаружить ее *внутреннюю* структуру, если использовать при этом не формально-юридический подход, а логико-лингвистический (семиотический), в соответствии с которым норма права – это знак, выражающий некоторое содержание (означаемое)¹, и референт (эмпирически данный объект).

Остановимся на проблемах, относящихся к **внешней структуре** нормы права, а затем перейдем к характеристике ее **внутренней** структуры.

Под *гипотезой* нормы права понимается модель фактических жизненных условий, при наступлении которых «включается в действие» само правило поведения. Другими словами, это модель конкретной жизненной ситуации, из которой предписывается нормой права возможность, долженствование или запрещение совершения каких-либо действий или воздержание от какого-то поведения. К таким юридически значимым условиям относятся, например, факт рождения ребенка, наступление определенного (допустим, пенсионного) возраста, совершение правонарушения или подача заявления, стихийное бедствие и т. п. В соответствии с отношением к волевому и интеллектуальному моменту, характеризующему субъекта поведения, гипотезы подразделяются на гипотезы-действия и гипотезы-события². Если модель жизненной ситуации связана с поведением, волей, желанием человека, то такую гипотезу называют гипотезой-действием; если же эта модель ситуации не связана с поведением, волей или желанием человека (например, стихийное бедствие), то такая гипотеза именуется гипотезой-событием. Данная классификация представляется наиболее важной; все остальные принципиального значения не имеют, поэтому останавливаться на них не будем.

Диспозиция нормы права – это само правило поведения. В диспозиции фиксируется, во-первых, на кого рассчитано это пра-

¹ На такую связь обращает внимание Н. В. Разуваев (Разуваев Н. В. Норма права как явление правовой культуры : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000).

² Совпадение с классификацией юридических фактов не должно смущать; об этом подробнее будет сказано ниже.

вило поведения, т. е. кто субъекты нормы права¹. Тем самым норма права закрепляет в обезличенной форме правовые статусы субъектов права (их права и обязанности). Во-вторых, что представляет собой само правило поведения. При этом норма права – это такое правило поведения, при котором действия одного субъекта должны быть ориентированы на действия другого субъекта, и наоборот. Норма либо управомочивает субъекта, либо обязывает его, либо запрещает ему что-либо. Второй субъект (а в норме права всегда фиксируется или предполагается второй субъект) также либо обязан, либо управомочен на какое-то действие, либо оно ему запрещается. Но всегда есть, условно говоря, «главный» субъект, который дает исходное начало взаимодействию. Например, покупателю адресована управомочивающая норма права, должностному лицу – обязывающая норма права, а лицу, совершившему преступление, – запретительная².

Главная классификация диспозиций норм права – по содержанию правила поведения. В таком случае диспозиции подразделяются на управомочивающие, обязывающие и запрещающие. По способу выражения диспозиции подразделяются на простые, описательные, ссылочные и бланкетные. Простая диспозиция ограничивается лишь указанием на соответствующее поведение, не описывая его подробно (например, умышленное убийство). Описательная диспозиция не просто именует соответствующее деяние, но дает перечень его основных признаков (например, кража – тайное хищение чужого имущества). Ссылочная диспозиция не раскрывает особенности формулируемого поведения (в этом смысле она напоминает простую диспозицию), но явно или неявно (подразумевая) отсылает к другой статье соответствующего нормативно-правового акта или к другому акту, где эти признаки (особенности) сформулированы. Наиболее типичные примеры ссылочных диспозиций касаются нарушения различного рода технических правил: правил техники безопасности, правил пожарной безопасности и т. п. Бланкетная диспозиция является

¹ Всякая норма, отмечал И. А. Ильин, определяет, в том числе, кто устанавливает определенное правило поведения и кому оно установлено (Ильин И. А. *Общее учение о праве и государстве* // Собрание сочинений. М., 1994. Т. 4. С. 67). На субъект как элемент нормы права, т. е. лицо или группу лиц, которым адресована норма, обращает внимание А. А. Ивин (Ивин А. А. *Логика норм*. М., 1973. С. 22–23).

² Запретительная норма права относится, конечно, ко всем субъектам, но лишь «предупредительно», информируя о возможных последствиях, если будет совершено общественно опасное деяние. В случае же его совершения она от имени государства непосредственно адресуется тому, кто это сделал.

разновидностью ссылочной. Здесь также само правило поведения не формулируется, а имеет место ссылка либо к инструкции, ведомственным правилам, техническим нормам, либо к соответствующим компетентным органам государственной власти, которым поручается установление этого правила поведения (выраженного, как правило, в ведомственных инструкциях).

Санкция нормы права – это формулировка наказания, которое следует при несоблюдении условий запретительной диспозиции. В литературе иногда встречается утверждение, что санкции бывают поощрительные (например, денежная премия, награждение медалью и т. п.). Представляется, что подобного рода «поощрительные санкции» это не что иное, как диспозиция нормы права, так как такая норма будет выглядеть следующим образом: при совершении геройского поступка (гипотеза) лицо, его совершившее, награждается медалью. Вторая часть этой нормы – это, конечно, никакая не санкция, а самая обыкновенная диспозиция¹.

Санкция нормы права – это модель наказания, предусмотренного нормой именно материальной отрасли права. В этом смысле санкция отличается от процессуальных принудительных мер (например, мер пресечения или обеспечения производства по уголовному делу), а также предупредительных мер, которые иногда именуют процессуальными санкциями². Наказание, предусмотренное санкцией, наступает только в том случае, если совершено правонарушение. Например, бессмысленно говорить о наказании при неиспользовании (нереализации) нормы права, содержащей управомочивающую диспозицию. Санкция реализуется только при несоблюдении условий именно запретительной диспозиции, предусмотренной материальной нормой права, так как только в этом случае действует признак противоправности (вспомним максиму: «Нет преступления без указания на него в законе»).

¹ «Принцип, состоящий в том, что за определенное поведение человеку назначается награда или наказание, – утверждал выдающийся австрийский юрист Г. Кельзен, – есть принцип воздаяния. Более общим по отношению к понятиям “награда” и “наказание” можно считать понятие “санкция”. Однако обычно санкцией называют только наказание, т. е. зло, которое должно быть причинено как следствие известного поведения. Это зло выражается в лишении определенных благ: жизни, здоровья, свободы, чести, материальных ценностей. Что же касается награды, то ее не принято называть санкцией» (Г. Кельзен. Чистое учение о праве / пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лёзова. 2-е изд. СПб., 2015. С. 39).

² Об отличии санкций от актов принуждения, не имеющих характера санкций, подробнее см.: Кельзен Г. Указ. соч. С. 56–58.

Основная классификация санкций – по степени их определенности. Они отличаются способом формулирования вида и меры наказания. В связи с этим критерием выделяются прежде всего абсолютно определенные санкции, содержащие один, строго определенный вид наказания и только одну меру (размер), тоже четко определенную. Например, за безбилетный проезд в общественном транспорте в г. С.-Петербурге предусматривается наказание только в виде денежного штрафа и только в размере пятьсот рублей. Таких санкций очень мало, так как они не позволяют учитывать обстоятельства правонарушения и личность правонарушителя. Поэтому гораздо чаще встречаются относительно определенные санкции, когда четко определен один вид наказания, а его размер варьируется от нижней до верхней границы (иногда устанавливается только верхняя граница, однако нижняя в любом случае предполагается). Например, лишение свободы от трех до восьми лет или лишение свободы до пяти лет. Достаточно распространенными являются альтернативные санкции, где на усмотрение правоприменителя оставляется вопрос выбора не только меры наказания, но и его вида, например, либо лишение свободы, либо денежный штраф. Существуют и так называемые кумулятивные санкции, согласно которым к основному виду наказания может быть добавлено дополнительное наказание. Дополнительные наказания – это такие, которые сами по себе не назначаются, но могут дополнять основные. К ним относятся конфискация имущества, возмездное изъятие имущества (предмета) или лишение специального права.

После краткой характеристики основных элементов нормы права рассмотрим чрезвычайно дискуссионный вопрос: *всегда ли эти три элемента нормы права в ней присутствуют?* Чаще всего в теории права утверждается, что все три элемента всегда существуют и могут быть выявлены если не прямо, то на основе опосредованного анализа¹. Однако детальный анализ этого вопроса позволяет усомниться в таком выводе.

Прежде всего необходимо отметить, что нет такой статьи нормативно-правового акта (а нормативно-правовой акт – основная форма права не только в странах континентальной Европы, но и в России), в которой одновременно содержались бы все три элемента нормы права. Более того, даже если считать большинство

¹ Такой подход, предполагающий обязательное наличие санкции в любой норме права, сформировался в нашей стране в 1940 году, в первом советском учебнике по теории государства и права, написанном М. С. Строговичем и С. А. Голунским (М., 1940) (Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции : монография. М., 2012. С. 102).

норм права ссылочными или бланкетными, то все три элемента нормы права невозможно найти даже в рамках одной отрасли права¹. Это обусловлено тем, что система права развивается по пути функциональной дифференциации основных видов норм права (в связи с обособлением основных сфер общества: обмена материальными ценностями, управления и привлечения к ответственности правонарушителей) – управомочивающих (регулирующих имущественные отношения), обязывающих («специализирующихся» на управленческих отношениях) и запретительных (обеспечивающих принуждением остальные сферы общества).

Иногда (и это достаточно распространенная точка зрения) утверждается, что «недостающие» элементы (чаще всего санкции) необходимо «искать» в других отраслях права (например, санкции конституционных норм – в уголовном праве). Однако при этом упускается из виду тот факт, что конституционные и уголовно-правовые нормы – это *разные* нормы права, принадлежащие к разным отраслям права. Так, если согласиться с тем, что санкции конституционных норм находятся в уголовном праве, то придется признать, что уголовно-правовых норм просто не существует – это все конституционные нормы.

Из вышеизложенного можно сделать вывод, что норма права имеет только те элементы, которые четко выражены в соответствующей форме – преимущественно в нормативно-правовом акте. Если отсутствует внешнее выражение какого-либо содержания, то говорить о существовании этого содержания – нормы права – невозможно.

Как же выйти из этого затруднительного положения? С одной стороны, норма права должна быть внешне выражена в каком-либо нормативно-правовом акте, но с другой стороны, ни одна статья нормативно-правового акта не содержит всех элементов нормы права. Можно ли в таком случае говорить, что норма права содержит все три элемента?

Многие ученые пытаются «обнаружить» якобы «скрытые» элементы правовой нормы. Вот как, например, пытаются решить эту проблему в уголовном праве. А. И. Бойцов, один из немногих, кто затрагивает эту проблематику, выделяет следующие элементы уголовно-правовой нормы в «позитивном аспекте»: если во время действия настоящего Кодекса (имеется в виду Уголовный

¹ Обоснование этого вывода см.: Мотовиловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права. Воронеж, 1990 ; Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993 ; Его же. Логико-языковые феномены в юриспруденции.

кодексе) лицо, достигшее ... летнего возраста, находящееся на территории... и являющееся вменяемым (гипотеза), то оно обязано или ему запрещается... (диспозиция), иначе это лицо подлежит осуждению с назначением наказания в виде ... (санкция). Та же норма, но уже в «ретроспективном» аспекте¹ предстает в следующем виде: если вменяемое, достигшее ... летнего возраста лицо, находясь на территории... в период действия настоящего Кодекса, совершит (гипотеза), то, установив это и выяснив отсутствие обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, а также невозможность исправления лица без применения мер уголовной ответственности, суд обязан назначить ему наказание в виде... (диспозиция), иначе вынесение неправосудного акта влечет ... (санкция)².

В связи с такой точкой зрения необходимо отметить следующее. Во-первых, описание субъекта и указание на действие Уголовного кодекса автором отнесены к гипотезе нормы права. Однако гипотеза – это модель фактических жизненных обстоятельств, характеризующих ситуацию, предшествующую действию соответствующего правила поведения. Действие Уголовного кодекса касается всех элементов всех уголовно-правовых норм. Описание субъекта – это элемент диспозиции, самого правила поведения, так как правило поведения не может быть без субъекта, который его реализует. Во-вторых, в «ретроспективном» аспекте диспозиция смешивается с санкцией, которая, как известно, предусматривает наказание. Поэтому «наказание в виде...» – это никак не диспозиция. В-третьих, вызывает сомнение несовпадение позитивных и ретроспективных структурных характеристик нормы права: в любом случае, соблюдается она или нет, – это одна норма права, поэтому и ее структура должна быть тождественна себе самой. На наш взгляд, приведенный пример (а их можно обнаружить и в работах по другим отраслям права) – это попытка сохранить традиционный теоретический подход «любой ценой».

Выход из такого положения может быть найден в различении логической нормы права и фактически существующей. Это различие между родовым понятием нормы права (общее) и реально существующими нормами права, которые всегда являются особым проявлением этого общего (при этом общее никогда це-

¹ Позитивный аспект связан с соблюдением нормы права, а ретроспективный – с ее нарушением.

² Бойцов А. И. Действие уголовного закона во времени и пространстве. СПб., 1995. С. 24.

ликом не реализуется в особенном, но реализуется во всем особенном в целом). Как нет эмпирически данного, фактически существующего человека как такового (родовое понятие), так нельзя обнаружить существование нормы права как общего понятия. Есть эмпирически данные люди, которые выражают родовые признаки общего понятия человека, хотя и всегда отличающиеся от этой «нормы». Точно так же обстоит дело и с нормой права: фактически существуют уголовно-правовые нормы, гражданско-правовые и т. д., в которых проявляются признаки родового понятия нормы права. Поэтому логическая структура нормы права – это три элемента, а фактическая норма права содержит только два элемента: условие, при котором вступает в действие норма (гипотеза), и само правило поведения – либо регулятивное (закрепляющее позитивные права и обязанности субъектов), либо охранительное (негативные права и обязанности, связанные с совершением правонарушения и применением наказания). Во втором случае (например, в уголовно-правовой норме) условие (гипотеза) формулируется в виде диспозиции нормы права (можно сказать, что гипотеза слита с диспозицией)¹.

Весьма интересна точка зрения по этому вопросу Е. Я. Мотовилова. По его мнению, общая (логическая) структура нормы права включает не три, а четыре элемента: гипотезу, диспозицию (позитивную), нарушение диспозиции (запретительную, негативную диспозицию) и санкцию². Это можно обосновать специализацией норм права на позитивном регулировании общественных отношений и их охране. В таком случае регулятивные нормы права содержат два первых элемента логической нормы права (это управомочивающие и обязывающие нормы права), а охранительные (или запретительные) нормы права – два вторых элемента.

Возможен и другой подход. Все дореволюционные юристы и целый ряд современных отечественных ученых полагают, что структура нормы права двухзвенная: она включает гипотезу и диспозицию. Диспозиция, в свою очередь, подразделяется на «позитивную» и «негативную». Последняя предполагает обязанность подвергнуться наказанию за совершенное правонарушение и по-другому именуется санкцией. Однако в таком случае получается, что санкция – это не самостоятельный элемент нормы права, что сегодня в отечественной юриспруденции вряд ли получит поддержку научного сообщества и практиков. Кроме того (и это более важно), между «позитивной» и «негативной» обя-

¹ Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве... С. 42.

² Мотовиловкер Е. Я. Указ. соч.

занными существует принципиальная разница по юридическим последствиям: в первом случае при добросовестном выполнении обязанностей предусматривается поощрение, а во втором – наказание. Поэтому предпочтительнее придерживаться различия между абстрактной или логической структурой нормы права¹, содержащей все три элемента, и фактическими нормами права, в которых выделяется два элемента.

Обратившись к соотношению нормы права и правоотношения, можно более подробно показать эту связь на примере их структуры. Генетическая и функциональная связь между нормой права и правоотношением должна обуславливать схожесть (если не тождество) их структуры, хотя в теории права никто на это пока не обратил должного внимания. Тем не менее она есть. Прежде всего, четко коррелируют гипотеза нормы права и юридический факт: и то, и другое – суть условие, при наступлении которого в первом случае (гипотеза нормы права) можно, должно или запрещено что-либо сделать, а во втором (юридический факт) это происходит фактически.

Несколько сложнее обстоит дело с диспозицией нормы права и элементами правоотношения. Однако принципиальной разницы здесь также нет и быть не может. Диспозиция – это, как уже известно, модель, правило самого поведения. В правовой реальности это правило представлено субъектами (кто осуществляет действия, подчиненные этим правилам), объектом – самим взаимодействием, которым реализуется правовая связь между субъектами, закрепленная в диспозиции нормы права, и содержанием правоотношения – правами и обязанностями субъектов, которые претворяются в жизнь (реализуются) посредством взаимодействия носителей этих прав и обязанностей (т. е. объекта правоотношения). Таким образом в диспозиции нормы права (в охранительной норме права – это санкция) закрепляются субъекты, их права и обязанности и само поведение, реализующее права и обязанности, т. е. все элементы правоотношения.

Дискуссионным является вопрос о **внутренней структуре** нормы права. Насколько нам известно, первым предложил рассматривать вместе с внешней структурой нормы права (гипотеза, диспозиция и санкция) еще и внутреннюю, «семиотическую», структуру нормы права Н. В. Разуваев². «Глубинная структура

¹ По мнению А. Ф. Черданцева, «так называемая логическая норма права — это не норма, составляющая часть законодательного текста, а теоретическая конструкция высказывания метаязыка (в основном в научных источниках) о нормах права» (Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции. С. 105).

² Разуваев Н. В. Указ. соч. С. 13, 16.

включает в себя три иерархически соподчиненных уровня (или плана): означаемого, значения и означающего»¹. Означаемое, по его мнению, – это ценности, которые формулируются в данной норме права. Означающее – норма права, выраженная как знак².

В общем и целом такой подход, связанный с использованием достижений семиотики, позволяет по-новому взглянуть на норму права, выявить в ней ранее не замеченные стороны, характеристики. Однако при этом не все выводы Н. В. Разуваева представляются бесспорными.

Знаковая ситуация, как ее изобразил еще в XIX в. Г. Фреге³, включает в себя связь трех элементов (так называемый «треугольник Фреге»): предмет (денотат, объем понятия) – знак (имя, слово) – понятие (десигнат, содержание понятия). Отношение знака и денотата образует значение знака; отношение знака к десигнату (понятию) есть выражение смысла, который заложен в понятии. Этот треугольник показывает, что мышление человека (его восприятие действительности) связано с предметами окружающего мира не прямо (непосредственно), а опосредованно, через знаки – заменители предметов. Особый интерес вызывает в этой связи представление о норме права как знаково-символической реальности (норма, как упоминалось выше, – это правило, зафиксированное в словесной форме). Норма права замещает собой правовую реальность, а ее восприятие предполагает оперирование со знаковой формой нормы права, но одновременно в соотношении (это нельзя забывать) с референтом – фактической реальностью (фактическими отношениями как юридически значимым поведением).

Наиболее важным вопросом, который возникает в связи с семиотическим рассмотрением нормы права, является проблема означаемого (предмета). По мнению Н. В. Разуваева, как уже отмечалось, означаемым выступают ценности. Полагаю, что норма права выражает прежде всего фактическое поведение (например, обычай – это выражение традиционного поведения), имеющее юридическое значение. Поэтому правоотношения (и в генетическом, и в функциональном смысле) – референт нормы права, а социальное представление об этом референте – означаемое. Эта связь – номинация или репрезентация – не прямое, зеркальное отражение. Более того, в современном постструктурализме (постмодернизме) наиболее радикальные сторонники этого

¹ Там же. С. 13.

² Там же. С. 16.

³ Фреге Г. Смысл и денотат // Семиотика и информатика. Вып. 8. М., 1977.

направления утверждают, что за актом номинации вообще отсутствует какое-либо содержание (например, политические партии сегодня, и с этим можно отчасти согласиться, выражают сами себя, а не волю народа – социальной группы, которой в эксплицитном виде вообще не существует). Знак (у Ж. Бодрийяра, Р. Барта, Ж. Деррида, Ж. Делеза), как и всякая структура, первичен по отношению к содержанию, организуя (создавая) его по своему образу. Активность формы (структуры), конечно, нельзя отрицать, как и невозможно элиминировать содержание, без которого знак просто не в состоянии воспроизводиться, а значит, и существовать.

Более перспективен в этой связи подход, позволяющий соединить семиотико-семантический аспект (отношение системы материальных объектов, являющихся знаками, к обозначаемым объектам) с прагматическим. Так, Е. Д. Смирнова, совершенно верно предполагая, что язык (знак) является средством номинации, предлагает переформулировать «треугольник Фреге» следующим образом, для того чтобы имело место понимание (перекодировка сигналов): производитель знака – знак – означаемое – воспринимающий знак. Такая схема учитывает «динамику» системы и позволяет говорить о ее традиционном или инновационном воспроизводстве, т. е. более глубоко представить природу (в том числе диалогическую) нормы права.

3.3. Виды правовых норм

Нормы права классифицируются по разным основаниям. По содержанию их диспозиции нормы права подразделяются на *управомочивающие, обязывающие и запрещающие*. Это наиболее важная классификация, так как она активно используется в других разделах теории права: например, при выделении форм реализации права (если реализуются запретительные нормы права, такая форма реализации права называется соблюдением; если реализуются обязывающие нормы – это исполнение, а если управомочивающие – это использование); метод правового регулирования также зависит от того, какие именно нормы права преобладают в данной отрасли права, и т. д.

В связи с данной классификацией вернемся к вопросу о том, всякая ли норма права обеспечена принуждением (как это думают позитивисты). Это весьма проблематично доказать применительно к управомочивающим нормам права, регулирующим, например, правила заключения гражданско-правовых договоров. Их принудительность иногда обосновывается ссылкой на то, что если заключен договор, то стороны должны соблюдать его усло-

вия; или – если есть желание заключить договор, то он должен быть заключен в такой-то определенной форме. Соблюдение сторонами этой формы принуждает к определенным действиям и доказывает (якобы) принудительность соответствующей нормы права. Однако в этих примерах происходит смешение управомочивающей нормы права и запретительной, которая негативно переформулирует управомочивающую норму права. Отказ от соблюдения условий договора – это не что иное, как гражданско-правовой деликт, который фиксируется в другом (не договорном) институте гражданского права и (как и уголовное право) обеспечивает остальные нормы частного права государственным принуждением. В отношении же необходимости соблюдения формы договора можно сказать, что это, конечно, определенный вид принуждения, природа которого скорее психологического плана, о чем писал в начале XX в. Л. И. Петражицкий. Однако связывать этот вид принуждения с санкцией вряд ли правомерно. Более того, специфика управомочивающих норм права состоит в том, что их обязательным условием (предпосылкой) является добровольное волеизъявление субъектов по их реализации; в любом случае от использования такой нормы права всегда можно отказаться, и никакого принуждения в таком случае быть не может.

Несколько сложнее обстоит дело с обязывающими нормами права. Неисполнение обязанности на первый взгляд должно влечь за собой наказание (применение санкции). Это действительно так, если эта обязанность переформулирована в соответствующем правовом институте в виде запретительной нормы права. Только в таком случае соблюдается принцип противоправности.

Соотношение нормативных модальностей – разрешено, обязательно, запрещено – исследуется деонтической логикой (логикой норм), согласно которой один вид правовых норм (например, управомочивающие) можно представить через другой (обязывающие или запрещающие). Деонтическая логика приходит к следующим непротиворечивым утверждениям: 1) разрешенное действие не является запрещенным; 2) если действие запрещено, то оно не обязательно; 3) если действие обязательно, то оно разрешено; 4) разрешается действие, если нет обязанности совершать иное действие. Этот перечень может быть продолжен (причем эти формулы можно читать как слева направо, так и наоборот), хотя основные группировки деонтических модальностей тут представлены¹.

¹ Ивин А. А. Указ. соч. С. 50 и след.

С логической точки зрения такие комбинации представляются оправданными. Однако реальное положение дел в юриспруденции заставляет поставить под сомнение категоричность (и главное – универсальность) такого вывода. Например, в отношении граждан принцип «разрешено все, что не запрещено» является достаточно распространенным, но не в финансово-правовых (налоговых) отношениях, в которых отсутствует презумпция невиновности, что выражается в обязанности заполнять налоговую декларацию, т. е. самому доказывать свою правопослушность. Для граждан в этих отношениях и для государственных служащих во всех случаях действует иной принцип: «разрешено только то, что прямо предписано». Так, отсутствие запрета в Конституции Российской Федерации выдвигать гражданам или общественным организациям, депутатам или представителям субъектов Российской Федерации кандидатуру главы Правительства или Генерального прокурора не означает возможность это реально сделать: это прерогатива исключительно Президента Российской Федерации. Поэтому здесь (в этом случае) нет разрешения на действия, которые формально не запрещены¹. Эти два режима необходимо учитывать при характеристике соотношения различных видов норм права.

Другие классификации норм права более традиционны и менее проблематичны. Так, нормы права классифицируются *по отраслям права*. Другая классификация предполагает выделение *материальных и процессуальных* норм. Вторые выполняют служебную роль, обеспечивая применение материальных норм к конкретным жизненным ситуациям. Однако эта прикладная (служебная) роль – важнейший показатель зрелости всей правовой системы. На это обращал внимание в середине XX в. Г. Харт, утверждавший, что уровень развития общества коррелирует с объемом в правовой системе так называемых «вторичных норм»: *rules of adjudication* – процессуальных норм, закрепляющих компетенцию и порядок деятельности правоприменителя; *rules of change* – норм изменений, регулирующих правила внесения изменений в действующую правовую систему; *rule of recognition* – норм признания, которые обеспечивают (или подтверждают, фиксируют) легитимность правовой системы².

¹ Наказания в случае выдвижения кандидатуры Председателя Правительства Российской Федерации гражданами не последует (нет такого запрета и санкции за его нарушение), но такие действия не будут иметь юридических последствий.

² Hart H. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 110–114.

В юридической литературе можно встретить суждение о том, что по функциям в механизме правового регулирования выделяются *так называемые исходные* (отправные, первичные, учредительные) нормы права. Сюда относят нормы-начала, нормы-принципы, определительно-установочные нормы и нормы-дефиниции¹. При этом отмечается, что они «занимают высшую ступень в законодательстве, имеют наиболее общий характер (наиболее высшую форму абстрактности) и играют особую роль в механизме правового регулирования общественных отношений»². Поэтому они «получают логическое развитие и конкретизацию в иных нормах, правилах поведения, что не исключает их прямого действия»³.

Представляется, что эти «исходные нормы права» не могут быть названы нормами права по той причине, что они не являются правилами поведения. Их невозможно использовать для того, чтобы соотносить с ними свое поведение. Поэтому такого рода статьи законодательства – это элементы норм права (диспозиции). Чтобы не формулировать понятие преступления или возраст уголовной ответственности применительно к каждой статье Особенной части УК РФ, их вынесли в Общую часть Кодекса. Эти положения относятся ко всем уголовно-правовым нормам. Все это – результат юридической техники.

Глава 4. СИСТЕМА ПРАВА

4.1. Понятие системы права

Нормы права в связи с эволюцией общества объединяются в более широкие общности, образуя в своей совокупности систему (или структуру) права. Система представляет собой объединение элементов, причем такое объединение, при котором целое приобретает новое (эмерджентное) качество, не сводимое к сумме свойств элементов, существовавших у них до объединения в систему⁴. Нормы права образуют систему, так как они взаимодопол-

¹ Общая теория права : курс лекций / под общ. ред. В. К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 289–290.

² Там же. С. 289.

³ Там же.

⁴ Н. Н. Моисеев рассматривает появление нового, непредсказуемого качества целого по сравнению со свойствами элементов, из которых состоит система как «механизм сборки». По мнению знаменитого ученого, «процессы объединения элементов идут непрерывно. Они происходят на всех уровнях организации материального мира – и в неживой природе, и в живом веществе, и в обще-

няют друг друга, в результате чего обеспечивается целостность общества (их эмерджентный эффект)¹. Способом объединения норм права является структура права. В связи с тем, что именно способ связи обеспечивает системность (целостность) норм права, систему и структуру оправданно рассматривать вместе.

В отечественной литературе систему (структуру) права представляют преимущественно как статические объективированные (а потому зачастую отождествляемые с законодательством) общности норм права. При этом, как правило, исходят из искусственности (сознательного проектирования) системы права. По этому поводу следует заметить, что система права, как и все, что нас окружает в социальном мире, создана, конечно, людьми. Но результат их действий практически всегда является непреднамеренным, непредвиденным, в чем проявляется эмерджентность системного качества. «История знает только один путь становления и развития права: самообучение на собственных ошибках», — утверждает Л. И. Спиридонов².

Сегодня наметился иной подход, пытающийся преодолеть традиционное представление о статичности системы права. В частности, А. В. Поляков настаивает на том, что система права состоит из правовых норм и возникающих на их основе межсубъектных правовых отношений; в своем социологическом ракурсе она представляет собой единство функционирующих в данном обществе правовых нормоотношений³. Такая точка зрения гораздо более перспективна. Однако вполне оправдан и несколько иной подход: если специфика нормы права состоит в ее динамической направленности (она формируется на основе предшествующих взаимодействий и предназначена для регулирования последующих общественных отношений и только в своей реализации в правоотношениях и иных формах приобретает подлинное

стве... Не будет ошибкой сказать, что основу “мирового движения” как раз и составляет непрерывная перестройка организации систем и их объединение в новые... Механизмы, которые определяются этими законами, условимся называть “механизмами сборки”. Их систематическое изучение мне представляется одним из наиболее важных направлений не только естествознания, но и общественных наук. Причем для процессов общественной природы их анализ особенно актуален» (Моисеев Н. Н. Расставание с простотой. М., 1998. С. 75–76).

¹ Совокупности норм права может быть приписано свойство системности для удобства их изложения и изучения.

² Спиридонов Л. И. Социология права // Спиридонов Л. И. Избранные произведения. С. 50.

³ Поляков А. В. Общая теория права. С. 488. При этом А. В. Поляков различает систему права и систему норм права — совокупность взаимосвязанных между собой правовых норм (Там же. С. 489).

бытие), то не будет ошибкой традиционное определение системы права с указанной оговоркой о «нетрадиционном» понимании сущности норм права. Таким образом, *система права – это взаимосвязь правовых норм, проявляющаяся в объективно складывающемся правопорядке.*

Нормы права в ходе эволюции общества объединяются в институты права – совокупности норм, регулирующих близкие, сходные общественные отношения, институты, в свою очередь, группируются в отрасли права, а последние – в общности права. Система права, следовательно, включает в себя нормы права, институты права, отрасли права и общности права. Кроме того, над правом соответствующего социума (государственно организованного общества) располагается система международного права. Рассмотрим, как и почему происходит объединение норм права в более широкие образования.

4.2. Отрасли и институты права

Наиболее важным и сложным вопросом применительно к объединению норм права является проблема выделения *отраслей права*. Эволюция общества, как утверждают многие философы¹, идет по пути дифференциации его отдельных сфер, выделения новых, все более специализированных социальных статусов и отношений между ними. Если в первобытном обществе все социальные нормы были относительно гомогенны, то по ходу дифференциации социума начинается неизбежная специализация социальных, в том числе правовых, норм. В эпоху ранних государств обособливаются три относительно самостоятельных сферы общества: сфера обменных отношений (шире – частная, приватная сфера), сфера управления и сфера совершения правонарушений и наказаний за них². Очевидно, что эти принципиально разные области человеческих отношений, в которых человек приобретает весьма различные социальные (и правовые) статусы, невозможно урегулировать одними и теми же нормами. Для одной сферы активно необходимы одни нормы права, для другой – другие, а

¹ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии. М., 1991 ; Парсонс Т. Система современных обществ. М., 1998 ; Элиас Н. Указ. соч. ; А. Гелен утверждал, что эволюция сопровождается специализацией социальных институтов (Gehlen A. Moral und Hipermoral. Frankfurt am Main, 1975).

² Правонарушения, в принципе, могут быть совершены в любой сфере общества. Выделение же самостоятельной области человеческих отношений, связанной с применением наказания, обусловлено первейшей потребностью общества в защите себя от общественно опасных посягательств.

для третьей – трети. Таким образом, процесс социальной дифференциации порождает потребность в обособлении норм права. В связи с этим происходит выделение частноправовых норм, представленных гражданским правом, публично-правовых норм, выраженных первоначально в нормах полицейского права¹, и процессуальной отрасли права², а также запретительных норм, закрепляемых уголовным правом. Эти группы норм представляют собой три «первичных» отрасли права, которые сегодня именуются общностями права. На более поздней ступени эволюции происходит относительное обособление общественных отношений внутри трех сфер общества, что послужило причиной выделения новых отраслей права, «тяготеющих» к трем первичным отраслям. Это выделение происходит путем «отпочкования» от господствующей отрасли права относительно самостоятельных образований, которые, преимущественно в силу их значимости и традиции, приобрели в глазах юридического научного сообщества статус отраслей права. Так, из гражданского права выделяются семейное право и трудовое право, полицейское право трансформируется в государственное, административное и финансовое и т. д. Таким образом, выделение относительно самостоятельных сфер общества порождает потребность в дифференциации норм права. Сфера общественных отношений выступает первым и главным критерием обособления отраслей права – *предметом правового регулирования*.

Предмет правового регулирования отвечает на вопрос *что* регулирует данная отрасль права, отношения в какой сфере общества. При этом следует иметь в виду, что речь идет не просто о видах человеческой деятельности, но именно о первичных, наиболее фундаментальных сферах общества. С другой стороны, этот критерий четко действует при отграничении трех первичных

¹ До конца XIX в. полицейское право представляло собой право внутреннего государственного управления, включающего в себя два основных института – полицию (от лат. *politia*) благосостояния и полицию безопасности. Из первой части полицейского права в XIX в. выделяются конституционное право и административное право, в которых полицейское право «растворилось» в начале XX в. Об этом подробнее см.: Галлиган Д., Полянский В. В., Старилов Ю. Н. Административное право: история развития и основные современные концепции. М., 2002. С. 11–42 ; Старилов Ю. Н. Курс общего административного права. М., 2002. Т. 1. С. 8–60. Из дореволюционных российских работ по полицейскому праву см.: Андреевский И. А. Полицейское право. В 2 т. 2-е изд. СПб., 1874–1876 ; Трасов И. Т. Очерк науки полицейского права. М., 1897.

² Разграничение уголовного и гражданского судопроизводства и соответствующих отраслей права происходит на достаточно поздней стадии эволюции общества.

отраслей права. Внутри этих отраслей-общностей логика предмета правового регулирования не работает. Так, весьма проблематично определить отличие имущественных и личных неимущественных отношений, с имуществом связанных (предмет гражданского права), от трудовых отношений или семейных. В самом деле, договор подряда и трудовой договор по содержанию практически совпадают¹, но влекут отношения, регулируемые разными отраслями права. Еще сложнее отличить государственно-управленческие отношения (предмет административного права) от отношений, связанных с управлением в области финансов (предмет финансового права). Конечно, отношения по поводу финансов – чрезвычайно важный круг общественных отношений. Но принципы управления финансами ничем не отличаются от принципов управления транспортом, вооруженными силами, здравоохранением или народным просвещением. Если же выделять в качестве самостоятельных транспортное, «армейское», медицинское и образовательное право, то что останется на долю административного права? Таким образом, для выделения «нетрадиционных» отраслей права объективных оснований не существует, но есть сложившаяся *традиция* считать их отраслями права, тесно связанная с представлением о значимости определенного вида общественных отношений для общества. Такая традиция дополняет предмет правового регулирования. Формируя представление о значимости соответствующих отношений для общества, она – традиция – является основанием для формулирования соответствующих норм права в законодательстве. Для этого же имеет значение относительная длительность правового (законодательного) регулирования соответствующих отношений².

Еще одним критерием выделения отраслей права, работающим также на уровне общностей права, является *метод правового регулирования*. Метод правового регулирования – это приемы, способы, с помощью которых отрасль права воздействует на свой предмет. При этом метод – это не какое-то «приспособление», которое берут и применяют к общественным отношениям, а сами нормы права. В зависимости от того, какие нормы права преобладают в той или иной отрасли, различают диспозитивный метод правового регулирования, императивный и также можно выде-

¹ Различия этих договоров касаются не характера деятельности, а социальных вопросов, связанных с ней, и условий деятельности, а также формальных моментов этих договоров о производстве чего-либо и оплате этой деятельности.

² Так, финансовое законодательство как относительно самостоятельное возникает в XVI в.

лить запретительный (охранительный) метод¹. В отраслях частного права преобладают управомочивающие нормы права. Метод правового регулирования посредством управомочивающих норм права является диспозитивным, основанным на равенстве статусов субъектов, выражающемся в том, что одна сторона не может навязать другой свою волю, заставить ее что-либо делать вопреки своему желанию. Лишь при наличии обоюдного согласия будет иметь место правовое поведение сторон. Этот метод иногда именуют «методом децентрализованного регулирования» или «автономным»². Он характерен для гражданского права, семейного и трудового.

Отрасли публичного права содержат в основном обязывающие нормы права, которые образуют императивный метод правового регулирования (или централизованный). Он отличается неравенством (хотя и относительным) статусов субъектов и имеет место во властеотношениях. Действительно, статус начальника и подчиненного, должностного лица и гражданина в административных или финансовых правоотношениях отличается неравенством, проявляющимся в возможности первого отдать обязательный приказ (указание) в отношении второго. Относительность такого неравенства заключается в том, что начальник не может приказывать подчиненному (а тем более гражданину, являющемуся объектом надзора) все, что угодно, а лишь то, что входит в его компетенцию. Императивный метод характерен для конституционного, административного, финансового и процессуальных отраслей права³.

В уголовном праве, а также уголовно-исполнительном доминируют запретительные нормы права, отличающиеся тем, что лишь они снабжены санкциями. Именно эти нормы образуют третий метод правового регулирования – запретительный (охранительный), который весьма близок императивному, но отличается от него тем, что только в нем реализуется принуждение в виде применения санкции правовых норм.

¹ Выделение запретительного метода правового регулирования не является традиционной точкой зрения в юридической литературе, однако логика в этом, несомненно, присутствует. Заметим, что излагаемый подход впервые был предложен В. Д. Сорокиным (Сорокин В. Д. Метод правового регулирования. М., 1976 ; Его же. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс // Правоведение. 2000. № 4. С. 41).

² Поляков А. В. Общая теория права. С. 444.

³ Вплоть до XIX в. четкого разделения на уголовный и гражданский процесс не существовало (Лукиянова Е. Г. Теория процессуального права. М., 2003. С. 125).

Над всеми отраслями права располагается конституционное право, закрепляющее правовые принципы организации всех сфер общества. Нормы конституционного права выступают исходным основанием для норм всех отраслей права. В этом проявляется особый статус данной отрасли права.

Значительной особенностью по сравнению с отраслями внутреннего (внутригосударственного) права обладает международное право, подразделяемое, в свою очередь, на международное частное и международное публичное право, а также многочисленные подотрасли и институты.

Таким образом, отрасли права отличаются предметом правового регулирования, традицией как значимостью регулируемых общественных отношений, а также методом правового регулирования.

Система права включает также **институты права**, представляющие собой объединения правовых норм внутри соответствующей отрасли права. Они обособливаются по кругу регулируемых общественных отношений, выделяемых внутри предмета правового регулирования. Так, в уголовном праве выделяются такие институты, как преступления против личности, преступления против собственности и т. д. (преимущественно по этому критерию строится Особенная часть УК РФ); в административном праве выделяются соответствующие институты по сферам государственного управления: управление в области транспорта, здравоохранения, образования и т. д. При этом критерии выделения институтов права еще более произвольны, нежели критерии обособления отраслей права.

4.3. Общности права

Высший уровень абстрактности системы права образуют общности права – такие правовые образования, в которые группируются отрасли права.

Уже древнеримские юристы (в теории) расчленяли всю область права на две сферы – сферу публичного права (*jus publicum*) и сферу частного права (*jus privatum, jus civile*). С этого времени данное деление стало традиционным, хотя, следуя логике классификации норм права на управомочивающие, обязывающие и запретительные, представляется оправданным выделение и третьей общности права – запретительной. Тем не менее до сих пор остается дискуссионным вопрос о критериях выделения двух «классических» общностей права – частного и публичного.

Со времен Ульпиана, знаменитого древнеримского юриста (II–III вв.), господствует представление о том, что частное право –

это то, которое имеет в виду интересы индивида как такового, а публичное право – которое имеет в виду интересы государства как целого¹. Однако очевидно, что для государства безразличны вопросы, относящиеся к строению семьи, собственности или наследованию, поставкам провианта или обмундирования для военных нужд, и другие, принадлежащие к области частного, а не публичного права². Достаточно спорным является и такой критерий, как способ защиты нарушенного права: частное право охраняется по инициативе частного лица в порядке гражданского судопроизводства, а публичное – по инициативе государственной власти в порядке уголовного или административного судопроизводства.

Более перспективным представляется предлагаемый в качестве главного критерия разграничения частного и публичного права тип (принцип) правового регулирования³. **Публичное право** распространяется на отношения, регулируемые исключительно велениями, исходящими из единого центра, каковым является государственная власть. Именно она своими нормами указывает каждому лицу его «юридическое место», его права и обязанности по отношению к государству как целому и отдельным лицам. Исходящие от государственной власти нормы имеют здесь (в этой сфере) безусловный, принудительный характер, а предоставляемые ею права «имеют в то же самое время характер обязанностей: они должны быть осуществлены, так как неосуществление права явится неисполнением сопряженной с ним обязанности (бездействием власти)»⁴. Такой тип (принцип) правового регулирования сегодня именуется общезапретительным (разрешительным) и выражается в формуле: разрешено то, что прямо предписано. Выход за рамки предписанного либо признается правонарушением (если это сформулировано в запретительных нормах), либо результат такого действия — юридически недействительным. Именно он касается государственных органов и государственных служащих, а также граждан, вступающих в публичные правоотношения. Как видим, в этой области общественных от-

¹ «Публичное право – это то, которое относится к пользе римского государства, частное – которое относится к пользе отдельных лиц» (Ульпиан. Дигесты, 1, 1, 1, 2).

² Эти примеры приводятся И. А. Покровским (Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 37).

³ Первым этот критерий выдвинул Л. И. Петражицкий (Petrazycki L. von. Die Lehre vom Einkommen. Bd. 11. Berlin, 1895. S. 462 und and).

⁴ Покровский И. А. Указ. соч. С. 38–39.

ношений доминируют позитивные обязанности, т. е. обязывающие нормы права¹.

В сфере *частного права* государственная власть принципиально воздерживается от непосредственного и властного регулирования общественных отношений. Правовое регулирование предоставляется множеству «маленьких центров», некоторым социальным единицам – субъектам права: отдельным индивидам, корпорациям и учреждениям (юридическим лицам). Эти маленькие центры признаются носителями собственной воли и собственной инициативы и именно они наделяются правом регулирования взаимных отношений между собой. Государственная же власть лишь охраняет то отношение, которое устанавливается частной волей². Такой тип (принцип) правового регулирования является децентрализованным. Он основывается на управомочивающих нормах права, а также коррелирующих с ними запретительных нормах: правовое регулирование в данном случае часто ограничивается установлением общих запретов, допускающих наиболее широкий выбор вариантов поведения – любого, который не является запрещенным. Данный тип правового регулирования именуется общедозволительным и формулируется следующим образом: разрешено все, что не запрещено. Он предполагает установление общих запретов; все, что не подпадает под эти запреты, автоматически считается разрешенным (в этом принципиальное отличие этого типа правового регулирования от централизованного, разрешительного).

Таким образом, отрасли частного права (гражданское, семейное, трудовое), закрепляя преимущественно частный интерес, основываются на принципе децентрализации, предоставляющем максимально широкий простор для личной инициативы. Отрасли же публичного права (конституционное, административное, финансовое, процессуальные отрасли) закрепляют преимущественно всеобщий (публичный) интерес и основываются на принципе централизации, необходимом для поддержания установленного порядка во властеотношениях.

Если выделять в качестве самостоятельных запретительные нормы права, то есть логика в обособлении *запретительной (или охранительной) общности права*, представленной уголовным³, уголовным процессуальным и уголовно-исполнительным

¹ Подробнее об этом типе правового регулирования см.: Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 163.

² Покровский И. А. Указ. соч. С. 39.

³ Интересно, что во Франции выделяются две юридические сферы, в которых производится «агрегация» (выдвижение своей кандидатуры на занятие

правом (с функциональной точки зрения сюда же относятся деликтные институты из административного права и гражданского права – институты административных и дисциплинарных проступков и гражданских правонарушений)¹. Именно эта общность права (достаточно близкая к публичному праву, хотя несколько отличающаяся от него) призвана обеспечивать охрану правопорядка установлением запретов и применением наказаний за их несоблюдение. Запретительный (или охранительный) метод правового регулирования напоминает, на первый взгляд, императивный. Он также предполагает неравенство сторон и складывающихся на его основе правоотношений. Однако есть и существенные различия. Исходной нормой права здесь выступает запретительная. Только в этих нормах формулируются запрет и санкция за его несоблюдение. Благодаря этим нормам (и, соответственно, методу правового регулирования) очерчивается круг деяний, оцениваемых обществом (сегодня через законодателя) как социально вредные, общественно опасные, и для их предупреждения формулируется наказание, которое должно последовать со стороны государства за несоблюдение этих запретов. Тем самым общество защищает себя от крайних проявлений дезорганизации и охраняет позитивные отношения, складывающиеся во всех «позитивных» сферах жизнедеятельности социума. Только посредством этого метода правового регулирования (действий субъектов, использующих этот метод правового регулирования) осу-

профессорской должности): частное право и уголовно-правовые науки, первая, и публичное право, вторая. Аналогично классифицируются и научные специальности: 01 – частное право и уголовно-правовые науки; 02 – публичное право. Поэтому во Франции уголовное право – это не столько «публично-правовой механизм, служащий укреплению государственной власти», сколько «средство защиты субъективных гражданских прав (право на жизнь, на телесную неприкосновенность, на неприкосновенность собственности и т. д.)» (Головко Л. В. Вступительная статья // Кабрияк Р. Кодификации. М., 2007. С. 10, 12, 13). Однако очевидно, что уголовное право призвано охранять не только частные интересы, но и публичную сферу общества. Поэтому было бы логичнее присвоить наукам уголовно-правового цикла шифр «03».

¹ Дискуссионным является вопрос об отнесении уголовно-процессуального права к публичному или запретительному (охранительному). Хотя оно не регламентирует применение наказания, предусмотренного уголовно-правовой нормой права, но обеспечивает применение наказания к лицу, совершившему преступление, и поэтому является процессуальной формой уголовных правоотношений, вне которой последние в принципе не существуют в эмпирической реальности. Поэтому есть аргументы для того, чтобы считать уголовный процесс отраслью запретительной (охранительной) общности права.

шествуется на практике применение наказания со стороны государства к тем, кто совершил общественно опасное деяние.

Важно отметить, что неисполнение обязанности само по себе не влечет применение государством к ее нарушителю мер наказания. В соответствии с принципом законности наказание может быть применено только при наличии запретительной (охранительной) нормы права, содержащей формулировку неисполнения такой обязанности, и, конечно, при наличии процессуального решения о применении наказания. Без такой нормы самое «злостное» неисполнение обязанности не может считаться правонарушением и влечь наказание. В этом принудительном аспекте, как представляется, и состоит главное отличие запретительного (охранительного) метода правового регулирования от императивного.

Запретительный (охранительный) метод правового регулирования является основой соответствующего типа правового регулирования, который можно выразить формулой «запрещено и наказуемо все то (и только то), что закреплено в законе».

4.4. Правовая система

Понятие «правовая система», утвердившееся в нашей стране в середине 80-х гг., введено для того, чтобы, с одной стороны, показать различие статического позитивистского подхода к системе права как структуре и динамического, социологического. С другой стороны, это понятие вошло в научный оборот в связи с анализом правовых систем мира.

Под правовой системой традиционно понимается «совокупность взаимосвязанных и взаимодействующих правовых средств, регулирующих общественные отношения, и правовых явлений, существующая в отдельной стране (национальная П.с.). Международное право образует самостоятельную П.с. К элементам, взаимодействующим на разных уровнях П.с., относят: 1) действующие правовые нормы и систему источников права; 2) особенности правосознания и правовой культуры, правовые понятия, юридическую науку и правовую идеологию, правовую политику; 3) систему правоотношений, состояние правопорядка и законности; 4) юридическую практику; 5) юридическую технику»¹. Эти пять элементов можно обобщить в три: 1) система права (включающая систему внешнего выражения норм права), 2) правовая культура и 3) правопорядок, включающий деятельность по конструированию норм права (правовая политика), их техническому совершенствованию и воспроизводству в практиках.

¹ Юридическая энциклопедия. С. 807–808.

С позиций постклассической теории права, акцентирующей внимание на динамическом аспекте системности права, нет принципиальной разницы между понятиями «система права» и «правовая система». Система права (или правовая система) с позиций постклассической онтологии – это процесс воспроизводства правовой реальности, а не статичная структура – связь между элементами. Она отвечает на вопрос «как функционирует система права», а не на вопрос «что это такое». Она преодолевает механистический объективизм, свойственный классическому системному подходу и традиционным трактовкам системы права¹, в пользу intersubъективной сконструированности и воспроизводимости практиками людей того, что ими (референтной группой) оценивается в качестве системы права. Системность – не объективное свойство правовой реальности, а приписываемое ей качество наблюдателем. При этом система – это не некая материальная сущность, но «невидимая субстанция» (Й. Шапиро), существующая как социальное представление о типичном поведении в определенных ситуациях, реализуемое в повторяемых, похожих друг на друга, типичных, действиях людей (что не означает «необъективность» структуры – «нематериальность» действительна тем, что порождает поведение). Поэтому государство, правовые институты, в том числе норма права – это люди, носители соответствующих статусов (в том числе правовых), господствующие представления о статусах (типизированных действиях) и их воспроизводство в фактических актах поведения (практиках).

Элементом правовой системы (или правовой реальности) можно приписать свойства системности. Они (эти свойства) проявляются во взаимообусловленности или взаимодополнительности активности человека по конструированию норм права, в формах, фиксирующих эту активность, и их воспроизводстве практиками конкретных людей. Конструирование норм права одновременно предполагает конституирование субъектов права, соотношение своих потребностей и ожиданий с предполагаемыми ожиданиями обобщенного Другого (действия которого реифицируются как «поведение» структуры – правового института) и, тем самым, воспроизводство правовой реальности. В этом процессуальном аспекте системы права заключено содержание постклассической методологии.

¹ Критику объективистского подхода к системе права см.: Антонов М. В. О системности права и «системных» понятиях в юриспруденции // Правоведение. 2014. № 1. С. 24–42. В то же время невозможно согласиться с позицией автора о бесперспективности понятия «система права» и необходимости отказа от него в пользу понятия «правопорядок».

Таким образом, правовая система с позиций постклассической методологии – это процесс конструирования и воспроизводства правовой реальности, прежде всего образцов поведения, отвечающих интересам правящей элиты и основных референтных групп (или компромисс борьбы элиты и контрэлиты, в которую задействованы референтные группы), обладающих общественной легитимностью и социальной функциональной значимостью. С помощью механизмов юридического означивания (приписывания юридических значений) единичное действие и ментальный образ (представление) становятся социальным – нормой права, а затем норма права реализуется в практиках людей, согласующих свое поведение с информацией, в ней зафиксированной.

Глава 5. ФОРМЫ ВНЕШНЕГО ВЫРАЖЕНИЯ НОРМ ПРАВА

5.1. Понятие и виды форм внешнего выражения норм права. Систематизация форм внешнего выражения норм права

Нормы права существуют, только если получили надлежащее внешнее выражение, или закрепление, в соответствующих формах. «*Форма права*, – пишет М. Н. Марченко, – может быть определена как способ (прием, средство) внутренней организации и внешнего выражения права, а точнее – выражения содержащихся в нормах права правил поведения»¹. В позитивистской доктрине понятие «форма внешнего выражения норм права» совпадает с понятием «источник права». Однако с точки зрения развиваемого в данной работе подхода, как уже заявлялось выше, эти понятия не тождественны.

Нормы права получают внешнее выражение в следующих основных формах: нормативный правовой акт, судебный прецедент, правовой обычай, нормативный договор, правосознание (правовая доктрина), религиозные нормы, которые в некоторых правовых системах наделены правовым содержанием. Существуют и другие, менее распространенные формы внешнего выражения норм права: акты общественных организаций, за которыми признается нормативное юридическое значение, акты ком-

¹ Марченко М. Н. Источники права : учеб. пособие. М., 2005. С. 40.

мерческих организаций, которым придается юридическая сила, и др.¹

Формы внешнего выражения норм права для удобства работы с ними подвергают постоянной систематизации – упорядочению нормативного материала, приведению его в согласованную систему. В процессе систематизации нормативный материал подвергается обработке, в результате которой формы внешнего выражения норм права (преимущественно нормативные правовые акты) располагаются в определенном порядке: распределяются (классифицируются) по разделам, рубрикам, т. е. упорядочиваются, приводятся в определенную систему. Это так называемая внешняя систематизация. Внутренний аспект систематизации направлен на обеспечение единства правовых норм, устранение коллизий и пробелов в правовом регулировании, издержек юридической техники при изложении правовых норм.

Систематизация форм внешнего выражения норм права необходима, во-первых, для дальнейшего развития правовой системы. Во-вторых, с ее помощью производится ревизия системы нормативного правового материала. В-третьих, она обеспечивает возможность быстро ориентироваться в законодательстве, оперативно находить и правильно толковать все нужные нормы. В-четвертых, она необходима для обучения студентов – будущих юристов, для оптимизации проведения научных исследований, для целенаправленного и эффективного правового просвещения.

В современной юридической практике используются четыре способа систематизации форм внешнего выражения норм права (прежде всего нормативных правовых актов):

¹ Следует заметить, что объем и содержание форм внешнего выражения норм права зависит от типа правопонимания. Так, Л. И. Петражицкий к «видам позитивного права» кроме обычного права, законов и судебной практики отнес книжное право («составленные кем-либо, хотя бы частным лицом сборники правовых изречений подчас приобретают в правовой жизни нормативное значение, подобно законодательным кодексам»); право принятых в науке мнений; право учений отдельных юристов или групп их; право юридической экспертизы; право изречений религиозно-этических авторитетов: основателей религий, пророков, апостолов, святых, отцов церкви и т. д.; право религиозно-авторитетных примеров, образцов поведения; договорное право; право односторонних обещаний; право программ, сообщений о будущих действиях, программное право; право, ссылающееся на признание обязанной стороны, признанное право; прецедентное право; право юридических поговорок, пословиц; общенародное, вездесущее право и т. п. (Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 458–484).

1) сбор, обобщение нормативно-правовых актов государственными и иными организациями по предмету их деятельности – учет;

2) объединение, «инкорпорирование» нормативных правовых актов по тем или иным признакам в различные сборники, собрания – инкорпорация;

3) укрупнение, или консолидирование, множества нормативных актов по одному и тому же или нескольким взаимосвязанным вопросам в один акт, при котором они утрачивают свою юридическую силу и приобретают ее в таком укрупненном акте, – консолидация;

4) подготовка и принятие новых кодифицированных актов на основе переработки содержания действующих нормативных правовых актов, а также введения в действие для регулирования данного вида отношений – кодификация¹.

Учет нормативного материала включает сбор и хранение сведений о действующих формах права (преимущественно нормативных актах), о внесении в них изменений и дополнений.

Инкорпорация – это такая форма систематизации, когда формы внешнего выражения норм права (нормативные правовые акты) определенного уровня без их изменения объединяются полностью либо частично в сборники или собрания в определенном порядке (хронологическом, алфавитном, системно-предметном).

Консолидация – это своеобразный вид правотворчества, особенность которого заключается в том, что новый укрупненный акт не меняет содержание правового регулирования, не вносит изменений в действующее законодательство. Ее отличие от инкорпорации состоит в том, что нормативные правовые акты утрачивают свою юридическую силу как самостоятельные акты и приобретают ее в консолидированном акте как его элементы.

Кодификация законодательства – это правотворческая деятельность, форма коренной переработки действующих в определенной сфере отношений нормативных актов, способ качественного упорядочения законодательства, обеспечения его согласованности и компактности, а также освобождения от устаревших норм. Результатом такой деятельности является кодифицированный акт, отличающийся более сложной структурой по сравнению с некодифицированными актами.

Кодификация законодательства – одно из базовых условий его стабильности. На кодификацию законодательства влияют по

¹ Подробнее см.: Систематизация законодательства в Российской Федерации / под ред. А. С. Пиголкина. СПб., 2003. С. 30–47.

большому счету все социальные факторы: экономические, политические, национальные, культурные, исторические, демографические, психологические и др. Кодификация законодательства относится исключительно к нормативным правовым актам и не распространяется на иные формы внешнего выражения нормативности права.

Кодификация законодательства существенно отличается от других видов систематизации.

1) целью кодификации является создание единого и согласованного нормативного акта;

2) кодекс отличается своей структурой от некодифицированных нормативных правовых актов;

3) цельность кодексу придают не только однородность регулируемых им общественных отношений (его предмет), но и специфический метод их регулирования, а также закрепленные в нем принципы отрасли или института права;

4) кодификация осуществляется периодически в зависимости от накопленного нормативного материала и объективной необходимости его всесторонней переработки;

5) собранные правовые предписания перерабатываются основательно, т. е. они могут быть изменены, дополнены, преобразованы. На их основе или только с их учетом могут быть созданы новые правовые предписания;

6) все правовые предписания, намеченные для включения в кодекс, требуется увязать и расположить по заранее установленной схеме;

7) результаты кодификации всегда носят официальный характер;

8) кодифицированный акт является обязательным для всех его адресатов¹.

Кодифицированный акт (кодекс) – единый, внутренне согласованный нормативный правовой акт (закон, иной нормативный акт), обеспечивающий полное и системное регулирование данной группы общественных отношений.

Термин «кодекс» произошел от латинского *codex*, в свою очередь представляющего собой преобразование другого слова – *caudex*, что означает «ствол дерева». Юридические словари стран

¹ Подробнее см.: Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник. М., 2007. С. 316–317 ; Кодификация законодательства: теория, практика, техника : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (Нижний Новгород, 25–26 сентября 2008 года) / под ред. В. М. Баранова, Д. Г. Краснова. Н. Новгород, 2009.

континентальной Европы дают следующие значения термина «кодекс»:

1) связанный внутренней логикой свод актов, включающий сообразно систематическому плану совокупность правовых норм, относящихся к определенному предмету. Является результатом либо законодательных работ (гражданский кодекс, уголовный кодекс), либо регламентарной деятельности правительства (Новый Гражданский процессуальный кодекс Франции), либо формальной кодификации (посредством издания декретов) актов, сохраняющих свое действие и сгруппированных согласно источнику их происхождения (например, Кодекс судостроительства Франции, Кодекс законов о строительстве и жилье, Кодекс законов об управлении в коммунах);

2) совокупность обычно-правовых неписаных норм, рассматриваемых в определенной области в качестве норм основополагающих (например, ссылка на некий кодекс чести);

3) наименование компиляций нормативных актов, публикуемых определенным издательством;

4) древние сборники или компиляции законов (например, Кодекс Юстиниана)¹.

Особенности кодифицированного акта в нашей стране следующие: 1) кодекс, как правило, является законодательным актом; 2) кодекс подробно и всесторонне регулирует обширную область общественных отношений, что исключает необходимость дальнейшей детализации его положений в других законодательных актах (это дает возможность непосредственного использования его положений в правоприменительной деятельности); кодекс — это такой акт, который детально и конкретно регулирует определенную сферу отношений. Кроме норм-принципов, норм-дефиниций кодекс содержит установления, определяющие конкретные модели поведения. Этим кодекс отличается от основ законодательства, реализация установлений которых сопряжена с их предварительной конкретизацией; 3) кодекс является нормативным правовым актом, наиболее обширным по числу содержащихся в нем норм права, которые группируются по правовым институтам; 4) кодекс отличается специфической структурой: он состоит из общей и особенной частей. Специфика общей части кодекса в том, что в ней содержатся элементы диспозиций норм права, которые закрепляются в особенной части кодекса. Поэтому одна норма права, сформулированная в кодексе, формулиру-

¹ Кабрияк Р. Кодификации / пер. с фр. Л. В. Головки. М., 2007. С. 98–99.

ется в конкретной статье (часть – части статьи) особенной части и в целом ряде статей общей части кодекса¹.

5.2. Нормативный правовой акт

Господствующей в странах континентальной Европы и в нашей стране формой внешнего выражения норм права являются нормативные правовые акты. *Нормативный правовой акт – это решение компетентного органа государственной власти, выраженное в виде документа, принятое в установленном порядке, содержащее норму права, действующее в отношении неопределенного круга лиц, неоднократно применяемое и действующее на всей территории, на которую распространяется компетенция государственного органа, его издавшего.* Нормативные правовые акты представляют собой разновидность юридических актов. Они отличаются от индивидуально-правовых актов тем, что содержат норму права, а не являются актами правоприменения. Конкретнее, отличие состоит в том, что нормативные акты адресованы неопределенному кругу лиц, в то время как индивидуальные – строго определенному (персонифицированному) субъекту. Нормативные акты, по общему правилу, бессрочны: они действуют с момента их издания и до отмены; индивидуальные акты действуют один раз. Третье отличие касается территориальных пределов действия: нормативные правовые акты распространяются на всю территорию в соответствии с компетенцией издавшего их государственного органа.

Иерархию нормативно-правовых актов составляют: конституция, законы и подзаконные акты. Конституция, будучи основным законом государства, закрепляет принципы правового положения личности, общественного и государственного устройства. Она обладает высшей юридической силой и регулирует наиболее важные отношения в обществе. Принимается конституция, как правило, в особом порядке, и этим также отличается от других нормативно-правовых актов. Законы – это нормативно-правовые акты, регулирующие наиболее важные (после конституционного регулирования) вопросы жизнедеятельности общества. Они принимаются в демократических государствах парламентом или на референдуме в соответствии с законотворческой процедурой. Законы подразделяются на конституционные (органические)² и «те-

¹ Кашанина Т. В. Указ. соч. С. 316 ; Тихомиров Ю. А. Теория кодекса // Кодификация законодательства ...

² «Органические законы, как правило, обладают большей юридической силой, чем простые законы, но меньшей, чем конституции. Органические законы

кушие», или «обычные». В некоторых государствах (например, в Российской Федерации) существуют как самостоятельный вид законы о внесении изменений в конституцию. В нашей стране в связи с федеративной формой территориального устройства выделяются федеральные законы и законы субъектов Федерации¹. К подзаконным нормативным актам относятся указы Президента, постановления Правительства, приказы, инструкции и решения коллегий министерств и ведомств, а также соответствующие подзаконные нормативные акты органов государственной власти субъектов Федерации².

5.3. Судебный прецедент

*Прецедент – это решение, принятое в одном спорном случае, которое становится обязательным (образцом) для других однородных случаев*³. «Первое решение суда по вопросу, не предусмотренному ни юридическим обычаем, ни законом, получает значение судебного прецедента, то есть такого предшествующего случая, который имеет значение нормативного факта при последующих судебных решениях», – писал Ф. В. Тарновский⁴. Таким образом, судебное решение, будучи само по себе индивидуальным правоприменительным актом, содержит норму права,

принимаются в соответствии с усложненной по сравнению с простыми законами процедурой и касаются каких-либо наиболее важных вопросов», – пишет А. С. Автономов (Автономов А. С. Правовая онтология политики: к построению системы категорий. М., 1999. С. 86).

¹ Законы субъектов Российской Федерации также можно подразделить на конституционные (уставные) и «обычные». При этом в различных субъектах Российской Федерации существуют разные подходы к формулировке конституционных (уставных) законов: либо как законы по внесению изменений и дополнений в конституции или уставы (например, в Хакасии), либо как законы об основополагающих вопросах и институтах государственной жизни, а также о внесении изменений и дополнений в основные законы (например, в Адыгее, Мордовии), либо только как законы, регулирующие наиболее важные государственные вопросы и институты (например, в Северной Осетии – Алании). При этом во всех случаях для принятия конституционных и уставных законов предусматривается особый порядок (Автономов А. С. Указ. соч. С. 87).

² Особняком стоят акты органов местного самоуправления. Многие из них содержат общие правила поведения и распространяются на всех лиц, находящихся на территории данного муниципального образования. Это дает основание некоторым исследователям объявлять такие акты нормативно-правовыми. См.: Мицкевич А. В. Источники (формы выражения) российского права. Историко-теоретический очерк // Закон: создание и толкование / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1998. С. 35.

³ Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 77.

⁴ Тарновский Ф. В. Энциклопедия права. СПб., 2001. С. 197.

так как оно является обязательным для решения последующих аналогичных дел. При этом прецедентом в узком смысле слова, по мнению многих исследователей¹, является лишь мотивировочная часть решения высших судов. Действительно, нормативностью обладает именно мотивировка, на основе которой выносится решение. Однако, не будучи выраженным в судебном решении, прецедент существовать не может. С другой стороны, для решения нового юридического дела на основе прецедента необходимо заключение о его аналогичности «первому решению» – образцу. Поэтому как описательная часть, так и само решение (резолютивная часть) имеют принципиально важное значение.

Правом издания судебных прецедентов обладают не все суды, а только высшие судебные инстанции. «Формально судебный прецедент может создаваться судом любой инстанции, – пишет А. С. Автономов, – но он не имеет обязательной силы для вышестоящих судов, поэтому обычно в современных условиях только решение высшей апелляционной инстанции, обязательное для всех судов данного государства, приобретает силу прецедента»². Правом издания судебных прецедентов официально наделены Верховный суд в Великобритании, Верховный суд в США и Верховные суды штатов, другие высшие суды в странах англо-американской правовой системы.

В странах континентальной Европы судебные прецеденты, как правило, не признаются формами внешнего выражения права, а считаются актами правоприменения. Исключения составляют решения административных судов (например, решения Государственного совета Франции – высшей инстанции административной юстиции), а также акты конституционного надзора. Они оказывают существенное воздействие на законодательный процесс и на все нормотворчество. В ФРГ, например, Федеральный конституционный суд своими решениями по толкованию основного закона фактически создает новые нормы³. Судебные прецеденты официально признаются формой выражения права в скандинавских государствах.

¹ «Прецедент представляет собой лишь ту часть судебного решения, которая именуется *ratio decidendi*, то есть основание решения, положение или принцип, на основе которого принимается решение», – утверждает М. А. Капустина (Капустина М. А. Действие юридических норм во времени. СПб., 2001. С. 30). С этим мнением согласен и А. В. Поляков (Поляков А. В. Общая теория права. С. 510).

² Автономов А. С. Указ. соч. С. 63.

³ Там же. С. 64.

Дискуссионным является вопрос о том, существуют ли судебные прецеденты в нашей стране, в частности, можно ли считать судебными прецедентами постановления Конституционного Суда Российской Федерации, постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации. Не вдаваясь в спор по этому непростому вопросу, отмечу, что по своей сути такие решения представляют собой интерпретационные акты. Сами по себе они не могут изменять законодательство. Невозможно принять решение, только основываясь на подобного рода решениях высших судебных органов. Однако они часто не только уточняют, конкретизируют существующие нормы права, но придают им новый смысл, т. е., по сути, создают новые правила поведения. Будучи обязательными (либо официально, как, например, Постановления Конституционного Суда Российской Федерации, либо фактически, как Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации), они формулируют норму права. Но в прямом, буквальном смысле слова, в основном по формальным моментам, судебными прецедентами они не являются. Полагаю, предпочтительнее именовать их основаниями судебной практики – обычаями, складывающимися при рассмотрении близких судебных споров. Это же касается рассмотрения споров административными органами государственной власти.

5.4. Правовой обычай

Исторически первой формой внешнего выражения права является правовой обычай¹. **Обычай – это правило поведения, сложившееся на основе его многократного фактического воспроизведения широкими слоями населения.** Обычай закрепляет социальные нормы и поэтому является широко распространенным²,

¹ Е. Н. Трубецкой в качестве древнейшей формы права называет прецедент (Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 77). Не отрицая роль и значение прецедента, замечу, что у Е. Н. Трубецкого прецедент предшествует обычаю потому, что выступает механизмом создания правовых норм. Действительно, обычай закрепляет первый случай, который становится (благодаря обычаю!) образцом. В этом смысле обычай и прецедент суть неразделенное целое, и искать первичность одного из них – дело бесперспективное. Если же вести речь о судебных или административных прецедентах, то обычай (и с этим, думается, согласился бы Е. Н. Трубецкой) представляет собой более раннее образование.

² Е. Н. Трубецкой обращает внимание на такую серьезную проблему, особенно характерную для современного постиндустриального общества, как всеобщность обычая, из которой должна вытекать его общеобязательность (Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 83). Действительно, таких обычаев, которые являются обычаями «целого народа», либо нет вообще, либо их сравнительно мало. Сам

многократно используемым и положительно оцениваемым правилом поведения. Отличительной чертой обычая¹, по сравнению с другими социальными нормами (и формами права), служит его устная форма, передача от поколения к поколению путем вербальной (речевой) и деятельностной (на личном примере) социализации. Складывается обычай, как справедливо отмечал Е. Н. Трубецкой, «путем постоянного применения одних и тех же правил к однородным случаям жизни»². Главной особенностью правового обычая, если исходить из изложенных выше критериев права, является его общеобязательность, т. е. функциональная значимость – служить обеспечению целостности социума. Государственное признание в современных условиях западной правовой системы обычай получает вследствие его санкционирования государством путем ссылки на обычай как на общеобязательное правило в нормативно-правовом акте или в правоприменительной практике. При этом следует иметь в виду, что компиляция обычаев, т. е. их фиксация в письменной форме, например «варварских правд», превращает обычай в нормативно-правовой акт.

Несмотря на свою архаичность, обычаи весьма распространены в современном мире, в том числе и в постиндустриальных обществах. Так, гражданское законодательство многих стран признает обыкновения делового оборота в качестве формы права

Е. Н. Трубецкой, как и А. В. Поляков, указывающий, что «обычай может быть как всеобщим, так и локальным, действующим только в определенных местностях» (Поляков А. В. Общая теория права. С. 506), от решения этой проблемы уходит. Представляется, что правовым обычаем может быть лишь такой, который если не имеет всеобщего распространения фактически, то по крайней мере предполагается таковым.

¹ Обычай в данном случае понимается в широком смысле как традиционное, ритуализированное поведение и соответствующие правила поведения. В этнографии существует более четкая градация «стереотипизации поведения». Так, по мнению А. К. Байбурина, «ритуал и обычай – крайние точки на шкале символических форм поведения. Если под ритуализацией понимать не принадлежность к области сакрального, а такие характеристики поведения, как стереотипичность, наличие стандартов осуществления, регламентированность, обязательность (с соответствующей градацией “неблагополучия” в случае их невыполнения), то высшей степенью ритуализации будут отмечены обряды, от выполнения которых зависит жизнь и благополучие коллектива, а низшей – обычаи, регламентировавшие повседневную жизнь (отступления от них могут сказаться на нарушителе, но, как правило, не затрагивают благополучия всего коллектива). Между ритуалом и обычаем располагались переходные формы поведения, различавшиеся степенью ритуализации» (Байбурин А. К. Ритуал в традиционной культуре. Структурно-семантический анализ восточнославянских обрядов. М., 1993. С. 18).

² Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 79.

(например, ст. 5 ГК РФ). Достаточно распространены обычаи портов в международном морском праве. Не меньшее значение имеют обычаи и в конституционном праве. Так, статус главы Великобритании урегулирован исключительно обычаями, иногда именуемыми конституционными соглашениями¹.

С другой стороны, обычаи, которые с функциональной точки зрения могут быть названы правовыми (по терминологии Л. И. Петражицкого – интуитивным или неофициальным правом), дополняют так называемое позитивное право (законодательство), конкретизируют и заполняют неизбежные в нем пробелы². Сюда относятся обычаи (или судебная практика) назначать наказание в рамках относительно определенной или альтернативной санкции (когда устанавливается нижний и верхний предел наказания или предусматривается выбор из нескольких видов наказания), квалифицировать гражданско-правовые ситуации как «добрые нравы»³. К ним же следует отнести обычаи заключения договоров на рынке, брачных контрактов, которые активно изучал в начале XX в. австрийский социолог права Е. Эрлих⁴, спонтанно складывающиеся правила обращения граждан с милиционером, судьей, прокурором, работодателем и т. п. Изучение таких обычаев – предмет социальной антропологии права современного общества. Эти исследования могут помочь понять, почему одни законы действуют, а другие нет, почему отношение к судам в Европе одно, а в Японии (а также в России) несколько иное.

5.5. Иные формы внешнего выражения норм права

¹ Правовой обычай (конституционное соглашение) в Великобритании «регулирует назначение монархом на пост премьер-министра лидера победившей на парламентских выборах партии, реализацию принципа парламентской ответственности правительства, досрочный роспуск палаты общин, многие аспекты функционирования парламента, деятельности политических партий и т. д.», – пишет А. С. Автономов (Автономов А. С. Указ. соч.). Исключительно на основе обычая складывается практика назначения президентом на пост премьер-министра во Франции лидера победившей на последних парламентских выборах партии, хотя Конституция Франции это правило не содержит.

² Это связано с тем, что невозможно все стороны жизни урегулировать законодательно. С другой стороны, нормы права в силу своей абстрактности не могут учесть все случаи жизни. Поэтому обычаи восполняют такую абстрактность, наполняя ее конкретным содержанием. Так, все нормы УПК применяются на практике через обычаи, навыки и умения действовать в типичных юридически значимых ситуациях.

³ Петражицкий Л. И. Указ. соч. С. 485–487.

⁴ Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова ; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб., 2011.

Важной формой права являются **нормативные договоры**. Договор – это соглашение двух сторон, имеющее правовые последствия¹. Большинство договоров представляют собой индивидуальные соглашения (по терминологии Ф. В. Тарновского – договоры-сделки)². Однако некоторые договоры содержат норму права и признаются нормативными: в них договаривающиеся стороны стремятся к установлению общей нормы, мотив сторон – установление такой нормы, договор нормативного типа создает объективную юридическую норму³.

Таким образом, **нормативный договор – это соглашение двух сторон, содержащее норму права, т. е. имеющее перспективное действие (действующее неопределенное время)**. Особое значение среди них имеют международные нормативные договоры. В подавляющем большинстве государств мира нормы, сформулированные в международных договорах, «действуют непосредственно и имеют силу закона»⁴. Так, Конституция Российской Федерации (п. 4 ст. 15) указывает, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы».

Формой выражения права могут быть также и внутригосударственные договоры, например заключенные между отдельными территориальными образованиями, входящими в состав одного государства, или государственными органами одного и того же государства⁵.

¹ Договор, пишет А. И. Покровский, «по самому своему назначению есть способ регулирования отношений между частными лицами сообразно их индивидуальным интересам и потребностям. Естественно поэтому, что зиждущей силой всякого договора является *соглашение* сторон, т. е. их *воля*. Юридические последствия договора принципиально наступают именно потому, что их желали авторы договора» (Покровский А. И. Указ. соч. С. 245). Следует заметить, что существуют не только частноправовые договоры, но и публично-правовые, как в конституционном праве (например, федеративный договор), так и в административном (Старилов Ю. Н. Указ. соч. Т. 2 ; Брэбан Г. Французское административное право. М., 1988).

² Договор сделочного типа, по мнению Ф. В. Тарновского, характеризуется следующими чертами: 1) в нем каждая из договаривающихся сторон желает своего, особенного, например покупатель и продавец; 2) мотивы каждой из договаривающихся сторон также различны; 3) договор сделочного типа создает только юридическое отношение (Тарновский Ф. В. Указ. соч. С. 191).

³ Тарновский Ф. В. Указ. соч. С. 191.

⁴ Автономов А. С. Указ. соч. С. 79.

⁵ Там же. С. 80.

Еще одной формой внешнего выражения норм права выступает **правосознание** (доктрина). Среди всех других форм права правосознание занимает особое, специфическое положение. Прежде всего, оно «сопровождает» все иные формы права, выступая их «обратной» стороной. Дело в том, что любое социальное (в том числе и правовое) явление имеет две стороны: внешнюю и внутреннюю. Внешняя сторона правового содержания (общеобязательности права) выражается в рассмотренных выше формах. Все они, в свою очередь, отражаются в общественном, групповом и индивидуальном правосознании. Так, нормативно-правовой акт, прежде чем он станет таковым, должен пройти сквозь «головы» – правосознание – депутатов парламента. Таким образом, **правосознание – это идеальная сторона «материальных» (объективированных вовне) форм права.**

С другой стороны, правосознание играет и самостоятельную роль, располагаясь «в одной плоскости» с остальными формами права. Так, в революционные ситуации, когда старая правовая система разрушена, а новая еще не сложилась, юридическая действительность складывается на основе революционного правосознания. Однако и в мирное время правосознание, выраженное прежде всего в доктрине, играет немаловажную роль. До 1 января 1900 г. в Германии действующим правом считались Пандекты (Дигесты), т. е. высказывания крупнейших римских юристов по конкретным жизненным ситуациям, закрепленным в Кодексе Юстиниана. До сегодняшнего дня силу закона в Англии сохраняют работы пяти выдающихся юристов: Гленвилла («О законах и обычаях Англии», XII в.), Г. Брактона («О законах и обычаях Англии», XIII в.), Литлтона («О держаниях», XV в.), Э. Кока («Институции», XVII в.) и У. Блэкстона («Комментарии к законам Англии», XVIII в.)¹. В Дании и Норвегии суды обращаются к доктрине всякий раз, когда необходимо решить вопрос, связанный с общими принципами права; при этом под доктриной там понимаются работы сравнительно небольшого круга авторов XIX – начала XX в., считающихся классиками правовой мысли². Особое значение играет мусульманско-правовая доктрина, закрепляющая общие принципы и конкретные нормы шариата, большинство из которых были разработаны мусульманскими учеными-юристами еще в средние века, в мусульманской правовой системе³.

¹ Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980. С. 192–196.

² Автономов А. С. Указ. соч. С. 85.

³ Источники права. М., 1985. С. 81.

К правосознанию (доктрине) близко примыкает и такая форма права (ее можно считать и самостоятельной формой), как религиозные догматы, изложенные в Священных книгах¹. Они господствуют в странах исламского мира², действуют в Израиле, Индии и некоторых государствах Южной и Юго-Восточной Азии³.

Глава 6. РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВА. ПРАВООТНОШЕНИЕ

6.1. Понятие реализации права. Простые формы реализации права

Право, как и любое социальное явление, включает в себя две стороны: объективную и субъективную. Объективная сторона права представлена нормами права, образующими систему права вместе с формами своего внешнего выражения. Его объективность связана с тем, что нормы права безличностны и существуют независимо от воли и желания отдельных индивидов.

Несколько сложнее обстоит дело с характеристикой субъективного права. Многие теоретики права считают, что субъективное право – это правомочия субъекта, которые складываются из возможности совершить какие-либо действия, возможности потребовать адекватных действий от обязанного лица, а также иногда добавляют возможность защитить свое право соответствующим образом. При этом, что важно подчеркнуть, субъект правомочия (возможности) понимается абстрактно, неперсонифицированно. В таком случае возникает вопрос: а чем же, собственно говоря, отличается субъективное право от объективного? Ведь право совершить какие-то действия либо потребовать что-либо от обязанного лица при определенных условиях – не что иное, как содержание диспозиции нормы права. То, что правомочие принадлежит субъекту, означает лишь, что «бессубъектной» нормы права не бывает⁴. В самом деле, если норма – это правило поведения, то обязательно должен быть субъект, который может, должен действовать согласно этому правилу или соответствующее поведение ему запрещено.

¹ См., напр.: Поляков А. В. Общая теория права. С. 515.

² Следует иметь в виду, что религиозные догматы доминируют не во всех мусульманских странах, а только в некоторых, например в Марокко, Тунисе, Ливии, Алжире, Саудовской Аравии, Иране (Автономов А. С. Указ. соч. С. 76).

³ Автономов А. С. Указ. соч. С. 76–79.

⁴ Дефинитивные, организационные нормы и нормы-принципы представляют собой часть диспозиции соответствующих регулятивных норм и не являются самостоятельно существующим (функционирующим) явлением.

Поэтому критерий отличия субъективного права от объективного должен пролегать в другой плоскости, а именно в степени конкретизации нормы права – общего правила поведения. Субъективное право, в таком случае, представляет собой конкретизацию нормы права применительно к субъекту, обстоятельствам места и времени и другим аспектам ситуации. То есть оно принадлежит не субъекту как таковому (даже ограниченному специальной дееспособностью в норме права), а именно этому человеку. В ситуации, характеристики которой подпадают под гипотезу соответствующей нормы права, этот человек может, обязан совершить то или иное действие или ему запрещено определенное поведение. Именно поэтому субъективное право относится не к норме права, а образует содержание правоотношения. Само же правоотношение – не абстрактная связь между неперсонифицированными субъектами (это – норма права), а взаимодействие, которое реализует (конкретизирует) эту связь. Например, право на образование, закрепленное в Конституции Российской Федерации, – это объективное право, так как касается всех и каждого и не зависит от того, знает о нем какой-либо человек или нет, желает он им воспользоваться или нет. Когда же конкретный человек подает документы для поступления в вуз, вступая в правоотношение с коллективным субъектом через его представителя, то он персонифицирует это объективное право и «переводит» его в разряд своего субъективного права. Таким образом, субъективное право существует только в правоотношениях и формах реализации права.

Реализация права представляет собой соотнесение как личного, так и взаимного поведения людей – субъектов права с информацией, заключенной в норме права¹. Это связано с тем, что нормы права являются знаками – носителями информации о разрешенном, обязательном или запрещенном поведении. В связи с тем что нормы права с точки зрения видов человеческого поведения подразделяются на управомочивающие, обязывающие и запретительные, выделяются три соответствующих формы реализации права.

Если индивид согласует свое поведение с запретительными нормами, то такая форма реализации права именуется **соблюдение**. Соблюдение является простой формой реализации права, так

¹ Такой подход значительно отличается от традиционного, постулирующего «автоматическое» действие права, когда нормативный правовой акт приобретает юридическую силу. Однако если отсутствует финансирование или заинтересованность в его использовании, то можно ли говорить о реализации права? Полагаю, ответ очевиден.

как в подавляющем большинстве случаев предполагает воздержание от совершения каких-либо (в данном случае – запрещенных законом) действий и не предполагает возникновения правоотношений. В тех же достаточно редких случаях, когда правонарушение формулируется в виде бездействия (например, неоказание помощи врачом), для соблюдения такого запрета требуются активные действия и возможны правоотношения.

При согласовании поведения (как индивидуального, так и взаимодействия) с обязывающими нормами права возникает вторая форма реализации права – **исполнение**. В отличие от соблюдения запрета исполнение обязанности практически всегда предполагает активные действия субъекта (субъектов), которые возможны как в рамках правоотношения, так и вне их. Так, должностное лицо, будучи обязанным рассматривать письма, заявления и жалобы граждан, регистрирует их и совершает иные технические действия. В этом случае правоотношения не возникают. Если же должностное лицо принимает по данному заявлению властное решение, то правоотношения будут налицо.

Третьей формой реализации права является **использование**. Оно имеет место в тех случаях, когда индивид (индивиды) согласует свое поведение с управомочивающими нормами права, заключая договор купли-продажи, поступая на работу, учебу и т. д. Использование права осуществляется как в правоотношениях (в приведенных примерах), так и вне правоотношений, когда, например, право на отдых реализуется путем чтения интересной книги.

Соблюдение, исполнение и использование являются простыми формами реализации права, рассчитаны на нормальное течение правопорядка, связанное с добровольным и добросовестным соблюдением, исполнением, а при желании и использованием права. Однако они охватывают не все жизненные ситуации. Поэтому существует четвертая – сложная – форма реализации права, к рассмотрению которой мы переходим.

6.2. Правоприменение

Правоприменение – четвертая форма реализации права, отличающаяся от простых форм несколькими признаками. Во-первых, основаниями правоприменения служат спорные, конфликтные ситуации (когда совершено правонарушение или лицо считает, что его права нарушаются), а также такие социальные значимые (с точки зрения законодателя) ситуации, которые должны разрешаться компетентными государственными органами (например, назначение пенсии, регистрация юридического

лица, выдача лицензии на занятие определенным видом деятельности и т. д.). Субъектом правоприменения является исключительно компетентный государственный орган или негосударственный субъект, которому государство делегировало свои полномочия. Действуют правоприменительные органы на основании процессуального законодательства (например, суд – на основании УПК РФ, ГПК РФ или АПК РФ). В результате такой деятельности к конкретной жизненной ситуации и субъекту применяется либо санкция нормы права (при наличии спора, конфликта), либо диспозиция нормы права (при отсутствии спора, например при выдаче разрешения).

Исходя из вышеизложенного, представляется возможным сформулировать определение правоприменения как *деятельности компетентных государственных (или уполномоченных государством) органов по разрешению конкретных индивидуальных дел (как спорных, так и таких, в которых нет спора), вынесению по ним решений и их исполнению в соответствии с процессуальным законодательством, в результате чего к конкретной жизненной ситуации и персонифицированному субъекту применяется санкция или диспозиция нормы права.*

Правоприменение является разновидностью юридического процесса и состоит из ряда *стадий* – временных интервалов прохождения дела, отличающихся последовательностью не только их протекания, но и совершаемых в их рамках процессуальных действий¹.

Первая стадия именуется *установлением фактических обстоятельств дела*. Она включает в себя момент возникновения (начала) правоприменительной деятельности, который по аналогии с уголовным процессом можно назвать возбуждением дела, а также процесс доказывания тех существенных обстоятельств, которые явились основанием для возбуждения дела.

Возбуждение дела начинается с поступления в компетентный орган информации, содержащей признаки состава дела (например, признаки состава преступления). Эта информация фиксируется и производится ее первичная проверка: проверяется факт события (часто в государственные органы поступает ложная информация) и производится его первичная квалификация (юридическая оценка), в том числе подведомственность именно этому органу. Затем возбужденное дело поручается конкретному ис-

¹ Подробнее о понятии стадии правоприменения см.: Юридическая процессуальная форма: теория и практика / под ред. П. Е. Недбайло, В. М. Горшенева. М., 1976; Теория юридического процесса. Харьков, 1975.

полнителю (например, следователю), которому предстоит провести доказывание по этому делу, т. е. собрать необходимые и достаточные доказательства для того, чтобы вынести по нему решение. О том, что такое доказательства, какие требования к ним предъявляются, подробно изучается в курсах уголовного, гражданского и арбитражного процесса.

Вторая стадия правоприменения – *разрешение дела по существу*. На этой стадии материал, собранный непосредственным исполнителем, направляется тому органу (должностному лицу), который уполномочен принимать окончательное решение по данному делу (что не исключает возможности его пересмотра в результате обжалования или опротестования). Таким органом, например, по уголовному делу выступает суд. Уполномоченный орган проверяет доказательства, собранные на первой стадии, производит разбирательство дела, дает квалификацию деяния (или события) и выносит решение по делу.

Квалификация деяния (или события) представляет собой сравнение, сопоставление (идентификацию) существенных признаков происшедшего (существа дела), о которых правоприменителю известно на основе собранных доказательств, с признаками соответствующей нормы права¹. По-другому, это выбор (на основе анализа) нормы права, под которую подпадает существо дела. На основе проведенной квалификации выносится решение по делу, которое имеет форму индивидуально-правового акта и включает, как правило, три части: вводную (наименование акта, время, место его составления, должностное лицо, его составившее), описательную (в которой описывается происшедшее с приведением доказательств), которая завершается квалификацией дела (иногда эту часть выделяют в качестве самостоятельной – мотивировочной), и резолютивную, в которой формулируется само решение.

Принятое решение оглашается участникам правоприменительного процесса, копия решения передается заинтересованным лицам. Однако само решение, как правило, сразу не исполняется. Законодатель предусматривает определенный срок, в течение которого лицам, участвующим в процессе, предоставляется возможность обжаловать вынесенное решение. Эти действия образуют третью стадию правоприменительного процесса – *пересмотр принятого решения*. Она именуется факультативной, так как ее реализация зависит от усмотрения участников процесса, а не является обязательной.

¹ Подробнее см.: Кудрявцев В. Н. Теоретические основы квалификации преступлений. М., 1999.

Завершается процесс правоприменения четвертой стадией – *исполнением принятого решения*.

6.3. Понятие, структура и виды правоотношений

Правоотношение, как правило, определяют как общественное отношение, урегулированное нормой права. Такое определение нуждается в конкретизации и уточнении. Прежде всего, необходимо уяснить, что имеется в виду под термином «общественные отношения». От К. Маркса идет определение общественных отношений как связей между «безликими абстрактными фигурами в системе общественного производства... В конечном счете производственные отношения суть отношения между исполнителями конкретных производственных функций... Эти безличностные производственные связи, порожденные достигнутым в данный исторический момент уровнем развития средств производства и разделения труда, и составляют в совокупности то, что К. Маркс именовал “общественными производственными отношениями”, или просто – общественными отношениями¹. Отсюда делается вывод, что правоотношения – это «не отношения одного индивида к другому, а отношения истца к ответчику, судьи к подсудимому, адвоката к подзащитному, подрядчика к заказчику и иные отношения, порожденные системой разделения труда в соответствующей области жизнедеятельности»². Е. Н. Трубецкой, развивая приблизительно эту же точку зрения (хотя марксистом он, конечно, не был), утверждает, что «юридические отношения суть вообще идеальные отношения между лицами... они есть идеальные, мыслимые отношения, а не физические»³. Но в таком случае правоотношения отождествляются с нормами права, закрепляющими юридическую связь между безличностными правовыми статусами истца и ответчика, судьи и подсудимого и т. д. Если придерживаться изложенного выше различия объективного и субъективного права, то под общественным отношением в данном случае необходимо понимать не абстрактную потенциальную связь между безличностными статусами, а фактическое взаимодействие между двумя персонифицированными субъектами – людьми, выступающими носителями юридических статусов. Наличие кровного родства или генетической связи между всеми

¹ Бурлай Е. В. Нормы права и правоотношения в социалистическом обществе. Киев, 1987. С. 51.

² Там же. С. 56.

³ Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 139–140.

людьми есть потенциальная связь, но не правоотношение как таковое. Лишь при совершении акта дарения или в случае написания завещания эта потенциальная связь становится правоотношением. Именно такое взаимодействие и есть конкретизация нормы права, т. е. превращение права из объективного в субъективное.

Второе уточнение касается вопроса об «урегулированности общественного отношения нормой права». Что значит быть урегулированным нормой права? Норма права, как отмечалось выше, по своей природе является информацией, моделью юридически значимого поведения. Поэтому норма права моделирует правоотношения и простые формы реализации права. Когда индивиды согласуют свое взаимное поведение с нормами права, тогда и возникают правоотношения.

Таким образом, *правоотношение – это фактическое взаимодействие персонифицированных субъектов, в котором поведение (предусмотренное нормой права) одного субъекта соотносится с поведением другого*. Кроме того, *правоотношение – это разновидность человеческой деятельности, вид интеракции (взаимодействия людей)*. Как и любая деятельность, правоотношение приводится в действие и сопровождается психическими процессами целеобразования, принятия решения, мотивации (хотя нередко они представлены в «свернутой» форме и проявляются в установках или стереотипах поведения)¹, образующими «субъективную сторону» правоотношения, в то время как фактические действия и их контекст (ситуация места и времени) составляют его «объективную сторону».

Конкретизируются признаки правоотношения в его структуре. **Структуру правоотношения** образуют юридический факт, субъекты, объект и его содержание. Первым элементом структуры правоотношения является *юридический факт*, выступающий его необходимой предпосылкой. *Юридический факт – это такие жизненные обстоятельства, которые порождают, изменяют или прекращают правоотношение*. Наступление юридического факта вызывает исполнение, использование или применение нормы права либо изменение ее действия или прекращение. Юридические факты формулируются в гипотезе нормы права. В зависимости от волевого критерия они подразделяются на действия – юридические факты, зависящие от воли человека, и события, т. е. такие обстоятельства, которые не зависят от воли чело-

¹ Такой подход к анализу правоотношения характерен для инструментальной теории права. См.: Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права. М., 2013. С. 37, 115, 184 и др.

века, но тем не менее порождают, изменяют или прекращают правоотношение. В качестве примера действия можно привести подачу заявления, совершение правонарушения, волеизъявление, выраженное словесно (при желании купить что-либо в магазине), издание индивидуально-правового акта и т. п. Действия, в свою очередь, подразделяются на правомерные и противоправные. Событие – это, например, наступление определенного возраста, стихийное бедствие и т. п. В зависимости от роли в правоотношении юридические факты подразделяются на правоустанавливающие, порождающие правоотношение (например, вынесение постановления о возбуждении уголовного дела), правоизменяющие, т. е. изменяющие его течение (например, предъявление обвинения по уголовному делу), и правопрекращающие, с которыми связано прекращение правоотношения (например, вынесение судом оправдательного приговора).

Правоотношения могут возникать в силу не одного юридического факта, а нескольких. Так, для приема на работу (возникновения трудовых правоотношений) необходимы не только заявление, но и достижение определенного возраста, в некоторых случаях наличие специального образования и т. п. Такой сложный юридический факт называется юридическим составом.

Вторым элементом правоотношения являются его участники, т. е. **субъекты**. Субъектов правоотношения необходимо отличать от субъектов права в объективном смысле слова. Первые – это персонифицированные носители юридических статусов, в то время как вторые и есть сами статусы (начальник, истец, подчиненный, ответчик и т. д.)¹. *Субъекты правоотношений – это лица, выступающие фактическими носителями субъективных прав и обязанностей, сформулированных в норме права, с которой они соотносят свое поведение.*

Для того чтобы быть субъектом правоотношения, необходимо наличие у конкретного лица правоспособности и дееспособности. Правоспособность – это возможность быть носителем прав и обязанностей. При этом предполагается потенциальная возможность обладать правами, а не фактическое обладание ими. Для физических лиц она наступает с момента рождения и прекращается со смертью лица. Правоспособность, в определенном смысле, – это признаваемые за всеми людьми естественные права.

Способность лица самостоятельно осуществлять права и обязанности, т. е. самостоятельно вступать в правоотношения,

¹ Такое отождествление характерно, в частности, для Е. Н. Трубецкого (Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 127).

называется дееспособностью. Дееспособность – это реализуемые в правоотношении условия социализации индивида, такие биолого-психологические характеристики, которые позволяют лицу быть полноценным членом общества в юридическом поле¹. Другими словами, это реализация возможности руководить своими действиями, давать в них отчет². Она зависит от возраста³ и вменяемости – состояния психики, позволяющего нормально оценивать окружающий мир и себя в нем и адекватно вести себя. Разновидностью дееспособности является деликтоспособность – реализация возможности быть субъектом охранительных правоотношений, другими словами, быть субъектом правонарушения.

Для вступления в большинство правоотношений достаточно общей дееспособности. Однако для отдельных видов правоотношений законодательство предусматривает дополнительные условия: наличие специального образования, состояние здоровья, достижение более зрелого возраста и т. п. Эти дополнительные условия образуют так называемую специальную дееспособность.

Субъектами правоотношений могут быть не только физические лица, но и должностные лица, а также коллективные субъекты, большинство которых обладают статусом юридического лица. По поводу природы юридического статуса этих субъектов существует большое количество теорий, пытающихся объяснить их сущность. Так, знаменитые теоретики права XIX в. К. Ф. фон Савиньи и Р. фон Иеринг единственным субъектом права признавали физических лиц, объявляя остальных юридическими фикциями. Другие (например, О. Гирке) в качестве коллективного субъекта права объявляли социальный организм, обладающий своей особой волей, не сводимой к воле составляющих его индивидов. Третьи, например Е. Н. Трубецкой, считали субъектом

¹ О роли, значении и механизме юридической социализации см.: Спиридонов Л. И. Социализация индивида как функция общества // Спиридонов Л. И. Избранные произведения. С. 58–93.

² Сама возможность вступать в правоотношения – потенциальная дееспособность – формулируется в норме права, а в правоотношении происходит фактическая реализация этой возможности.

³ Полностью недееспособными российское законодательство признает детей в возрасте до 6 лет. Их права реализуют за них родители или опекуны. Малолетние в возрасте от 6 до 14 лет вправе самостоятельно совершать мелкие бытовые сделки, т. е. они обладают частичной дееспособностью. Несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет могут совершать гражданские сделки, но только с письменного согласия родителей, усыновителей или попечителей. Дееспособность в полном объеме наступает с 18 лет (Поляков А. В. Общая теория права. С. 556).

права, в том числе, идеальное, мыслимое лицо, отличающееся особой целью, материальным субстратом и специальным юридическим признанием в качестве такового¹.

Полагаем, что наиболее предпочтительной для объяснения природы должностных лиц и коллективных субъектов представляется теория представительства, продолжающая теолого-философскую доктрину воплощения. Ее суть состоит в том, что некое начало воплощается в различных ипостасях. Например, в средние века возник догмат мистического тела церкви (*corpus mysticum cuius caput Christus* – мистическое тело, голова которого Христос), в соответствии с которым производится различение церкви как эмпирически данного сооружения, паствы, священнослужителей и идеи церкви (шире – религии). Этот догмат на рубеже XII в., как отмечает крупнейший исследователь данного вопроса Э. Канторович в классическом труде «Два тела короля. Очерк политической теории Средневековья»², стал наполняться светским, в том числе политико-правовым, содержанием и стал использоваться юристами для определения отношений между монархом и обществом. В результате противопоставлялись брэнное физическое тело эмпирически данного монарха и идеи королевской власти, носитель статуса и сам юридический статус короля³.

Исходя из этой доктрины, а также изложенной выше диалогической методологии представляется возможным определить должностное лицо как единство и противоположность (диалог) физического лица – носителя статуса – и должности, которую он занимает. Точно так же можно определить и коллективный субъект правоотношений: это особый юридический статус государственного органа, юридического лица и т. п., который реализуется в правоотношениях действиями представителя – руководителя, поверенного, того же должностного лица, представляющего государственный орган. При этом представитель выражает в правоотношениях не свои личные интересы, волю, притязания, но интересы, волю и притязания представляемого.

¹ О дискуссии по поводу субъекта права см.: Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 127 и след. ; Тарновский Ф. В. Указ. соч. С. 148 и след. ; Покровский И. А. Указ. соч. С. 144–162.

² Kantorowicz E. The king's two bodies. A study in medieval political theology. Princeton, 1957 ; Канторович Е. Два тела короля : исследование по средневековой политической теологии. М., 2013.

³ В частности, уже у Иоанна Солсберийского эта доктрина получила достаточно подробное изложение. См.: Brooke C. The Twelfth Century Renaissance. N.Y., 1970.

Таким образом, субъектом права в эмпирически данной правовой реальности всегда является человек. Когда он действует по своей инициативе и представляет в правоотношении себя лично, то он именуется физическим лицом. Когда же он выступает в правоотношении от имени должности – то юридически будет считаться должностным лицом, а когда от имени коллективного субъекта – то юридически это будет означать, что в правоотношение вступает коллективный субъект. У должностных лиц и коллективных субъектов правоспособность и дееспособность совпадают и возникают с момента вступления в должность и официальной организации коллективного субъекта.

Следующим, наиболее дискуссионным, элементом правоотношения является его *объект*. Объект – это то, что противостоит субъектам, то, на что они воздействуют. Долгое время в юридической теории господствовало представление о том, что объектом правоотношения являются предметы вещественного мира и действия участников правоотношения. Эта теория именуется плюралистической. Однако предмет материального мира не может сам по себе противостоять субъекту в правоотношении, так как отношение человека к материальной вещи не образует общественного отношения, а представляет собой отношение техническое, связанное, например, с эксплуатацией этой вещи. Поэтому более предпочтительна точка зрения, разделяемая, в частности, Л. И. Спиридоновым, в соответствии с которой *объектом правоотношения являются взаимные действия его субъектов*¹. Именно действия субъектов противостоят их устремлениям, для реализации которых, собственно говоря, они и вступают в правоотношение. Поэтому объект правоотношения, в некотором смысле, можно определить как то, к чему стремятся его участники. Если мысленно воспроизвести свои действия перед посещением магазина, то объектом правоотношения, возникающего между посетителем магазина (покупателем) и продавцом, будут их взаимные действия: покупатель предполагает, что он попросит продавца показать ему товар и купит его, а продавец предполагает, что покупатель заплатит за него установленную сумму. Эти действия, на которые направлены стремления субъектов, и являются объектом правоотношения.

Действия субъектов связаны с материальными (иногда духовными) вещами, ценностями. Так, в рассмотренном примере, очевидно, такой вещью будет товар. Эти вещи (ценности) именуются предметом правоотношения – факультативным (т. е. не-

¹ Спиридонов Л. И. Теория государства и права. С. 195.

обязательным) элементом объекта. Предмет правоотношения является факультативным потому, что отнюдь не каждое правоотношение имеет предмет. Например, отношение начальника и подчиненного, судьи и подсудимого и т. д. Именно такое различие объекта и предмета правоотношения характерно для теории уголовного права, и именно оно представляется наиболее оправданным.

Последним элементом структуры правоотношения выступает его *содержание*. *Под содержанием правоотношения традиционно понимаются субъективные права и обязанности, корреспондирующие друг другу.* Субъективное право, как и субъективная обязанность, о чем упоминалось выше, представляет собой конкретизацию объективного права к конкретной жизненной ситуации и персонифицированному субъекту. Поэтому субъективное право – это то, что предъявляет управомоченный субъект обязанному лицу. Другими словами, субъективные права и обязанности – это то, что может (при наличии желания), обязано сделать персонифицированное лицо в конкретной жизненной ситуации или что ему запрещено делать.

Важным обстоятельством, характеризующим содержание правоотношения, является корреспонденция права и обязанностей, выражающаяся во взаимной направленности действий. Суть правоотношения состоит в том, что субъективное право может быть реализовано только за счет адекватных действий обязанного лица. Эта соотнесенность (корреспонденция) взаимных прав и обязанностей, при которой у каждого субъекта есть как права, так и обязанности, обуславливающие друг друга, блестяще была раскрыта Л. И. Петражицким в его концепции императивно-атрибутивных эмоций, связывающих субъектов правоотношения¹.

Классификация правоотношений, в принципе, совпадает с классификацией правовых норм. Прежде всего их подразделяют по отраслям права. Другая классификация предполагает функциональный критерий, в соответствии с которым выделяются регулятивные правоотношения и охранительные. В соответствии с видами норм права также выделяются материальные правоотношения и процессуальные.

В литературе предлагается также классификация правоотношений с точки зрения субъектного состава на относительные

¹ О современной оценке его теории см.: Спиридонов Л. И., Честнов И. Л. Л. И. Петражицкий: жизнь и научное наследие // Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.

(в которых субъектный состав четко определен) и абсолютные (в которых определена только одна сторона, а другая представлена абстрактным, неперсонифицированным субъектом – всеми остальными). В качестве примера приводят отношения собственности и гражданства. Так, собственность – это (якобы) правоотношение между собственником, который владеет, пользуется и распоряжается определенной вещью, и всеми остальными (несобственниками), которые не имеют права владеть, пользоваться и распоряжаться этой вещью. То же самое касается и гражданства.

Рассматривая этот пример, замечу, что в данном случае невозможно обнаружить объект правоотношения. С другой стороны, если предположить, что такие правоотношения существуют, то придется прийти к выводу, что каждый человек на Земле ежеминутно и ежесекундно вступает (или находится) в правоотношения со всем остальным населением земного шара, так как каждому человеку принадлежат какие-либо вещи на правах собственности. В таком случае концепция правоотношения теряет всякий смысл. Полагаю, здесь имеет место потенциальная связь, которая может перерасти в относительное, нормальное, правоотношение (в случае, например, распоряжения вещью), а не правоотношение как таковое.

6.4. Правопорядок

Под правопорядком традиционно понимается состояние общества, урегулированное нормами права. При том типе правопонимания, который излагается в настоящей работе, правопорядок является динамической характеристикой системы права. Правопорядок, с другой стороны, теснейшим образом связан с законностью и выступает завершающим этапом режима законности, т. е. реализацией права в правомерном поведении. Основанием правопорядка служат нормы права, а содержанием – правомерное поведение, возникающий на основе информационного, прежде всего, действия юридических норм порядок в обществе.

В свете излагаемого автором подхода наиболее важным представляется определить механизм воспроизводства правопорядка, а также возможность его измерения. Правопорядок как предпосылка, сам процесс правового воздействия на общественные отношения и результат такого воздействия с этих позиций начинается с процесса конструирования норм права. Этот вопрос уже обсуждался при рассмотрении источников права. Власть (в широком смысле слова) приписывает юридическое значение некоторым социальным явлениям и процессам, используя процедуры нормотворчества. Затем эти правила поведения начинают вос-

производиться практиками людей – носителей статуса субъектов права¹. Совокупность правоотношений и простых форм реализации права и образует правопорядок.

Как можно измерить существующий в данном обществе правопорядок? Проблема заключается в том, что правомерное поведение не поддается количественному учету: в самом деле, как рассчитать, сколько раз среднестатистический человек соблюдает уголовный кодекс в единицу времени. Единственно возможным вариантом в данном случае является «метод от противного» – измерение правопорядка по количеству совершенных правонарушений. Чем меньше совершено правонарушений, тем выше уровень правопорядка.

Эти показатели можно, как представляется, заимствовать из криминологии – науки, изучающей преступность. В таком случае показателями правонарушаемости («обратной стороны» состояния правопорядка) будут выступать, во-первых, объем правонарушаемости (общее количество правонарушений, зарегистрированных² на определенной территории за определенную единицу времени); во-вторых, уровень правонарушаемости (количество правонарушений, зарегистрированных на определенной территории за единицу времени в расчете на определенное количество жителей этой же территории), что дает возможность сравнивать состояние правопорядка в различных местностях невзирая на то, что количество населения там неодинаковое; в-третьих, структура правонарушаемости (внутренний состав правонарушаемости по отдельным видам правонарушений); в-четвертых, динамика правонарушаемости (изменение вышеназванных показателей на протяжении более или менее длительного времени)³.

6.5. Режим законности

¹ Эта деятельность выступает содержанием правовой политики. Подробнее см.: Честнов И. Л. Правовая политика в постклассическом измерении // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 2. URL: <http://russianyls.ru/номера/второй-номер-2015> (дата обращения: 10.12.2016).

² В буквальном смысле состояние правонарушаемости, конечно, определяется совершенными, а не зарегистрированными правонарушениями. Однако вследствие высокой латентности последних единственным критерием остается их официальная статистическая регистрация.

³ О показателях преступности см.: Гилинский Я. И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. 2-е изд., перераб. и доп. СПб., 2009. С. 43–44 ; Спиридонов Л. И. Феномен преступности // Спиридонов Л. И. Избранные произведения. С. 367–369.

Законность в отечественной теории права чаще всего трактуется как **требование точного и неуклонного соблюдения законодательства**. Так, В. Н. Кудрявцев утверждает: «Законность – определенный режим общественной жизни, метод государственного руководства, состоящий в организации общественных отношений посредством издания и неуклонного осуществления законов и других правовых актов»¹.

Такой подход является позитивистским. Основное внимание здесь уделяется способам обеспечения реализации нормативно-правовых актов. При этом само законодательство понимается чисто догматически. Нельзя отрицать важность такого подхода. Действительно, закон должен соблюдаться, иначе в обществе воцарятся хаос и анархия. Поэтому изучать принципы, механизм, способы и т. д. обеспечения претворения законодательства в правопорядок (точнее – законопорядок) – важно и необходимо. Но в то же время такой подход представляется чрезвычайно ограниченным.

Главная проблема, которая возникает (если додумать этот подход до его логического завершения), – это возможный (а может быть, и неизбежный) конфликт некритически (догматически) воспринимаемого законодательства и фактического правового поведения населения. Очевидно, что не любой нормативно-правовой акт может быть назван правовым, не любой закон *действительно* (в гегелевском смысле) образует содержание правопорядка. Многие нормативные акты, к сожалению, не являются правовыми, когда, например, не принимаются населением, не обеспечены финансовыми возможностями, противоречат логике функционирования общества (или истории) и т. д. Все это говорит о том, что режим законности необходимо рассматривать более широко, чем это делается сегодня в нашей теории права, и включать прежде всего *критику самого законодательства*. Таким образом, режим законности образуют следующие моменты: *выявление потребности в нормативном правовом регулировании (предпосылки закона), выражение этой потребности в законе (соответствующей форме права) и реализация в правопорядке*. В таком смысле режим законности представляет собой диалог (полилог) прошлого (предпосылок права), настоящего (фиксация

¹ Кудрявцев В. Н. Законность: содержание и современное состояние // Законность в Российской Федерации. М., 1998. С. 4.

права в соответствующей форме) и будущего (реализация права в правовом порядке)¹.

Концепция режима законности (и соответствующая реальность) является достаточно универсальной, объединяющей источник права (процесс правообразования), форму внешнего выражения права и ее реализацию в правовом порядке. Режим законности обуславливается состоянием общества, в том числе противоречивостью отношения между объективными потребностями в правовом регулировании и их выражением в законотворческой функции государства. Между «живым правом» (по терминологии Е. Эрлиха) и «правом в книгах» всегда неизбежны коллизии. Для того чтобы свести их по возможности к минимуму, законотворческая государственная деятельность должна шире привлекать научную экспертизу, призванную выявлять объективные потребности в нормативно-правовом регулировании.

Исходя из предложенной выше концепции законности, ее принципами следует назвать, во-первых, соответствие форм права объективным потребностям в правовом регулировании и, во-вторых, точное и неуклонное соблюдение (реализацию) законов.

Условия, способствующие существованию режима законности, именуются *гарантиями законности*. Такие гарантии представляют собой реальное состояние общества, порождающее тот или иной режим законности (в том числе правовой порядок). Более конкретно следует вести речь об экономических гарантиях, политических, социальных. Особо следует отметить такую гарантию законности, как специфика культуры соответствующего общества. Отдельного обсуждения требуют организационные гарантии, предполагающие целенаправленные действия общества по созданию и обеспечению функционирования специальных государственных органов и процедур их деятельности по формированию законодательства и его реализации. Эти организационно-юридические гарантии примыкают к *способам обеспечения законности*. Последние включают в себя деятельность законодателя по формированию норм права, судебный, административный и прокурорский способы защиты законности, а так-

¹ Предложенный подход, повторяю, не отрицает классической, традиционной точки зрения, а включает ее в более широкий контекст. То, что законы должны соблюдаться и исполняться, выражается в реализации формы права в правовом порядке. Однако теория режима законности предъявляет требования к самому законодательству. Формы права должны отвечать критериям «правовых законов» — справедливости, соответствовать правам человека, должной процедуре, эффективности (в зависимости от типа правового понимания).

же признаваемый практически во всем мире институт самозащиты нарушенного права.

6.6. Эффективность права

Эффективность права представляет собой его результативность, проявляющуюся в том воздействии, какое право оказывает на общество. В таком случае эффективность права измеряется отношением цели и результата, к которому еще добавляют затраченные на достижение результата средства. В общем и целом такой подход является вполне оправданным. Однако более пристальное к нему внимание позволяет усомниться в его перспективности. С одной стороны, проблематично эксплицировать цель права, а тем более измерить ее количественно. Дело в том, что определенное – желаемое – состояние общества обусловлено не только правом, но и экономикой, политикой, экологией и, по большому счету, всеми остальными социальными (и не только) явлениями. Еще сложнее определить цель конкретной нормы права¹. С другой стороны, достаточно сложно произвести «соотнесение цели и результата» действия правовой нормы, так как «показатель цели уже присутствует в скрытом виде в показателе результата. Результат в том смысле, в каком он подвергается анализу в большинстве исследований, может пониматься лишь как осуществленная в некоторой части цель. В противном случае он просто отсутствует и не может получить количественную оценку. Поэтому предложения оценивать эффективность закона по отношению результата к заключенной в норме цели либо не реализуются полностью, либо сводятся к оценке какого-либо одного из возможных эмпирических референтов ее действия, а не результата как такового»².

В качестве более операциональной формулы, позволяющей применять в юриспруденции метод «черного ящика»³, использу-

¹ Эффективность действия правовых норм. Л., 1977. С. 32 (автор параграфа – Э. А. Фомин).

² Там же. С. 35.

³ Метод «черного ящика» состоит в том, что контролируются сигналы, подаваемые на «вход» системы, и одновременно фиксируются их эффекты на «выходе» из нее, отвлекаясь от всех процессов, которые протекают в «черном ящике», т. е. внутри управляемой системы. Тем самым исследователь получает возможность узнавать о тех или иных последствиях воздействия на систему без проникновения в суть внутрисистемных процессов, эти последствия вызывающих. Этот метод, по замечанию Л. И. Спиридонова, позволяет изучать действенность юридических норм в зависимости от социальных условий, в которых они функционируют, имея в своем распоряжении сравнительно ограниченную

ют разницу между состоянием общества после правового воздействия с учетом затраченных на него средств, и состоянием общества до такого воздействия: $S_2 - S_1/Q$ ¹. Но и здесь исследователя поджидает серьезная проблема. Она заключается в том, что вычленив из «состояния общества» (и даже какой-либо его отдельной сферы, например преступности) «юридическую составляющую» практически невозможно. Так, И. Анденес, известнейший норвежский криминолог, утверждает, что «современное высокоиндустриализированное и урбанизированное общество западного типа едва ли могло бы функционировать без уголовного права, полиции и достаточно эффективной системы уголовной юстиции». Однако «из-за того, что это влияние [уголовного права, полиции и юстиции] распространяется в обществе по столь многим каналам, его трудно изолировать и измерить»². Дело в том, что действие, например, уголовно-правовых запретов опосредуется системами социальных, личностных и социально-психологических факторов. При этом предложенный традиционный перечень, как справедливо утверждает Л. И. Спиридонов, «является неполным. Он, в частности, не включает влияние так называемых космических моментов, времен года, биоритмов и т. п., существенность которых в последние десятилетия установлена эмпирически. Так, доказана связь активности солнца не только с уровнем общей смертности, но и с числом убийств и самоубийств, зафиксирована зависимость количества автодорожных происшествий от циклических биоритмов жизнедеятельности организма водителя, каждому работнику правоохранительных органов известны сезонные колебания уровня преступности и т. д.»³.

Сторонники теории факторного анализа попытались в свое время установить возможно более полный перечень обстоятельств, влияющих на состояние преступности. «Однако после того, как один американский социолог включил в свой перечень 170 (!) различных моментов, каждый из которых побуждает к совершению проступков, а критики начали упрекать его в неполноте

информацию. Количество этой информации находится в прямой зависимости от успешности поисков таких социальных переменных, которые в обобщенной форме достаточно полно отражали бы общественные процессы, протекающие в сфере правопорядка (Спиридонов Л. И. Социология уголовного права // Спиридонов Л. И. Избранные произведения. С. 327).

¹ Спиридонов Л. И. Социология уголовного права // Спиридонов Л. И. Избранные произведения. С. 325.

² Анденес И. Наказание и предупреждение преступлений. М., 1979. С. 142.

³ Спиридонов Л. И. Социология уголовного права // Спиридонов Л. И. Избранные произведения. С. 323.

представленного перечня, стало ясно, что создание полной номенклатуры факторов отклоняющегося поведения – занятие безнадежное. Столь же безуспешными оказались и многочисленные попытки математически исчислить удельный вес каждого из факторов, обуславливающих совершение поступков, которые не соответствуют уголовно-правовым нормам. И эта безуспешность была предопределена не только ограниченностью возможностей современной математики, хотя одновременное исчисление удельного веса 170 факторов с соблюдением принципа аддитивности сегодня практически немыслимо даже при помощи ЭВМ. Уничтожающей критике была подвергнута методология самого подхода к объяснению отклоняющегося поведения как феномена, определяемого в такой-то мере одним фактором, в такой-то мере другим, в такой-то мере третьим»¹.

Не будет преувеличением утверждение, что все, в принципе, социальные явления коррелируют с уровнем преступности, даже такие, на первый взгляд «антикриминогенные», как уровень рождаемости или количество автомобилей на дорогах страны: существует очевидная статистическая связь между ростом народонаселения и выпуском автомобилей и количеством зарегистрированных преступлений (в случае с автомобилями – ДТП, краж и угонов автотранспортных средств).

Следует ли из вышесказанного, что просчитать эффективность права в принципе невозможно? Этот пессимистический вывод также не является абсолютным. Эффективность права (например, уголовного законодательства) можно рассчитать, однако на достаточно ограниченном отрезке времени и территории и лишь вместе с эффективностью полиции² и уголовной юстиции. История иногда ставит достаточно корректные «эксперименты», когда такой расчет оказывается возможным. Так, в 1944 году в Дании немцы арестовали всех датских полицейских. После этого в течение семи месяцев, пока продолжалась оккупация, полицейские функции исполнял невооруженный сторожевой корпус, который практически бездействовал. Уровень преступности немедленно вырос, но не по всем видам преступлений и не в одинаковой мере. Так, число краж возросло более в чем десять раз. А вот растрата или мошенничество практически не обнаружили роста³. Количество преступлений, совершенных (совершавших-

¹ Там же. С. 250.

² Интересно, что увеличение расходов на правоприменительную деятельность на 1 % приводит к сокращению тяжких преступлений на 3 % (Анденес И. Указ. соч. С. 234).

³ Анденес И. Указ. соч. С. 39–40.

ся) в течение этих семи месяцев, по сравнению с количеством преступлений, совершавшихся в ситуации, когда датская полиция работала нормально, и есть эффективность уголовного закона вместе с эффективностью полиции и уголовной юстиции. Другой пример связан с Нью-Йорком, в котором вечером 13 июля 1977 г. в результате попадания молнии в провода высокого напряжения было прервано электроснабжение на 25 часов. Этим не преминули воспользоваться жители окраинных районов, которые подвергли центр города разграблению¹. Ущерб, официальная цифра которого оказалась неизвестной, и есть эффективность уголовного закона, деятельности полиции и уголовной юстиции штата Нью-Йорк.

Следует сделать вывод, что эффективность права связана с состоянием общества и может быть эксплицирована косвенными показателями, включающими состояние экономики, политики, социальной сферы и т. д., а также состоянием правопорядка.

Глава 7. ПРАВОНАРУШЕНИЕ. ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

7.1. Понятие, признаки и виды правонарушений

Если подходить к правонарушению не узкодогматически, а как к социальному явлению, необходимо выявить его социальные признаки, которые конкретизируются в юридических характеристиках. Именно так поступает, например, Л. И. Спиридонов в своих исследованиях, посвященных этой проблематике².

Первым **социальным** признаком правонарушения является **посягательство** конкретного человека на установившийся в обществе порядок отношений между людьми, коллективами, между коллективами и личностью³. В этой связи следует иметь в виду, что конкретное правонарушение есть посягательство не на правопорядок (общественное отношение как таковое), а на человека, его права, принадлежащие ему вещи и т. д., т. е. элементы правопорядка (общественных отношений) или то, по поводу чего пра-

¹ Time. 1977. July 25. P. 12.

² Денисов Ю. А., Спиридонов Л. И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1987. С. 139 и след. ; Спиридонов Л. И. Теория государства и права. С. 258 и след. ; Его же. Социология уголовного права // Спиридонов Л. И. Избранные произведения. С. 193 и след.

³ Спиридонов Л. И. Социология уголовного права // Спиридонов Л. И. Избранные произведения. С. 193.

вопорядок (общественные отношения) складывается¹. Таким образом, конкретным посягательством, которое не может поколебать, например, институт собственности, вред причиняется «эмпирическим предпосылкам существования общественных отношений. К их числу относятся люди, среда их обитания (экология), общие условия их межличностного и международного сосуществования»². Можно выразиться иначе: посягательство на условия существования правопорядка в то же время является посягательством на правопорядок как таковой. Принципиально важным тут является то, что правонарушение в данном случае рассматривается как общее понятие, а не эмпирически данное «это» правонарушение. А общее понятие правонарушения предполагает не любое посягательство на правопорядок (через посягательство на условия его существования), а причиняющее ему ущерб (результат, который оценивается как вред или ущерб) массовое, распространенное посягательство. Массовость и ущерб конкретизируют, дополняют первый социальный признак правонарушения.

Вторым социальным признаком правонарушения выступает *способ посягательства*. Таковым может быть только деяние, причиняющее объективный вред сложившемуся правопорядку (условиям его существования).

Третьим социальным признаком правонарушения являются *особенности субъекта посягательства*, каковым может быть только изолированный, существующий автономно³, социализированный индивид, который в состоянии адекватно руководить своими действиями и давать в них отчет. Тогда, когда юридически правонарушителем считается коллективный субъект, в эмпирической реальности эти действия совершает конкретный человек, как правило, представляющий это коллективное образование.

Таким образом, социальные признаки правонарушения включают в себя посягательство на правопорядок, специфику такого посягательства и самого деятеля – субъекта посягательства. Эти социальные признаки конкретизируются в **юридических признаках**, используемых, как правило, в законодательных (легальных) определениях различных видов правонарушений. При этом приводится чаще всего следующее определение, уточняемое в

¹ Там же. С. 189.

² Там же. С. 192.

³ Особую проблему представляет определение автономности подразделений государственных и негосударственных органов, учреждений, предприятий и т. д., в связи с чем очень непросто определить, кто именно должен, например, возмещать материальный ущерб.

различных отраслях права в зависимости от вида правонарушения: **правонарушение – это общественно опасное, противоправное, виновное деяние, за которое предусматривается соответствующее наказание.** Юридическими признаками здесь выступают общественная опасность, противоправность, виновность и наказание как необходимое следствие правонарушения.

Общественная опасность выражается в тех последствиях, которые оцениваются обществом (законодательством) как вред, причиняемый правонарушением¹. При этом вред (ущерб) причиняется обществу в целом, хотя конкретное посягательство направлено на определенную вещь, лицо и т. д. Это связано как с распространенностью правонарушений как таковых, так и с распространенностью определенного их вида, а также с тем, что потерпевшим при формулировании общего понятия правонарушения

¹ Не существует, с нашей точки зрения, универсального критерия вреда и общественной опасности. То, что вчера считалось таковым, сегодня или завтра может получить другую оценку (например, экологический вред, оскорбление прав верующих и т. д.). Вред как характеристика общественной опасности – это всегда оценка или результат конструирования властью того, что считается вредом, при этом власть, конечно, не может не ориентироваться на общественное мнение, которое, в свою очередь, сама власть формирует. В этой связи можно полностью согласиться с позицией по данному вопросу Я. И. Гилинского: «В реальной действительности нет объекта, который был бы “преступностью” (или “преступлением”) по своим внутренним, имманентным свойствам, *sui generis, per se*. Преступление и преступность — понятия *релятивные* (относительные), *конвенциональные* (“договорные”: как “договарятся” законодатели), они суть социальные *конструкции*, лишь отчасти отражающие отдельные социальные реалии: некоторые люди убивают других, некоторые завладевают вещами других, некоторые обманывают других и т. п. Но ведь *те же самые по содержанию* действия могут не признаваться преступлениями: убийство врага на войне, убийство по приговору (смертная казнь), завладение вещами другого по решению суда, обман государством своих граждан и т. п.» (Гилинский Я. И. Указ. соч. С. 37).

В то же время он подчеркивает: «Сказанное не означает, что социальное конструирование вообще и конструирование преступности в частности совершенно произвольны. Общество “конструирует” свои элементы на основе некоторых онтологических, бытийных реалий, как реальностью является то, что некоторые виды человеческой жизнедеятельности причиняют определенный *вред*, наносят *ущерб*, а потому *негативно* воспринимаются и *оцениваются* другими людьми, обществом. Но реально некоторые виды криминализованных (признаваемых преступными в силу уголовного закона) деяний не причиняют вреда другим, а значит, криминализованы без достаточных онтологических оснований. Это, в частности, так называемые “преступления без жертв”, к числу которых автор этого термина Э. Шур относит потребление наркотиков, добровольный гомосексуализм, занятие проституцией, производство врачом аборта» (Там же. С. 41–42).

ния является неперсонифицированный статус. А это предполагает возможность, к сожалению, любого человека стать потерпевшим от правонарушения. В то же время общественная опасность – это оценка не только реального, фактического вреда, но и потенциального – угрозы причинения вреда¹.

Общественная опасность проявляется прежде всего в той социальной значимости, которая придается обществом (властью) тем или иным общественным отношениям, статусам. Этим определяется характер общественной опасности. Общественная опасность определяется также интенсивностью посягательства, которая выражает ее степень.

Противоправность как юридический признак правонарушения выражается в закреплённости этого признака в запретительных нормах права (законодательстве). Тем самым дается официальная (легальная) оценка того или иного деяния государственной властью и в определенной степени обществом как нежелательного, а потому запрещенного. В идеале противоправность является юридическим выражением общественной опасности². Однако такое идеальное состояние бывает далеко не всегда. Поэтому «общественная опасность» и «противоправность» – не совпадающие понятия (когда объем понятий тождествен), а пересекающиеся³. Так, совершение общественно опасного деяния лицом, не достигшим установленного законом возраста, или психически больным преступлением не может считаться, и в этом случае общественная опасность выходит за пределы противоправности. С другой стороны, в том случае, если какой-либо состав правонарушения не применяется на практике или применяется крайне редко (в силу разного рода причин, в том числе неудачной его формулировки), имеет место противоправность, за которой отсутствует общественная опасность, связанная именно с этой формулировкой.

Третьим юридическим признаком правонарушения является **виновность**. Правонарушением может быть только такое деяние, которое совершено человеком, обладающим свободной волей. В возможности самостоятельно руководить своими действиями и

¹ Последняя формулировка используется для конструирования формальных составов правонарушений.

² Такое определение принадлежит известному советскому теоретику уголовного права А. А. Пионтковскому. См.: Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961. С. 160.

³ О соотношении общественной опасности и противоправности подробнее см.: Коган В. М. Социальный механизм уголовно-правового воздействия. М., 1983. С. 77 и след.

давать в них отчет и проявляется, прежде всего, виновность деяния и самого правонарушителя. Вина как психическое отношение правонарушителя к деянию и последствиям подразделяется на две формы: умысел и неосторожность. При умышленной форме вины (а большинство правонарушений совершаются именно умышленно) субъект осознавал возможность причинения общественно вредных последствий и сознательно стремился к их наступлению. Для некоторых видов правонарушений устанавливается более строгий критерий вины – неосторожная ее форма. Она проявляется в том, что субъект считается виновным и в тех случаях, когда он не предвидел возможности наступления вредных последствий, но мог и должен был (либо вследствие специальных знаний, например предполагаемых у лица, занимающегося медицинской практикой, либо вследствие здравого смысла) их предвидеть, т. е. проявил небрежность; а также когда он предвидел возможность наступления вредных последствий, но легкомысленно рассчитывал их предотвратить, т. е. проявил самонадеянность или легкомыслие. Такая форма вины, как отмечает Л. И. Спиридонов, – явление сравнительно позднее и связано с необходимостью повышения индивидуальной дисциплины поведения в условиях усложнения коллективного бытия людей. Будучи промежуточным звеном между ответственностью за умышленные действия, совершаемые при «полной свободе воли», и освобождением от ответственности за деяния, совершаемые невменяемым или лицом, находящимся в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости, ответственность за правонарушения по неосторожности «лишь уточняет, но отнюдь не отменяет общего правила»¹. Серьезной, не решенной современной юридической наукой проблемой является виновность коллективных субъектов.

Четвертым признаком – точнее, следствием – правонарушения является **наказуемость**². Необходимость этого признака – следствия состоит в том, что смысл формулирования правонарушений заключается в применении санкций к лицам, их совершившим. Тем самым общество посредством деятельности правоприменительных органов защищает себя, обеспечивая нормальное воспроизводство правопорядка.

Правонарушения классифицируются, прежде всего, на преступления и проступки. **Преступления** отличаются от прочих

¹ Спиридонов Л. И. Социология уголовного права // Спиридонов Л. И. Избранные произведения. С. 203.

² Подробнее см.: Там же. С. 315 и след.

правонарушений, во-первых, большей совокупной общественной опасностью, во-вторых, противоправностью, т. е. предусмотренностью исключительно в уголовном законодательстве. За совершение преступлений предусматриваются наиболее суровые наказания.

Вторым видом правонарушений являются *административные проступки*. В нашем законодательстве и современной теории сложилось специфическое трактование административных проступков, значительно отличающееся от западного и дореволюционного российского. Административные проступки определяются как предусмотренные действующим законодательством посяательства на установленный порядок государственного управления, собственность, права, свободы и законные интересы граждан, за которые предусмотрена административная ответственность. Однако так понимаемые административные правонарушения практически ничем (кроме формального признака – закрепленности в КоАП РФ) ничем не отличаются от преступлений, которые тоже посягают на порядок государственного управления, собственность и т. д.

Исторически сложились (и существуют) два подхода в доктрине и законодательстве к пониманию административного правонарушения: во-первых, как проступок администрации (государственной службы), как спор между администрацией и гражданином (или другим субъектом права), для разрешения которого образован институт административной юстиции; во-вторых, как несоблюдение гражданами (и другими субъектами) административных распоряжений или совершение деяния, за которое предусмотрен административный порядок наложения взысканий. Интересно, что в дореволюционной России в XIX в. под влиянием французской (и отчасти немецкой) доктрины сложился институт административных правонарушений в первом его варианте. Именно в XIX в. в России формируется административное право как признанная и институционализированная Университетским уставом отрасль права, а также процессуальный механизм, обеспечивающий реализацию административной ответственности (как ответственности администрации) – административная юстиция¹. По мнению И. Т. Тарасова, «в области деятельности адми-

¹ Институт административной юстиции возник в нашей стране лишь после реформы 1884 года Правительствующего сената, когда в нем был выделен второй департамент, а также два кассационных департамента, получивших возможность применять практически единственную санкцию к органам исполнительной власти – отмену их актов. Нельзя не заметить, что по сути следует вести речь о «зачатках» и административной юстиции, представлявшей, по выраже-

нистрации, независимо от явных, прямых и сознательных правонарушений и уклонений от служебного порядка, всегда возможны еще и такие действия и распоряжения, которые, не будучи ни преступлениями, ни гражданской неправдой, ни погрешностями по службе, тем не менее существенно нарушают законные права и интересы граждан... В такого рода действиях и распоряжениях администрации и заключается существо так называемой административной неправды»¹.

Однако в середине 20-х гг. XX в. административная юстиция в числе других правовых явлений была признана «буржуазным институтом», не имеющим фактических оснований в советской действительности, так как в ней отсутствовал спор между трудящимися (которым принадлежит вся власть) и администрацией, находящейся под контролем народа². Поэтому за административными проступками достаточно быстро утвердился другой, прямо противоположный смысл – это деяния, нарушающие постановления административной власти, или деяния, за которые наказание назначается в административном порядке³. То есть речь шла об уголовных, по сути, деяниях. Такое формально-процедурное понимание административных правонарушений сохранялось

нию И. Т. Тарасова, «купол без здания и фундамента», и института административных правонарушений (Тарасов И. Т. Краткий очерк науки административного права. Ярославль, 1888. С. 324 и др. См. также: Елистратов А. И. Административное право : лекции. М., 1911. С. 71 ; Его же. Основные начала административного права. М., 1917. С. 288).

¹ Тарасов И. Т. Указ. соч. С. 359. Похожим образом определял существо административного проступка В. В. Ивановский: «Если в действиях администрации усматривается целенамеренное нарушение закона, то восстановление этих прав осуществляется в судебном порядке. Другое дело, если права частных лиц нарушаются при добросовестной деятельности администрации, то есть когда эта деятельность со стороны самих органов администрации считалась, хотя может быть и ошибочно, законной» (Ивановский В. В. Учебник административного права. Казань, 1908. С. 165). Уже в советское время М. Д. Загряцков утверждал, что административное правонарушение есть добросовестное, но ошибочное применение права должностным лицом, в связи с чем находятся и юридические последствия, им вызываемые (Загряцков М. Д. Административная юстиция и право жалобы. В теории и законодательстве. М., 1925. С. 12).

² Носов Е. По вопросу о теории советской административной юстиции // Советское право. 1925. № 4. С. 83.

³ Постановления административной власти в тот период подразделялись на постановления центральных ведомств, нарушения которых карались в административном порядке, предусмотренном ст. 192 УК РСФСР 1926 года, и постановления местных органов власти и управления, нарушения которых карались либо в административном порядке в соответствии с многочисленными статьями УК, либо в судебном порядке, либо в соответствии с декретами ВЦИК и СНК.

до 50-х гг. XX в., когда стали искать (и нашли в степени общественной опасности) материальное им обоснование. Это положение было закреплено в Указе Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1961 г. «О дальнейшем ограничении применения штрафов, налагаемых в административном порядке»¹, кодифицировавшем административные проступки. Административные правонарушения, закрепленные в нашем законодательстве (прежде всего в КоАП РФ) и доктрине, по своим функциям, объекту (или предмету правового регулирования), структуре правовых норм и правоотношений отличаются от преступлений лишь степенью общественной опасности. Так, институт, призванный обеспечить защиту граждан от действий и решений исполнительной власти, превратился в силу исторических, политических и социокультурных особенностей нашей страны в институт, дополняющий уголовное законодательство.

Третьим видом правонарушений являются **дисциплинарные проступки**. Они представляют собой деяния, нарушающие служебную дисциплину, внутренний распорядок предприятий, учреждений и организаций. Дисциплинарные проступки закреплены в дисциплинарных уставах, других нормативных актах, регулирующих служебную дисциплину, в том числе в Трудовом кодексе Российской Федерации, и конкретизируются в правилах внутреннего распорядка. За такого рода проступки предусматриваются дисциплинарные взыскания. Как видим, дисциплинарные проступки отличаются от преступлений и административных правонарушений прежде всего объектом посягательства, каковым выступает служебная (и трудовая) дисциплина.

Четвертым видом правонарушений являются **гражданско-правовые проступки**. Они также отличаются объектом посягательства: совершаются в сфере имущественных и личных неимущественных, с имуществом связанных, отношений. Таким образом, гражданско-правовые проступки четко коррелируют с гражданским правом как отраслью права. Они предусматриваются в гражданско-правовом законодательстве. Взыскания, назначаемые за их совершение, также связаны с имуществом: это штраф, пеня, другие варианты неустойки, отмена незаконной сделки, фактическое возмещение причиненного вреда, в том числе морального, а также возмещение неполученной выгоды.

7.2. Понятие, основания, виды юридической ответственности

¹ Ведомости ВС СССР. 1961. № 35. Ст. 368.

Социальная ответственность, разновидностью которой выступает юридическая ответственность, является обратной стороной свободной воли, коей отягощен человек. Свобода органически связана с ответом, который должен давать каждый за любой совершенный поступок. Ответственность, как и свобода воли, может выражаться в правомерном ответственном поведении, но может проявляться и в совершении противоправного проступка. В первом случае говорят о позитивной ответственности, а во втором – о негативной или ретроспективной, т. е. об ответственности за правонарушение. Именно этот второй аспект будет темой нашего рассмотрения, так как «позитивная ответственность» ничем не отличается от правомерного поведения.

В юриспруденции под юридической ответственностью понимают либо обязанность подвергнуться наказанию за совершенное правонарушение, либо фактическое претерпевание наказания за совершенный проступок. Обе эти точки зрения представляются не до конца аргументированными. Так, сторонникам первого подхода (ответственность как обязанность) необходимо ответить на вопрос, в чем состоит ответственность лица, совершившего правонарушение, если оно осталось не раскрытым, а само лицо не выявленным. То есть обязанность в таком случае, конечно, существует, но можно ли ее считать ответственностью, если правонарушитель «гуляет на свободе».

Более перспективна в этом смысле вторая точка зрения (ответственность – фактическое претерпевание наказания). Однако и здесь есть нерешенная проблема. Она состоит в том, что происходит разрыв во времени между правонарушением, которое совершенно оправданно считается основанием ответственности, и фактическим применением наказания, т. е. тем моментом, когда она реально наступает.

Решить указанные дилеммы, как представляется, возможно, если рассматривать юридическую ответственность как правоотношение (правоприменительное, юрисдикционное правоотношение, в котором реализуется санкция запретительной правовой нормы). Юридическим фактом, с которого начинается правоотношение ответственности (или привлечения к ответственности), будет совершенное правонарушение (точнее – поступление информации о совершенном правонарушении в компетентный орган). Субъектами этого правоотношения выступают государство, действующее посредством должностных лиц, и правонарушитель; объектом будут их взаимные действия; содержанием – взаимные права и обязанности (наказать и подвергнуться наказанию).

Это правоотношение проходит две стадии. Первая стадия начинается с момента совершения правонарушения (поступления информации о нем) и завершается вступлением в законную силу решения правоприменительного органа, разрешающего данное дело (правонарушение) по существу. Здесь ответственность проявляется в обязанности правонарушителя подвергнуться наказанию и выражается в процессуальных действиях (в том числе принудительных), обеспечивающих процесс доказывания и применение наказания. Вторая стадия начинается с момента вступления в законную силу решения правоприменительного органа и продолжается до окончания исполнения этого решения (исполнения примененного наказания). Здесь ответственность проявляется в применении наказания, т. е. в фактическом его претерпевании. Как видим, две изложенные точки зрения на существо юридической ответственности пребывают в состоянии взаимодополнительности, а юридическая ответственность представляет собой сначала обязанность подвергнуться наказанию за совершенное правонарушение, а затем его фактическую реализацию.

Исходя из вышеизложенного, основаниями юридической ответственности выступают, во-первых, совершение правонарушения (наличие всех элементов состава правонарушения) – материальное основание, во-вторых, вступление в законную силу решения правоприменительного органа, разрешающего дело по существу, – процессуальное основание.

Виды юридической ответственности соответствуют видам правонарушений.

Первым видом юридической ответственности выступает **уголовная ответственность**. Она наступает за совершенное преступление и реализуется в применении к лицу, его совершившему, мер уголовно-процессуального характера (на первой стадии юридической ответственности) и уголовного наказания (на второй стадии). Этот вид ответственности является наиболее суровым по сравнению с другими ее видами.

Административная ответственность наступает в связи с совершением административного проступка. В соответствии с российским законодательством она выражается в применении к лицу, его совершившему, мер административно-процессуального характера, а затем – административного наказания. Административная ответственность в западных странах реализуется исключительно действиями органов административной юстиции и вле-

чет применение наказания в виде требования отмены¹ незаконного акта, изданного органом исполнительной власти (если будет установлена его незаконность). Это решение органа административной юстиции дает основание субъекту, чьи права оказались нарушенными, добиваться (как правило в суде общей юрисдикции) возмещения материального или морального ущерба².

Дисциплинарная ответственность представляет собой реакцию государства на совершенный дисциплинарный проступок. Она реализуется в применении к правонарушителю дисциплинарных мер процессуального характера и дисциплинарного взыскания.

Гражданско-правовая ответственность наступает за совершенный гражданско-правовой деликт (проступок). Она реализуется в применении к лицу, его совершившему, гражданско-процессуальных мер и гражданско-правового наказания. Достаточно дискуссионной является проблема разграничения гражданско-правовой ответственности и обязательств из причинения вреда, которые могут возникать и без вины, и независимо от совершенного проступка (например, ответственность владельца источника повышенной опасности при так называемом страховом случае и др.). Полагаем, что это два близких, но различных института.

Спорными представляются попытки выделения в качестве самостоятельных видов конституционную ответственность и налоговую. Проблематичность выделения первой состоит в практической невозможности выделить в качестве самостоятельного вида конституционный проступок. То же самое, в принципе, и относительно налоговой ответственности: ее существование аргументируется обособлением Налогового кодекса в системе законодательства. Однако провести различие между так понимаемой налоговой ответственностью и административной чрезвычайно сложно, если возможно вообще. До вступления в

¹ Орган административной юстиции, как и, например, конституционный суд, не отменяет признанный незаконным административный акт (иначе произойдет нарушение принципа разделения властей, как считают ученые западных стран), но признает его недействующим, что автоматически является требованием его отмены.

² Подробнее см.: Административное право зарубежных стран : учебник. М., 2003. С. 189–218. Весьма информативными по этому вопросу являются учебники французских административистов: Ведель Ж. Административное право Франции. М., 1973 ; Брэбан Г. Французское административное право. М., 1988.

силу Налогового кодекса Российской Федерации таких вопросов в теории вообще не возникало.

Учебное издание

*Илья Львович ЧЕСТНОВ,
доктор юридических наук, профессор*

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Учебное пособие

Часть II

ТЕОРИЯ ПРАВА

Редакторы *О. Е. Тимощук, Н. Я. Ёлкина*
Корректор *О. А. Хропина*
Компьютерная верстка *Т. И. Павловой*

Подписано в печать 04.04.2017. Формат 60х90/16.
Печ. л. 7,25. Тираж 500 экз. (1-й з-д 1—150). Заказ 2280.

Отдел научной информации и издательской деятельности
Санкт-Петербургского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации

Отпечатано в Санкт-Петербургском юридическом институте (филиале)
Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации

191104, Санкт-Петербург, Литейный пр., 44