

ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРАВА



А. ЗАЕЦ

*доктор юридических наук, профессор,
член-корреспондент НАПрН Украины,
помощник Министра юстиции Украины*

Причины множественности определений права. Множественность определений права, которые существуют в юридической литературе, зависит от множественности взглядов на происхождение права, источники права, видение природы его связей с государством, а также от того, какие существенные признаки, особенности, черты права ложатся в основу того или иного определения, какая сторона его как сложного общественного феномена исследуется.

Важная причина различий в определении права обусловлена тем, какая правовая доктрина лежит в основе такого определения — естественно-правовая, нормативистская или социологическая. Причем это характерно как для западной, так и для нашей отечественной юридической науки. Рассмотрим это более детально.

В период формирования традиции права на Западе господствующей теорией была теория естественного права, поэтому и право определялось как модель человеческого поведения, как правило, должного, необходимого, а не как реально существующие позитивные нормы.

В дальнейшем при доминировании юридического позитивизма (однако при сохранении общего плюрализма взглядов на право) доминировал взгляд на право как действующие нормы поведения, зависимые от воли законодателя. Такая позиция достаточно распространена и сегодня. Чем это обусловлено? Прежде всего, очевидно, тем, что при условии высокого уровня легитимности власти, развитости демократических институтов учета мнения населения при принятии законов нет значительного разрыва между общественным мнением и предписаниями законов. Законодательство становится продолжением воли населения, а не действует вопреки этой воле. Правильный, справедливый закон и является, таким образом, правом. Право приобретает выражение закона, а закон становится воплощением права. Однако поскольку абсолютного тождества не бывает в любом обществе, то и для Запада вопрос соответствия права морально-этическим основам общества и соответствующей коррекции закона во все времена было очень актуальным. Поэтому немало ученых не связывают право исключительно с предписаниями государства.

© А. Заец, 2013

Г. Берман отмечает, что традиционно принятое понятие «право как корпус правил, производных от уставов и решений судов», которое отражает теорию воли законодателя (государства) как высшего источника права, совсем непригодно для того, чтобы поддержать исследование транснациональной правовой культуры. Говорить о западной традиции права, отмечает он, означает постулировать понятие права не как корпус правил, а как процесс, мероприятие, в котором правила имеют содержание только в контексте институтов и процедур, ценностей и способа мышления. Вследствие такого более широкого подхода источники права содержат не только волю законодателя, но и разум, совесть общества, его обычаи и привычки [1, 28].

Все больше правоведов расширяют основу права, включая в него правила, которые существуют в различных общественных сообществах (семье, корпорациях, общественных ассоциациях, общественных судах и т. д.), государстве. Л. Фридмэн, ссылаясь на опыт функционирования правовой системы в США, выделяет четыре типа права: одновременно формальное и публичное право (акты Конгресса), публичное или правительственное право, которое не является формальным (реально действующие нормы, например нормы относительно ограничения скорости на дорогах), одновременно формальное и частное право (процедура рассмотрения исков и жалоб с помощью неофициальных судов, которые решают споры частным способом, но с соблюдением всех правил и процедур, имеющих место в обыкновенном суде) и, наконец, право одновременно частное и неформальное (правила поведения в семье) [2, 26]. Используя слово «право», считает Л. Фридмэн, мы будем вынуждены охватить всю человеческую жизнь во всех ее проявлениях и классифицировать все образцы поведения человека как элемента права [2, 23].

В советской юридической науке из-за доминирования узконормативного понимания права оно определялось как совокупность норм, установленных или санкционированных государством, которые держатся на принудительной силе государства. И только в 70–80-е гг. появились работы, которые расширяли узконормативное понимание права (за счет включения в определение прав и обязанностей личности, правосознания, правоотношений), отказывались от абсолютного отождествления права с государственными предписаниями (прежде всего это работы В. Казимирчука, Н. Козюбры, Г. Мальцева, В. Нерсисянца, Л. Явича и др. [3; 4; 5; 6]). Благодаря их усилиям в подходы к пониманию права настойчиво прорывается плюрализм, более того, формируются иные правовые течения — моральное (естественно-правовое), социологическое, среди которых нормативистское течение хотя и занимает ведущие позиции, но все более подвергается критике.

Нормативная концепция основывается на традиционном марксистско-ленинском понимании права как совокупности норм, установленных государством и охраняемых его принудительной силой. Морально-правовая теория происходит от понимания права как системы общеобязательных осознанных обществом понятий о правах, обязанностях граждан, их ответственности и т. д. Третья, социологическая теория, исходит из того, что право — это, собственно, сами общественные отношения, реальная практика их государственной охраны.

Каждая из этих теорий опирается на весомые аргументы, которые не могут игнорироваться при конструировании понятия «право», поскольку объясняют те стороны проявления права, которые не находят удовлетворительного объяс-

нения в иных теориях. Но не меньшее аргументов направлено против каждой из них. По мнению противников нормативной теории, наличие в законодательстве «мертвых» норм, декларативных предписаний, которые не отвечают сущности общественных отношений, подрывают утверждение о совпадении законодательства и права. И наоборот, сторонники нормативного определения права среди аргументов против естественно-правовой доктрины называют существование чрезвычайно широкого спектра правовых представлений в обществе, а против социологической — тот факт, что отождествление общественных отношений с правом не позволяет четко размежевать правовые и неправовые отношения и т. д. Конечно, эти правовые теории не идут в стороне от магистрального пути развития правовых учений. Скорее наоборот, они являются их временным отражением на новом этапе развития общества, а с теоретической точки зрения — ничем иным, как проявлением вековых споров относительно природы права. Нормативная теория является, по сути, модификацией историко-позитивистской школы права в марксистско-ленинской интерпретации, моральная — естественно-правовой.

Распространение социологической концепции права в советской юриспруденции (как, кстати, и на Западе) стало реакцией на отставание позитивного права от новых общественных отношений, на несоответствие его новым тенденциям в развитии общества, которые позитивное право было неспособно адекватно отразить. Социологическая концепция ориентировалась, таким образом, на отказ от существующих формальных законов и на этой основе пересекалась с историко-правовым учением. Она совмещала общие признаки и с нормативным учением — в том смысле, что объявляла позитивными фактические отношения, признавая их настоящими нормами. Социологическая концепция стала моментом осмысления особенностей реализации права в существующих общественных отношениях. И в самом деле, это значение раскрывается только тогда, когда право не отождествляют, а выводят из «фактических ситуаций», «жизни», «конкретных отношений», рассматривают его в неразрывной связи с общественными, социальными процессами. Справедливость такой оценки становится очевидной при рассмотрении социологической концепции в рамках такого подхода к объективации права, когда властное веление, норма права должны быть признаны правовыми, т. е. объективированы, в обществе, а власть — получить легитимность.

Рассмотрим правовую систему Англии и США в начале XX в. Она была почти полностью сориентирована на такое право, когда судьи «творили» правовые нормы в каждом конкретном случае, исходя из того, какой резонанс находили эти правила в обществе (предоставление таких полномочий было продиктовано именно необходимостью учета воли населения). Власть судей, в свою очередь, приобретала легитимность путем избрания судей. Право, которое формировалось в процессе принятия решения, имело все социальные атрибуты. Оно могло быть ошибочным только с точки зрения «чистых» нормативистов, которые правовыми нормами признают только предписания государства.

Бесспорным является то, что в разных социальных измерениях право проявляется своими различными гранями. Проблема состоит в том, что подобное различия наблюдаются и при определении сущностных, глубинных признаков права. Более того, в правовой литературе на основе таких признаков сформировалось несколько подходов к пониманию права.

Распространенной причиной различий в определении права является и акцентация разных признаков и характеристик, произвольное понимание сущности права. Приведем несколько примеров. Л. Явич, допуская понимание права как продукта духовной деятельности, разновидности оценочного духовного освоения действительности, момента урегулированности и порядка в общественных отношениях, сферы социальной свободы и совокупности юридических норм и т. д., применил многоступенчатый путь познания права [6, 10]. Он признал несколько сущностей: возведенную в закон и материально детерминированную властвующую волю, равный и справедливый в данных исторических условиях масштаб свободы, наконец, глубинную сущность — отношения собственности, присвоения социальных благ в условиях обмена [6, 83–84].

С. Алексеев длительное время придерживался позиции, в соответствии с которой правом признавались только юридические нормы, санкционированные государством, которые предоставляют определенную свободу участникам общественных отношений, прямо отделяя от права «социальные притязания» [7, 66, 104].

В дальнейшем он несколько смягчил свои взгляды, признав «непосредственно социальные права», т. е. естественные права [8, 117], а также наличие неюридического права, права в условиях первобытнообщинного строя. По поводу последнего он указывает, что «право в ряде случаев может обозначать и качественно иное явление, нежели строго юридическое регулирование, т. е. иметь неюридическое значение, пониматься в непосредственно социальном значении как естественное право» [8, 66].

Однако он высказал и мысль о том, что подобные естественные права могут получить и действительно получают сразу либо со временем ту или иную идеальную (идеологическую) нормативно-организационную форму опосредования, включая и юридическую [8, 118]. Стоит подчеркнуть, что взгляды С. Алексеева на право практически не изменились.

Он считает, как и прежде, что было бы неоправданным придавать всеобщее значение философской характеристике права, что право как институциональное образование является системой норм, отраженных в законе, иных признанных государством источниках, которые являются общеобязательным критерием правомерно-разрешенного (а также запрещенного и предписывающего) поведения [8, 154, 157; 9, 25–53]. При этом, как и Л. Явич, С. Алексеев признает у права наличие различных сущностей [8, 70].

Следует согласиться с В. Нерсесянцем, который считает, что и Л. Явич, и С. Алексеев неточно трактуют понимание нескончаемости процесса углубления человеческого познания, которое совсем не касается признания у исследуемого предмета нескольких сущностей [10, 30]. Отметим в этом случае, что признание у права различных сущностей навеяно представлениями о многоступенчатом проникновении в сущность вещей и явлений, которое активно пропагандировалось еще с 70-х гг. [11, 182].

Право как равная мера свободы. Особого внимания заслуживает понимание права В. Нерсесянцем, поскольку оно является наиболее оригинальным и точным в сравнении с изложенными в юридической литературе 80–90-х гг.

В ряде своих работ [5; 9; 10, 26–35; 12; 13; 14; 15] ученый обосновал два определения, которые, по его мнению, являются взаимно дополняющими. Первое — определение права как «объективно обусловленной, носящей соци-

ально-классовый характер и выражающей требование справедливости общей меры (формы, нормы) свободы и равенства», а второе — определение закона (права в форме закона), «как официального (государственно-властного, выражающего государственную волю господствующего класса формально-определенного и общеобязательно-нормативного) выражения и установления права, наделенного законной силой» [10, 26].

Он признал, что право возникает до закрепления в законе; закон только наделяет право законной силой; различия между объективным процессом формирования права и сознательно-волевым процессом его официального признания приводят к противоречиям между правом и законом [10, 29].

В. Нерсесянц использует формальное равенство для доказательства, что право признает формальное равенство, благодаря чему и становится необходимой формой бытия. Право тем самым упорядочивает различия между людьми на единых основаниях и общей мерой [9, 17, 20, 21].

В. Нерсесянц сделал попытку соединить два различных подхода: один с позиции естественного, второй — позитивистского правопонимания, при котором второе определение существенно дополняет, развивает и конкретизирует первое, а в своем единстве они отражают наиболее сущностное в общем понятии права как исторически изменяемой, объективно обусловленной, определяемой социально-классовыми отношениями, справедливой, общей меры свободы и равенства, получающей через официальное выражение общеобязательную силу.

В конечном итоге В. Нерсесянц отказывается от классового подхода, уточняя и определяя право как общеобязательную форму равенства, свободы и справедливости [14, 54].

Для целей нашего исследования важны размышления В. Нерсесянца относительно равенства, в частности его вывод о том, что проявление равенства имеет конкретно-историческое выражение, оно не уничтожает и не может уничтожить фактические различия между различными индивидами.

Отметим также, что взгляды на право, подобные взглядам В. Нерсесянца (в части понимания права как меры свободы и равенства), характерны для всей естественно-правовой доктрины. Они были, в частности, достаточно распространены в дореволюционной России. Так, известный религиозный мыслитель и теоретик права В. Соловьев отмечал, что понятие личности, свободы и равенства составляют сущность так называемого естественного права. Личность — это потому, что тот, кто не является личностью, не может быть субъектом права. Свобода — характерный признак личности, способность к безусловному сопротивлению, как внутреннее и самобытное, что не может быть устранено, не как возможность выбора двух противоположных решений (*libertum arbitrium indifferentiae*), а как полная определенность и неизменная особенность всякого существа. Таким образом, свобода — как требование самостоятельности. Наконец, равенство — как потребность признания за другим такой же принципиальной свободы [16, 97–98].

В. Соловьев так представлял взаимодействие этих элементов: «Но свобода, сама по себе, то есть как свойство лица, в отдельности взятого, еще не образует права; ибо здесь свобода проявляется лишь внешним образом, как фактическая принадлежность личности, совпадающая с ее силой. Представленный самому себе, я свободно действую в пределах своей силы: о праве тут не может быть

и речи. Нет права и в том случае, когда мое действие сталкивается с таким же свободным действием другого, причем дело решается перевесом силы. Но если я проявление своей свободы ограничиваю или обуславливаю признанием за другим такой же принципиальной свободы или признаю его за таким же лицом, как я сам, то таким признанием я делаю свою свободу обязательной для него или превращаю ее в свое право. Такое отношение имеет всеобщий характер в силу всеобщего значения личности: каждый человек есть лицо, и, следовательно, за всеми одинаково должна признаваться их принципиальная свобода, взаимно обусловленная в своем действительном проявлении. Таким образом, моя свобода, как право, а не сила только, прямо зависит от признания *равного* права всех других. Отсюда мы получаем основное определение права: *право есть свобода, обусловленная равенством*. В этом определении права индивидуалистическое начало свободы неразрывно связано с обществом началом равенства, так что можно сказать, что право есть не что иное, как *синтез свободы и равенства*. Понятия личности, свободы и равенства составляют сущность так называемого естественного права» [16, 98].

Отсюда «Свобода как основа всякого *человеческого* существования и равенство как необходимая форма всякого *общественного* бытия в своем соединении создают *человеческое общество* как *правомерный порядок*. Ими утверждается нечто общее и одинаковое, поскольку права всех равно обязательны для каждого и права каждого для всех. Но очевидно, что это простое равенство может относиться лишь к тому, в чем все тождественны между собой, к тому, что у всех есть общее. Общее же у всех субъектов права есть то, что все они одинаково суть лица, т. е. самостоятельные или свободные существа. Таким образом, исходя их равенства как необходимой формы права мы приходим к свободе как его необходимому субстрату» [16, 99–100].

Интересно, что подобное понимание права созвучно правовому учению И. Канта. Личная свобода, по определению философа, которая рассматривается формально, есть произвол либо способность отдельной личности действовать по своему усмотрению, насколько это в ее власти. В этом и состоит возможность столкновения отдельных личностей. Поэтому закон свободы состоит в том, чтобы произвол одной личности ограничивался произволом другой личности и чтобы никто не нарушал свободы другого. То есть личная свобода всякой личности ограничивается определенными границами и устанавливает и наполняет определенную сферу, которая и является правом [17, 135].

В. Соловьев называл это *рациональной сущностью права, которая является идеальным условием всех положительных правовых отношений, в них и через них* [16, 98].

При таком подходе свобода права, указывал Ж.-Ж. Руссо, — форма реализации общей воли. Это способность свободных индивидов свободно взаимодействовать с другими людьми, вступать с ними в правовые отношения с целью достижения своих интересов и потребностей, индивидов, которым противостоят такие же свободные индивиды.

Определение права на основе равенства и свободы является познавательно-рационалистическим, поскольку оно ориентирует на уяснение содержания права как явления, принадлежащего мыслящему индивиду, который взаимодействует с такими же индивидуумами на основе равенства. Этот «либертальный» подход важен не только с позиции определения сущности, но и необходимости

усиления гуманистической окраски права, преодоления его восприятия как карательного (что характерно для тоталитарных систем), переориентации его их запретов на разрешения и диспозитивные нормы. Прежде чем идеи равенства и свободы относительно многих классов были признаны и получили отражение в конституциях и законах, эти классы прошли длительный путь борьбы за свои права. Идеи равенства и свободы были на знаменах почти всех революций.

Однако свобода и равенство отражаются в таком понимании права только как абстрактная идея; сохраняют свое значение как признаки, которые пригодны для общего определения права, только в абстрактном значении. Это происходит в силу того, что свобода и равенство, в отличие от конкретных отношений, имеют общее, а не конкретизированное выражение. Вне этих пределов и свобода, и равенство приобретают различие в зависимости от реальных условий их осуществления. Более того, использование понятия абстрактной свободы в определении права обязывает к объяснению необходимости правовой дифференциации между отдельными субъектами права, к поиску оптимальных критериев для установления правовых особенностей правового регулирования тех или иных отношений (в дальнейшем этот вопрос будет рассматриваться более детально).

Относительно справедливости, то она имеет общую основу с правом, однако не может отождествляться с ним. В. Нерсисянц считает, что социальная справедливость — это та же правовая справедливость, т. е. правовой подход, соблюдение правового принципа равенства, а не какая-то особая неправовая справедливость; справедливо то, что отвечает праву, а действовать по справедливости — означает действовать по праву, в соответствии с его всеобщим масштабом и равными для всех мерами (нормами) свободы [14, 10–11].

Справедливость является оценочным средством, моральным критерием, с помощью которого мы устанавливаем допустимость или недопустимость существования тех или иных властных велений. Согласно этой точке зрения право находит свою легитимацию через признание его обществом в качестве должного, то в праве найдет свое отображение уровень социальной справедливости; справедливость будет также и в дальнейшем оценочным критерием легитимированных обществом норм, оправдывать или подвергать их сомнению, а отсюда — подтверждать их действие или принуждать корректировать указанные нормы в соответствии с новыми идеалами справедливости.

Вот почему наибольший смысл эти понятия имеют при их различении. Социальная справедливость наполнена собственным социальным содержанием. Их реализация осуществляется с помощью различных форм и методов, хотя правовые формы и средства являются достаточно эффективными. Если справедливость является правильностью, истинностью, оправданностью социального различения людей в общественных отношениях, то само право, воспринимая их в качестве исходных критериев, превращается в средство реализации справедливости.

Для подкрепления такой мысли сошлемся на Х. Харта, который говорит, что «право лучше понимать как «отрасль» морали либо справедливости, его «сущностью» является не столько воплощение в приказах и угрозах, сколько соответствие принципам морали и справедливости. «Это доктрина, — продолжает он, — которая характерна не только для схоластических теорий естественного права, но и для определенной современной теории права, которая критически

относится к правовому позитивизму, унаследованному от Остина. Однако здесь снова теории, которые так непосредственно уподобляют право морали, кажется, в конечном итоге, нередко путают один тип обязательного поведения с другим и оставляют недостаточный простор для разницы между правовыми и моральными нормами и для различий в их требованиях» [18, 15].

Следует указать и на то, что целый ряд правовых норм ограниченно подвластный либо вообще неподвластный этической оценке из-за регулирования организационных, технических либо технологических процессов, где действуют не принципы морали или этики, а принципы рациональности либо технологичности. Это не означает, что соответствующие сферы в конечном итоге не соединятся с моралью или этикой, поскольку там, где действует человек, всегда присутствует этика. Речь идет только о том, что этическая сторона тех или иных отношений недостаточно представлена в конкретно-правовых отношениях (скажем, требования к поведению людей в сфере производства, технологические нормы, которые обслуживают применение иных норм в правовой системе — дефиниции, презумпции, процедурно-процессуальные нормы и т. д.).

Право как регулятор человеческого поведения. Вернемся к определению права. Его познавательно-рационалистическое определение, упомянутое выше, охватывает только один аспект сущности права. В этом определении сущность права раскрывается через рациональную природу человека, его сосуществование в обществе с иными свободными и равными индивидами. Но сущность права проявляется не только со стороны его как рационального, которое является статичным. Она проявляется также и в цели и назначении права, направленности его на упорядочение общественных отношений, т. е. в *динамическом, регулятивном аспекте*.

Право в обществе выступает не просто как «явление в себе», но как внешнее явление, мощное регулятивное средство, которое принуждает личность действовать в соответствии с его требованиями.

С этой стороны, *право есть норма, правило, мерило, мера того, как необходимо действовать личности в отношениях с другими людьми*. Право дает меру такого поведения как отдельной личности, которая оказывается в сфере соответствующих отношений, так и становится равной мерой для всех других лиц, которые подвергнутся действию данной нормы. Так, лицо, желающее передать в наследство имущество постороннему лицу, обязано составить завещание в соответствии с требованиями гражданского права. Это требование является нормой, мерой для данного лица при этих обстоятельствах. Одновременно эта норма, при равных обстоятельствах, будет общей, равной мерой и для других лиц, у которых возникнет намерение передать в наследство свое имущество. От чего зависит эта мера? При регулятивном определении права как меры (нормы) должного (необходимого) особенно важную роль играют морально-этические критерии — свобода, равенство, справедливость. Однако здесь они уже выступают не как элементы сущности права, которыми они были в познавательно-рационалистическом определении, а как внешние морально-этические критерии, определяющие меру самого права, силу властного воздействия на субъектов права, содержание права в соответствии с достигнутыми в обществе морально-этическими представлениями. Является логичным различать в праве не только отдельные элементы морально-этической надстройки, духовной сферы, но и все существующие. Должны учитываться такие составные морально-этической

сферы, как доброта, милосердие, уважение к достоинству личности и т. д. Они чрезвычайно существенны для понимания содержания правовой регуляции, служат оправданием или отбрасывают его, становятся не мерилom самого права, т. е. самих себя, не абсолютными характеристиками права, а морально-ценностными критериями права.

Попытаемся рассмотреть этот вопрос более детально — сначала относительно *равенства*.

Представляется, что более простой является проблема формального равенства, принцип которого в наиболее обобщенном виде урегулирован в ст. 24 Конституции Украины как равенство всех перед законом, то есть недопустимы любые привилегии или ограничения по признакам расы, цвета кожи, политических, религиозных и иных убеждений, пола, этнического и социального происхождения, имущественного состояния, места жительства, языковым и иным признакам.

Например, Конституция Украины гарантирует независимость и неприкосновенность судей и запрещает влияние на судей любым способом (ст. 126). С точки зрения формального равенства каждый субъект права (гражданин или должностное лицо, а именно президент, премьер-министр или глава государственной администрации, орган государственной власти и т. д.) должен придерживаться этих предписаний. Так же как и относительно судей: каждому судье гарантирована такая независимость и неприкосновенность.

Таким образом, право упорядочило отличия (половые, по должности и т. д.), которые существуют между людьми, между субъектами права вообще, на единых основаниях. Оно стало равным мерилom поведения в определенных одинаковых случаях.

Такое равенство является формальным, равенством перед законом, его запретами, в наказании в случае нарушения закона. Здесь формальное равенство требует осуществления действующего права без исключений, невзирая на личность. Общее действие права и невозможность выведения кого-либо из-под действия закона и составляет содержание формального равенства. Все субъекты права в равной степени наделены правами и свободами и всем запрещено действовать в интересах или вопреки отдельному лицу, привилегированно выделять его из круга иных равных субъектов.

Однако возможен и другой вид правового равенства. Среди всех субъектов, если продолжить пример относительно ответственности за совершение разбойного нападения, в законодательстве будут выделены группы по возрасту. При условии иных равных обстоятельств несовершеннолетнее лицо будет наказано мягче, нежели совершеннолетнее. Дифференцированная ответственность может применяться в случае, если жертвой нападения станет мужчина в одном случае, а в другом — беременная женщина. Мы наблюдаем, что Конституция, как и закон, по-разному регулируют вопросы правового положения наемных работников — государственных служащих, судей, учителей и т. д. И даже в пределах одной категории просматриваются различные подходы к правовому регулированию. Скажем, судьи общих судов и судьи Конституционного Суда Украины имеют различный правовой возрастной ценз для назначения на должности. Какой критерий здесь действует?

Речь идет в каких случаях о так называемом *содержательном равенстве*, которое Конституция Украины рассматривает как равноправие (абсолютное

равенство при этом является невозможным, поскольку тогда речь шла бы не о равенстве, а о тождестве [19, 215]). И здесь мы наблюдаем определенные сложности в определении общих подходов к нормированию общественных отношений. Содержание равноправия предусматривает равное обращение с людьми во всех отношениях, не допускает неравного отношения при равных обстоятельствах [19, 215]. Если, скажем, речь идет о пенсионерах, то нельзя выделять какую-либо небольшую категорию граждан и регулировать пенсионные отношения совсем по-иному. В то же время абсолютное совпадение всех признаков (временных, территориальных и др.) логически исключается, поскольку это будет не равенство, а идентичность. Вот почему когда речь идет о различиях, то следует абстрагироваться от мелких различий, а выделять действительно существенные. Наличие таких существенных различий и является важным основанием для различного регулирования законодательством общественных отношений, а их отсутствие, наоборот, может стать основанием для отказа в таковом регулировании этих отношений. Таким образом, решающим этапом в определении понятия равенства является установление существенных признаков. Закрепляются они прежде всего в Конституции Украины. Основной Закон дает основания для уравнивания в правах, скажем, мужчин и женщин в определенном отношении — политическом или социальном и отступает от принципа равенства при определении возрастного ценза при назначении или избрании определенных лиц.

В то же время Конституция Украины устанавливает лишь общие начала равенства, которые должны быть конкретизированы парламентом в действующем законодательстве. Обратимся вновь к конкретному примеру.

Статья 40 Конституции Украины устанавливает, что все имеют право направлять индивидуальные или коллективные обращения или лично обращаться к органам государственной власти и органам местного самоуправления и должностным лицам этих органов, которые обязаны рассмотреть обращение и дать обоснованный ответ в предусмотренный законом срок. То есть эта норма такую возможность предоставляет всем, и по отношению к этому праву всем определяет единое основание и единый масштаб. Но в этой статье определен лишь общий принцип права на письменные обращения. В Законе Украины «Об обращениях граждан» конкретизируются как субъекты этого права, так и содержание правоотношений, основания обращения, а также рамки этого права. В соответствии со ст. 1 этого Закона право на коллективные обращения ограничивается для военнослужащих (они не могут коллективно обращаться по поводу вопросов их служебной деятельности). Для заявлений и обращений определенных категорий граждан предусмотрен особый порядок их рассмотрения (статьи 11 и 12). Особенности реализации этого права могут быть применены и для иностранцев. Но даже такая детальность не устраняет негативного влияния этой особенности права на правоотношения, которые регулируются, и поэтому для учета всех особенностей субъектов права и многообразия жизненных ситуаций право имманентно содержит в себе набор необходимых правовых механизмов. Существует, скажем, обязанность суда, иных правоохранительных и правоприменительных органов учитывать при рассмотрении дел степень вины личности, ее материальное положение, возраст, иные важные обстоятельства. Тем самым право приближается к личности и более справедливо регулирует соответствующие отношения.

Примером, 19 ноября 1997 г. в Конституционный Суд (далее — КС) Украины обратились две группы народных депутатов относительно признания неконституционными отдельных положений и в целом Закона Украины «О выборах народных депутатов Украины», принятого Верховной Радой Украины 24 сентября 1997 г. [20]. В представлениях утверждалось, что указанный Закон, который внедрял смешанную (пропорционально-мажоритарную) систему выборов, не соответствует ст. 76 Конституции Украины о равном избирательном праве, а также ст. 24 Конституции Украины о равенстве конституционных прав граждан. Кроме иных аспектов, субъекты конституционного представления, усматривая нарушение принципа равенства прав и свобод граждан в целом и избирательных прав в частности (статьи 24, 38 и 76 Конституции Украины), обжаловали саму избирательную систему, а также установление 4-процентной избирательной квоты, выдвижение кандидатов в депутаты по многомандатному избирательному округу через политические партии и избирательные блоки партий (граждане-партийцы будто бы получали по закону двойную возможность выдвигать свою кандидатуру на выборах), отличия в выдвижении кандидатов в депутаты по многомандатным и одномандатным избирательным округам (относительно сбора подписей, сведений о кандидате и их обнародовании, сроков выдвижения и т. д.). В представлении обосновывался тезис о том, что в многомандатном избирательном округе половина мандатов перестает быть объектом свободного соревнования, привилегии предоставляются в выдвижении кандидатов политическим партиям и избирательным блокам.

В анализированных представлениях, на наш взгляд, не удалось доказать тождество условий мажоритарной и пропорциональной избирательных систем — такое своеобразие существует как для одной системы, так и для другой. А отсюда использование 4-процентной избирательной квоты для партий не могло быть основанием для обвинения в нарушении принципа равенства избирательных прав граждан.

Игнорирование этого обстоятельства является методологической ошибкой. Решение КС Украины по этому вопросу явилось кое в чем неожиданным: он не согласился с тезисом о нарушении равенства конституционных и избирательных права граждан, что обуславливалось самим наличием смешанной системы. Однако в части толкования принципа равенства избирательных прав КС Украины констатировал, кроме всего прочего, что Закон Украины «О выборах народных депутатов Украины» не обеспечивает равных правовых возможностей в осуществлении гражданами избирательного права на стадии выдвижения кандидатов в народные депутаты Украины. КС Украины признал также, что указанный Закон лишает равных возможностей субъектов избирательного процесса установлением разных сроков выдвижения и регистрации кандидатов в народные депутаты от политических партий, избирательных блоков и сроков выдвижения и регистрации кандидатов в народные депутаты в одномандатных избирательных округах, а также установлением разного срока для обеспечения изготовления предвыборных плакатов в многомандатном общегосударственном и одномандатных избирательных округах.

В результате КС Украины признал соответствующие положения Закона неконституционными, игнорируя существенные отличия между мажоритарной и пропорциональной системами, отсутствие зависимости между получением мандатов в одной системе и в другой. КС Украины в этой ситуации, на наш

взгляд, не учел принципа существенных отличий между регулируемыми отношениями.

В этом отношении интересным является опыт КС ФРГ, который в одном из своих решений указал, что способ регулирования может быть признан произвольным и таким, который не отвечает Конституции, если для дифференциации не найдется разумных, естественных или других убедительных доказательств [19, 217–218]. Аналогичную позицию занял Верховный суд США, который по делу Мак Гован против Мериленда (1961) отметил: «Четырнадцатая поправка оставляет штатам широкую возможность принятия законов, которые по-разному регламентируют положение различных групп населения... Существует презумпция того, что legislatures штатов действуют в пределах конституционных требований, хотя в действительности принятые ими законы имеют следствием определенное неравенство. Допущенное законом неравенство не признается неконституционным, если совокупность каких-либо фактов разумным образом доказывает его обоснованность» [21; 22, 227–228].

Принцип равенства не должен абсолютизироваться, поскольку это может причинить вред самой справедливости, этическим основам общества. Право стремится обеспечить равенство всех перед законом, обеспечить равенство стартовых возможностей людей в обществе, чтобы достичь большей социальной справедливости. Достаточно убедительно по поводу такого понимания исходных критериев говорит Дж. Ролз: «Кажется разумным предположить, что стороны в *исходном положении* (курсив мой. — А. З.) равны. То есть все имеют те же самые права в процедуре выбора принципов; каждый может сделать предположения, выставить причины в пользу их принятия и т. д. Ясно, что цель этих условий состоит в представлении равенства между человеческими существами как моральными личностями, созданиями, которые имеют свою концепцию блага и способны к чувству справедливости. Основу равенства должно искать в похожести людей в этих двух аспектах. Системы целей не ранжированы по ценностям. Каждый человек имеет необходимую способность понимать принятые принципы и действовать в соответствии с ними. Вместе с занавесом неведения эти условия определяют принципы справедливости как честности, на которые рациональные лица, преследующие собственные интересы, соглашаются как равные, не имеющие преимуществ друг перед другом за счет социальных и естественных случайностей» [23, 32]. Чрезмерное выравнивание становится «выравниванием справедливости», т. е. фактической несправедливостью, формальным, грубым выражением равенства в неравенстве. Вот почему нет смысла говорить и об общей исторической тенденции усиления равенства права. Право развивается на каждом историческом этапе соответственно с общими закономерностями, основывается на достигнутом обществом уровне этики. Если такое соответствие существует, это и есть прогресс. Если нет — это становится фактором ухудшения самого права, его сущности, поскольку в большей степени нивелирует существующие различия между людьми.

Усиление равенства права в исторической перспективе может восприниматься через призму того, что понимается под таким равенством. Если это отказ от мелких отличий между по-разному урегулированными отношениями — усиление такого равенства будет благом. Если это отказ от существенных признаков, которые характерны для различных людей и отношений, то усиление такого равенства будет ничем иным, как субъективизмом и произволом.

Именно из этих соображений следует подходить к оценке того, что право стремится ко все большему равенству, что история права является историей «прогрессирующей эволюции содержания, масштаба и меры формального (правового) равенства при сохранении этого принципа как принципа любой системы права, права вообще» [14, 7].

Использование свободы как внешнего оценочного критерия права дает возможность определить действительную меру свободы, которую предоставляют правовые нормы. Ведь свобода проявляется и в конкретных правах (в праве на свободу и личную неприкосновенность, праве на свободу мысли и слова), и наличных правах в каждом правовом уполномочивании, обязывании или запрете действовать в определенных пределах. Право может также рассматриваться через призму необходимости расширения свободы для граждан и хозяйствующих субъектов.

Сегодняшние представления о праве неотделимы от предоставления им максимальной свободы гражданину, личности. В «плоть и кровь» права входит принцип «разрешено все, что не запрещено законом» (в украинской правовой системе он закреплен уже на конституционном уровне — в ст. 19 Конституции Украины). Обеспечение свободной, самостоятельной, инициативной деятельности личности стало важнейшим критерием законодательной деятельности парламентов и нормотворчества административных органов в цивилизованных государствах. Значительный вес приобретает он и в нашей стране. Но это уже не сугубо физическое или механическое, а этическое измерение права, в основе которого лежит оценка целесообразности расширения свободы, осуждения необоснованных ограничений свободы и т. д. С другой стороны, в ранге конституционного в Украине, как и во многих других странах, действует принцип, согласно которому «органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны действовать только на основе, в пределах полномочий и в способ, предусмотренный Конституцией и законами Украины» (ст. 19 Конституции Украины). Это является уже принципом ограниченной свободы, правовых ограничений для целого ряда субъектов права, кстати, целиком оправданных. Право в этом понимании ограничивает органы государственной власти и должностных лиц, принуждает их действовать на основе и во исполнение закона, сверяя с ним все действия.

С учетом сказанного, при регулятивном определении права можно прибегнуть к сравнению совершенной системы права с *«царством» воплощенной свободы, равенства и справедливости.*

Влияние морально-этических факторов на право, его содержание является настолько существенным, что составляет *морально-этическую основу* права и служит его оправданием и объяснением. Мораль и этика наполняют право ценностями правды, справедливости, доброты, милосердия, добропорядочности, тем самым превращая право из формальной меры, мерила в моральную общественную меру. Не случайно в правовой литературе XIX — начала XX в. достаточно распространенным явлением было определение права как этического минимума, морального добра, к которому должно стремиться общество.

Таким образом, важным для определения права является то обстоятельство, *что право основывается на достигнутом обществом уровне морали и этики, которые определяют одновременно меру права.*

Существенным признаком регулятивного определения права является его легитимированность, о чем говорилось выше, т. е. признание его норм обществом такими, которым нужно следовать обязательно, которые являются необходимыми и должны определять способ жизнедеятельности общества. Признак легитимации превращает идеи должного, необходимого, которые существуют в обществе и претендуют превратиться в правовые нормы или формальные предписания государства, его органов и должностных лиц, в имманентный императивный для общества регулятор, который становится необходимым нормативом, собственно правом через одобрение общества. Такое одобрение придает этим нормам обязательность относительно каждого члена общества, т. е. общеобязательность. Легитимация превращает право в то, чем оно является, придает ему силу, освящает общественным авторитетом.

С точки зрения способа реализации этой меры нормы поведения, право — это принудительное требование, категорический императив, властный регулятор человеческого поведения, средство *должного, необходимого*.

С позиции важности достижения цели правового регулирования властность права предусматривает не только возможность сознательной реализации требований, которые в нем содержатся, реализации на основе сознательного соблюдения этих требований, маргинального поведения либо же реализации его с помощью силы общественного мнения, силы традиций, иных общественных средств. Властность права предусматривает обязательную реализацию его требований, и поэтому, в конечном итоге, — возможность принудительной реализации с помощью созданных и функционирующих в обществе особых социальных институтов и органов охраны права (суды, прокуратура, адвокатура, нотариат, милиция и т. д.). Не все они выполняют только правовые функции, но каждый из них несет определенную нагрузку по осуществлению права. Как уже отмечалось, во всех обществах существуют органы обеспечения осуществления права, хотя их перечень и виды на разных этапах развития общества не совпадают.

Таким образом, к существенным характеристикам права следует отнести имманентно присущую потребность в особых средствах охраны властных веле-ний, которые регулируют поведение личности. Именно из властности правовых норм вытекает волевой характер права, который чаще всего признается его важнейшим признаком. Но из предыдущего изложения видно, что волевой характер права является признаком властности права, производным от этой властности. То есть воля опосредуется в праве через властность, а не является непосредственным признаком права.

Властность права, однако, не сводится только к его принудительному характеру, как и сама власть — только к принуждению. Такое отождествление характерно только для тоталитарных государств, но в условиях тоталитаризма, диктаторских режимов о наличии права говорить не приходится. Причем модель права должна соединяться не только и не столько с принудительным велением и властностью, хотя этот признак не может окончательно отбрасываться (тем более карательностью предписаний). Однако она является производной от понимания должного в праве и от представлений о механизме осуществления права. Нормативность как должность, необходимость правовых норм отличается от нормативности других регуляторов только способами их реализации, гарантирования, обеспечения. То есть если необходимость, общая значимость каких-либо иных социальных регуляторов имеет выражение их значимости,

обусловленной внутренним убеждением членов общества относительно их ценности, то необходимость и общая значимость правовых норм, кроме этого, имеет еще и выражение общеобязательности — такой необходимости, которая основывается на невозможности и неразрешенности иного, и которая обеспечивается с помощью специальных правовых институтов.

Подытоживая сказанное, следует отметить, что сущность права раскрывается через два главных, по нашему мнению, определения права. *С познавательно-рационалистической точки зрения право — это свобода, обусловленная равенством, равное мерило свободы (правомерный порядок)*. Однако это определение дополняется *регулятивным определением права как легитимированных в обществе норм, детерминированных достигнутым обществом уровнем морали и этики, которые опираются на властные средства охраны*.

Выяснение сущности права дает возможность перейти к выяснению его роли в функционировании государства.

Право — основа публично-правового союза народа

Роль права в организации и функционировании государства в античные времена. Изучение феномена права, его природы, сущностных признаков, установление научной идентичности не является достаточным для четкого и полного осмысления его роли в функционировании государства, меры обусловленности государства правом. Установить значение этой роли мы можем посредством уточнения природы самого государства, его сущности, рассмотрения конкретно-исторических форм и средств регуляции государственной жизни.

Стоит подчеркнуть, что понятие «государство» является не менее сложным, нежели понятие «право». Во все времена существования самого государства подходы к его пониманию подвергались значительной трансформации. Достаточно четко определяются три подхода к исследованию государства. Первый, политико-философский (античный), рассматривает всякое государство как своего рода общество, организованное ради общественного блага, удовлетворения ежедневных потребностей, как средство решения «общих дел» и регулирования отношений «народ — государство» (Аристотель) [24, 376], как людей, связанных между собой соглашением в вопросах права и общностью интересов (Цицерон) [25, 48]. Второй, классовый, усматривает в государстве результат разделения общества на классы и средство классовой борьбы, машину для подавления одного класса другим (марксистско-ленинский подход). Третий — организационно-правовой; он определяет государство как организационное и правовое средство регулирования классовых отношений.

В конкретно-историческом аспекте существовало большое количество форм государств, государственная идеология которых дает основания для вывода о минимальной роли права в организации и осуществлении государственной власти, регулировании общественных отношений. Однако представления о роли права в функционировании государства развивались параллельно с развитием учений о государстве и укреплением самих государств.

Греческая идея государства [26, 34–49], которая основывалась на гармонии общественной жизни, не знала такого понятия, как отдельные граждане, наделенные личными правами, как и понятия государства, защищающего своих граждан с помощью закона, не связывала эффективность власти с достаточной свободой гражданина. Права гражданина зависели от его звания, а не личности.

Периодическая смена чиновников на должностях с помощью жребия (ротация), как можно более широкое привлечение населения к управлению, формальное и неформальное обсуждение государственных дел, избрание народом органов государственного управления, народный контроль над судьями — далеко не полный перечень демократических институтов Древней Греции. Сила государственной власти, таким образом, основывалась не на принуждении, а на силе убеждения, традиции, уважении к закону. Закон объявлялся законным правителем, ему подчинялись, он составлял смысл добропорядочного государственного управления.

Хотя в эти времена не существовало теории разделения властей, уже тогда можно было говорить о правовых механизмах контроля представительской, исполнительной и судебной власти. Относительно исполнительной власти ими были назначения и ротация государственных служащих, контроль за их действиями; относительно судебной — народное назначение судей трибуналов (демы ежегодно избирали 6 тысяч лиц, рассматривающих дела), относительно решений представительских советов или ассамблей — их судебное аннулирование. Однако является ли правомерным определение приоритета права в системе общественных регуляторов? Очевидно, нет. Право и справедливость, хотя и должны были регулировать общественное устройство и общественную жизнь, однако общими регуляторами такой общественной жизни не стали. Более весомым для упорядочения политической сферы стало не право, а соответствующие политические идеалы.

Для восприятия этих идеалов следует принять во внимание непосредственную связь представлений об эффективном и совершенном общественно-политическом устройстве с представлениями о городе-государстве, чем тогда были Афины и где сосредотачивались все жизненные интересы граждан.

Теория города, места общего проживания, заменила, по сути, теорию государства, стала важнейшей этической, экономической, социологической и политической идеей. Идеалами стали справедливость, свобода, благочестие, доброта, потребность опеки над своим городом-государством, общественная гармония, представление о силе неписаных законов, вера в необходимость принятия государственных решений посредством их обсуждения, добровольное подчинение закону, который является благом для всех. Особенно почитаются такие добродетели личности-гражданина как доброта, доблесть, скромность, смелость.

В теоретико-политической мысли древности доминировали взгляды на государственную власть, власть правителя как на произвольную, зависящую от воли и позитивных качеств последнего. Демокрит утверждал, что в соответствии с существующей формой управления не было никакого средства препятствовать тому, чтобы правители, если они даже и очень хорошие, не получили несправедливости. Поскольку не пристало, чтобы правитель, ответственный перед кем-либо иным, оказывался через год сам под властью этих иных. «Поэтому должно быть устроено так, — продолжает Демокрит, — чтобы [правитель], не совершавший никакой несправедливости, даже если он и строго преследовал совершавших несправедливость, не попадал [впоследствии] под власть их, но чтобы какой-нибудь закон или какое-нибудь другое [средство] защищали поступавшего несправедливо правителя» [27, 83].

Платон говорил, что правитель может прислушиваться или не прислушиваться к мнению народа на свое усмотрение и поэтому связывать его нормами

закона невозможно. Выход видится в том, чтобы государствами правили философы [28, 227].

Важное влияние на понятие государства и факторов, которые его ограничивают, оказали взгляды Аристотеля. Это ему принадлежит одна из главных идей древности — принципиальное разграничение государства (политических отношений) и общества [24, 455]. Аристотель различает такие виды государственного устройства: царская власть (монархическое правление), аристократия и полития, а также три формы, которые отклоняются от них: тирания (от царской власти), олигархия (от аристократии), демократия (от политии) [24, 458–462]. Тирания имеет целью пользу одного правителя, олигархия опекается пользой богатых граждан, демократия — пользой незажиточных [24, 551]. Наиглавнейшее при любом строе, как отмечает Аристотель, это путем законов и иных порядков лишить должностных лиц возможности обогащаться. Самые полезные законы, единогласно одобренные всеми причастными к управлению государством, будут напрасными, если граждане не будут приучены к государственному порядку и в этом духе воспитаны, т. е. если законы государства демократические — в духе демократии, если олигархические — олигархии; если недисциплинированный один, то недисциплинированное все государство [24, 125].

Выдающийся оратор античности Цицерон считал государство самой совершенной формой человеческого общения, общежития. Всякое государство, отмечал он, является собственностью народа, а народ — не любое собрание людей, каким-либо образом объединившихся, связанных между собой согласием в вопросах права и общностью интересов [25, 48].

Цицерон определил основные принципы самоуправления, в частности, относительно того, что власть делегируется народом и должна действовать на основе морального закона [25, 49–66]. Как отмечают Д. Себайн и Т. Томпсон, эти принципы управления «за сравнительно короткий срок, прошедший с тех пор, как Цицерон их записал, получили практически повсеместное признание и на протяжении многих столетий служили общеизвестными положениями в теории политической философии... вошли в общую сокровищницу политических идей» [26, 169–170].

Труды Цицерона находились в русле учений эпохи стоицизма, представители которого (Хрисип, Панетий, Полибий, Сципион и др.) считали справедливость наилучшим средством удержания власти от распада, сформулировали идею всемирного братства всех людей.

Отметим, что аналогичные идеи были достаточно распространены и на Востоке — в Древних Индии и Китае. В Древней Индии «Артхашастра, или наука политики» (политико-экономический трактат) свидетельствует о важности моральных основ надежности власти, поскольку правитель, который правит несправедливо, не может рассчитывать на помощь подданных, а истощенные подданные становятся жадными и становятся враждебными относительно своего правителя [29, 138].

Сунь-цзы (китайский философ — около 313–238 гг.) утверждал, что «если правитель стремится к спокойствию, то, [чтобы достичь его], нет ничего лучше, как издавать справедливые приказы и любить народ; если правитель стремится к славе, то, [чтобы добиться ее], нет ничего лучше, как почитать ритуал и уважать ученых; если [правитель] стремится утвердить свои заслуги, — для этого

нет ничего лучше, как почитать мудрых и привлекать способных людей» [29, 143].

После распада Римской империи на протяжении длительного времени наблюдается кризис права, который завершается полностью только в XIII столетии признанием такой идеи: общество должно управляться правом [30, 61].

Роль права в организации и функционировании государства в эпоху Средневековья и Новое время. Формулирование понятий «государственный суверенитет», «народный суверенитет», «идея правового государства». В эпоху Средневековья продолжается формирование понятия «государство как общее сообщество» и складывается теория государственного и суверенитета народа. Ж. Боден сформулировал понятие «суверенитет» и обосновал принцип неделимости государственного суверенитета, утверждая, что государства создаются по принуждению сильнейших либо же в результате согласия одних людей добровольно передать в подчинение других свою свободу целиком с тем, чтобы эти ею распоряжались, опираясь на суверенную власть либо без всяких законов, либо на основе определенных законов и в соответствии с определенными условиями. Народ может отдать суверенную власть без каких-либо условий, однако это не означает, что суверен пользуется властью без каких-либо ограничений. На него распространяются законы божьи и природные, и не во власти суверена упразднить их [31, 303].

Средневековой традицией, как ее понимал Р. Гукер, была ответственность каждой политической силы (правительства или короля, парламента и т. д.) перед народом или сообществом, каким она управляет, ограниченность моральным законом, конституционными традициями и соглашениями, которые заключались в эпоху королевства [26, 393, 466]. Кстати, именно из того факта, что на Западе право всегда имело определенный (большой или меньший) уровень легитимации, проистекает достаточно распространенное отождествление права и закона, которое имеет своих многочисленных сторонников в научной среде и до нынешнего времени.

Подвергая анализу развитие идей государственного суверенитета, взаимосвязь общества и государства, невозможно обойти вниманием взгляды Т. Гоббса. Государство, по его мнению, формируется таким образом: «Такая общая власть, которая была бы способна защищать людей от вторжения чужеземцев и от несправедливостей, причиняемых друг другу, и таким образом доставить им ту безопасность, при которой они могли бы кормиться от трудов рук своих и от плодов земли и жить в довольстве, может быть воздвигнута только одним путем, а именно путем сосредоточения всей власти и силы в одном человеке или в собрании людей, которое большинством голосов могло бы свести все воли граждан в единую волю. Иначе говоря, для установления общей власти необходимо, чтобы люди назначили одного человека или собрание людей, которые явились бы их представителями; чтобы каждый человек считал себя доверителем в отношении всего, что носитель общего лица будет делать сам либо заставит делать других в целях сохранения общего мира и безопасности и признал себя ответственным за это; чтобы каждый подчинил свою волю и суждение воле и суждению носителя общего лица... государство есть *единое лицо, ответственным за действия которого сделало себя путем взаимного договора огромное множество людей, с тем, чтобы это лицо могло использовать силу и средства для всех так, как сочтет необходимым для их мира и общей защиты*» [32, 132–133].

Т. Гоббс выделяет три формы государства — монархию, аристократию и демократию, а также два вида политической власти — отцовскую и деспотическую. В первом случае власть приобретается по согласию, во втором — силой. Однако суверенитет государственной власти возникает в полном абсолюте: власть суверена не может без его согласия быть перенесена на кого-либо другого, он не может быть лишен ее своими подданными, не может быть наказан ими; он единственный законодатель и верховный судья. То есть у Т. Гоббса не существует каких-либо ограничений власти. Закон государства — это лишь воля суверена.

Н. Макиавелли разделяет государства на такие, в которых подданные привыкли подчиняться правителям, и такие, где они издревле жили свободно. В своем главном трактате «Государь» он утверждает, что разумный правитель не может и не должен придерживаться своего обещания, которое вредит его интересам [33, 257]. Отсюда и средств, чтобы предотвратить несоблюдение обещаний правителем, также нет.

Утопические социалисты считали необходимым придерживаться общественных законов при распределении выгод жизни, которые, пользуясь правилами справедливости, опубликовал правитель или утвердил единогласным согласием народ [34, 280].

В условиях гражданских войн XVII ст. в Англии активную роль в формировании идей государственности сыграли народные дискуссии, которые содействовали возникновению различных теорий революционного либерализма. Лозунгами этих революций стали равенство, свобода, иные природные права, справедливость законов, идея согласия (социального контракта). Отстаивалась идея усмирения каждой сферы управления в соответствии с верховной властью народа, гарантированным письменным реестром неотъемлемых прав [26, 435].

В отличие от Т. Гоббса Дж. Локк выступил против абсолютного, неограниченного характера государственной власти. Он считал, что люди являются свободными, равными и независимыми по природе, и поэтому никто не может быть выведен из этого состояния и подчинен политической власти другого без собственного согласия. Единственный путь отказа от политической свободы — это договор с другими людьми об объединении в сообщество [35, 360–361]. Заслуга Дж. Локка состоит в том, что он заложил основы теории разделения власти и ее ограничения, правда, с точки зрения парламентского приоритета. Дж. Локк утверждал, что власть общества и созданного ею законодательного органа не может простираться далее, нежели это необходимо для общего блага, и кто бы ни обладал законодательной или верховной властью, он обязан править согласно установленным постоянным законам, провозглашенным и известным народу, править с помощью беспристрастных и справедливых судей, которые должны разрешать споры только при выполнении таких законов [35, 365].

Идея разделения власти или смешанного управления, как отмечается у Д. Себайна и Т. Торсона, — одна из древнейших в политической теории, однако она никогда не была наполнена определенным содержанием. И если в Англии эта концепция наполнялась конкретным значением столкновения между короной и судами обычного права, а Дж. Локк отводил ей вспомогательное место в теории парламентского суверенитета, то Ш.-Л. Монтескье свел разграничение власти к системе правовых сдержек и противовесов между разными частями той или иной конституции [26, 495].

Наиболее всеохватывающе теорию народного суверенитета обосновал Ж.-Ж. Руссо. Отталкиваясь от представлений о человеке как гражданине, который является основоположной моральной категорией, он утверждает, что община является главным моральным фактором, который формирует гражданина. Общие приобретения (язык, общий интерес и благосостояние) являются причиной создания государства. «Если Государство, или Гражданская община, — пишет Ж.-Ж. Руссо, — это не что иное, как условная личность, жизнь которой заключается в союзе ее членов, и если самой важной из забот ее является забота о самосохранении, то ей нужна сила всеобщая и побудительная, дабы двигать и управлять каждой частью наиболее удобным для целого способом. Подобно тому, как природа наделяет каждого человека неограниченной властью над всеми членами его тела, общественное соглашение дает Политическому организму неограниченную власть над всеми его членами, и вот эта власть, направляемая общею волей, носит, как я сказал, имя суверенитета» [36, 428].

В чем состоит природа этого акта и где пределы верховной власти? На этот вопрос Ж.-Ж. Руссо отвечает следующее: «Это не соглашение высшего с низшим, но соглашение Целого с каждым из его членов; соглашение законное, ибо оно имеет основою Общественный договор; справедливое, ибо оно общее для всех; полезное, так как оно не может иметь иной цели, кроме общего блага; и прочное, так как поручителем за него выступает вся сила общества и высшая власть. До тех пор пока подданные подчиняются только такого рода соглашениям, они не подчиняются никому, кроме своей собственной воли; и спрашивать, каковы пределы прав собственно суверена и граждан, это значит спрашивать, до какого предела простираются обязательства, которые эти последние могут брать по отношению к самим себе — каждый в отношении всех и все в отношении каждого из них. Из этого следует, что верховная власть, какой бы неограниченной, священной, неприкосновенной она ни была, не переступает и не может переступить границ общих соглашений и что каждый человек может всецело распоряжаться тем, что ему эти соглашения представили из его имущества и его свободы; так что суверен никак не вправе наложить на одного из подданных большее бремя, нежели на другого. Ибо тогда спор между ними приобретает частный характер и поэтому власть суверена здесь более не компетентна» [36, 430].

Идеалы общей справедливости, рожденные разумом, и потребность взаимности этой справедливости приводят Ж.-Ж. Руссо к выводу о необходимости законов, которые должны иметь общий для всех характер, поскольку общая воля не может выражаться по поводу частного предмета.

Законы являются только условиями гражданской ассоциации, поэтому народ должен быть их созидателем. Однако, утверждает Ж.-Ж. Руссо, для превращения народной воли в акты нужен законодатель (ученый не верит в возможность народного представительства. — А. З.). И если законодательная власть принадлежит народу и только ему, то исполнительная — только суверену [36, 433–435].

Идеи французского Просветительства развиваются учеными других стран Европы. Особый резонанс они приобретают в народной среде.

В период Французской революции XVIII в. и гражданской войны в США формируется доктрина конституционализма, основными ценностями которой провозглашаются суверенная власть народа (нации), идея народного предста-

вительства, естественные и неотчуждаемые права личности, право на сопротивление, провозглашается принцип разделения власти.

Идеи народного суверенитета находят свое отражение также в идее правового государства, которая впервые формулируется в работах немецких философов. Идея И. Канта о правовом государстве базируется на первичном договоре и соответствии законов чистым принципам права. И. Кант обосновывает понимание государства как объединения людей, подчиненных правовым законам, а также иным слагаемым правового государства, в частности принципу разделения власти, принадлежности власти народу, гражданскому равенству и самостоятельности людей, конструирует процесс создания права [37].

Существенное значение для понимания природы государства как государства, которое должно управляться правом, имели взгляды Г. Еллинека. Он считал существенным для государства наличие правопорядка, который не может соединяться с теорией абсолютной неограниченности государственной власти. «Право, — писал он, — не зависит от государства в такой мере, чтобы государство могло освободить себя от самого права. В его власти, — как фактической, так и юридической, — придать тот или иной характер правопорядку, но не решить вопрос о его существовании» [38, 823].

Н. Невзоров, который проследил развитие идей правового государства в России именно в плоскости ограничения государственной власти, отмечал, что во времена боярства (от «Смутных времен» до правления Анны Иоанновны в 1730 г.) «юридически московский государь правил своим государством неограниченно, но, с учетом обычая, делился властью с боярством»; во времена дворянства (до 1825 г.) царь только царствовал, а дворянство управляло [39, 34].

Единственным ограничением в условиях самодержавия, когда в лице государя объединялись законодательная и исполнительная власть, оставались «умственные границы» (М. Сперанский).

Такие внеправовые ограничения, как разум и мораль, традиции, совесть и другие существовали всегда, однако их использование не было жестко детерминированным, зависело от множества факторов, не влекло за собой неминуемой юридической ответственности. В подтверждение вспомним слова Екатерины II, адресованные ее статс-секретарю Попову: «Ты знаешь, с какой осторожностью я действую при издании моих узаконений. Я собираю обстоятельства, выясняю мысли просвещенной части и по ним определяю, какое действие мой указ должен произвести. Когда же наперед уверена в общем одобрении, тогда издаю мое веление и имею удовольствие видеть то, что ты называешь слепым подчинением, — и вот основа власти неограниченной. Но будь уверен, что слепо не подчиняются, когда приказ мой не приспособлено к обычаям либо когда я не следовала самой моей воле, не думая о последствиях» [39, 73].

Лишь с отменой крепостного права, признанием политических прав, в том числе избирательных, начался процесс создания представительских органов, формирования судебной системы, постепенного отступления самодержавия и более широкого участия народа в управлении делами государства, внедрения настоящих рычагов контроля над властью.

Современные представления о роли права в государстве. В современной литературе приводится различная классификация государств в зависимости от влияния на принятие решений политического режима, который является одним из главных факторов, определяющих сущность государства.

М. Манн, в частности, отмечает, что на Западе принято выделять три теории государства — классовая, плюралистическая и элитаристская. Кратко суть их сводится к следующему. Большинство классовых теорий являются марксистскими, где государство обслуживает те или иные способы производства и классы. Две последние теории обозначают модернистские государства. Плюралистические теории опираются на тезис о том, что современные западные государства определяются в конечном итоге партийной демократией, которая постоянно расширяется (эти государства признаются «представительскими»). Элитаристские теории (существует несколько разновидностей таких теорий. — А. З.) концентрируют свое внимание на том автономном потенциале, которым владеет государство. В центре внимания элитаристов — политическая власть как отношения между государством и гражданским обществом [40, 37–42]. М. Манн, кстати, отбрасывает тезис о демократии как решающем и определяющем факторе государства, считая, что персонал государства может выступать в качестве автономного образования. На наш взгляд, демократический потенциал государства не исчерпал себя, хотя современное государство и чиновничество способны отстаивать собственные политические интересы, нередко выступая в качестве собственной политической силы.

Недемократическому режиму должен противопоставляться демократический режим, которому присущи, в частности, свобода создания и вступления в организации, свобода высказываний, право участия в выборах, избрание в общественные организации, политических лидеров конкурировать в поиске поддержки, альтернативные источники информации, свободные и справедливые выборы, наличие учреждений по формированию правительственной политики, зависимой от избирателей.

Возможность деления всех государств на демократические и недемократические исходит и из классификаций политического режима. Так, в украинской литературе выделяются демократический, тоталитарный, авторитарный, авторитарно-авторитарный, авторитарно-авторитарно-авторитарный, авторитарно-авторитарно-авторитарно-авторитарный, авторитарно-авторитарно-авторитарно-авторитарно-авторитарный, авторитарно-авторитарно-авторитарно-авторитарно-авторитарно-авторитарный, авторитарно-авторитарно-авторитарно-авторитарно-авторитарно-авторитарно-авторитарный режимы [41, 129–133].

Демократическому режиму свойственны выборность важнейших органов власти, решение главнейших политических проблем в соответствии с волеизъявлением большинства граждан, обеспечение широкого круга личных, гражданских и политических прав и свобод, юридическое равенство граждан, гарантии прав меньшинства и предотвращение произвола со стороны большинства.

Авторитарный режим характеризуется преобладанием методов командования и откровенного диктата, предоставлением органам политической власти дискреционных полномочий, т. е. принятия решений на основе политической целесообразности, а не закона; наделение исполнительных органов широкими законодательными полномочиями; ограничение или упразднение принципа гласности в деятельности органов политической власти.

Авторитарно-авторитарному режиму свойственно ограничение круга лиц, которые осуществляют политическую власть, существование единого центра реальной политической власти.

Тоталитарный режим характеризуется жестким контролем над всеми сферами жизни общества, отсутствием легальной оппозиции, наличием обязательной официальной идеологии, нетерпимостью к политическому инакомыслию, антиинтеллектуализмом в сфере гуманитарных знаний.

Анархический политический режим — это разрушение организационных основ единого государства и политической системы, автономизация властных структур, отсутствие системы нормативного регулирования общественных отношений, произвол более сильного либо более проворного, отсутствие гарантий безопасности населения и др.

Признаками охлократического политического режима является компетентность политической власти, презрительное отношение к знаниям и опыту мировой цивилизации, отсутствие у представителей органов политической власти реального чувства гражданской ответственности перед народом своей страны и миром.

Такая классификация доказывает, что антидемократические режимы, в какую бы тогу они ни рядились, основываются не на согласии их граждан, правде и справедливости общества, а на произволе и страхе. Такие государства не управляются и правом, потому что без справедливости, как правильно утверждал Платон, нет и права. Только в тех государствах, в которых народ в различных формах (через соглашения, фактическое признание суверенитета или Конституции) влияет на формирование государственной власти, содержание законов государства, возможно существование права как правил совместной жизни, которые признаются (легитимируются) народом, а поэтому базируются на справедливости и правде этого народа, его этических основах.

Подобно К. Гельвецию, который все формы правления с точки зрения соответствия общему интересу разделял на плохие и хорошие [42, 328], можно сказать, что право как выражение общей воли граждан государства существует только в тех обществах, которые управляются мнением большинства своих граждан, как и государственные предписания являются отражением общего интереса, воспринимаются и одобряются обществом.

Современная цивилизация, кажется, бесповоротно становится на путь исповедования принципов либерализма и демократии. Демократия может быть определена не только как самоуправление людей, но и как управление, которое отвечает их представлениям и желаниям. Ее основным принципом является правление большинства, однако в нынешних условиях понимание демократии ориентируется на ее первичное толкование как типа власти, осуществляемой с привлечением всех, кого касается рассматриваемый вопрос (идея консенсуса) через непосредственное участие либо через своих представителей (идея народного представительства). Идея демократии, с небольшими отличиями, обязательно предусматривает принцип разделенного правления (которое содействует удержанию власти), многопартийную систему, децентрализацию власти, свободные и справедливые выборы и обеспечение права граждан на участие в них, наличие свободной прессы, свободу слова и политических организаций. Функционирование этих элементов является гарантией демократического политического режима, свободного общества, в котором гарантируются все права и свободы граждан.

Идеи демократии и либерализма наполняют реальным содержанием и учение о правовом государстве.

Только в правовом государстве возможен расцвет права, поскольку оно не останавливается на уровне общественного правосознания, а завершается легитимацией обществом норм поведения и потому становится реально действующим корпусом правил.

С позиции того, что эти нормы поведения легитимируются обществом, признаются им (как совокупностью всех граждан) общеобязательными, они становятся настоящим регулятором общественных отношений, прежде всего в публичной сфере.

На основе права как общей воли граждан, которые являются носителями политической власти, суверенных прав на осуществление демократических полномочий, вырастает и функционирует государство. Исходя из того, что демократическое государство существует не на основе отношений «власть — подчинение», а на основе права народа как первичного носителя политической власти на формирование государства, государство приобретает выражение *публично-правового союза народа*.

Поскольку этот союз основывается на праве народа на власть, *право становится основой этого союза*.

Только право становится способным действительно *упорядочить властные отношения*, потому что народ как участник государства приобретает права на осуществление государственных полномочий, а отсюда — и право на контроль государственной власти и ее непосредственное осуществление, в том числе путем представительства. Вся деятельность государства и ее органов осуществляется в правовых формах, которые определяются мандатом народа.

Право становится способным ограничить власть, связать ее в пользу своих граждан, потому как его авторитет опирается на волю и авторитет народа. Этот авторитет подкрепляется политической ответственностью власти перед народом через периодические свободные выборы, участие граждан в реальном осуществлении государственной политики и управлении государством.

Из изложенного вытекает определенное обобщение. Идея правового государства, управления государством правом только частично пригодна для идеологии государства, построенного на позитивистском понимании права, поскольку в этом случае речь идет о связанности государства не правом, а законом, являясь половинчатой и нестабильной. Такая связанность возможна, с одной стороны, при наличии стойких демократических традиций формирования и осуществления государственной власти, осознания нерушимости государственно-правовых установлений не только личностью, но и органами государственной власти и их должностными лицами. С другой стороны, связанность законом предусматривает обязательное наличие развитых процедур обжалования неправомερных решений органов государственной власти и их должностных лиц.

Идея правового государства несовместима с идеологией государства, основой которого является абсолютистская власть, власть, которая опирается на внеправовые формы обоснования государства и легитимации государственной власти, а удержание власти осуществляется путем насилия. Немало таких государств знала история, немало их существует и сегодня. Для них характерно отсутствие форм представительской демократии, привлечение к решению общественных конфликтов полицейского аппарата и принуждение.

ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ МАТЕРИАЛЫ

1. Берман Г. Дж. Западная традиция права : эпоха формирования. — М., 1998.
2. Фридман Л. Введение в американское право. — М., 1993.
3. Козюбра Н. И. Социалистическое право и общественное сознание. — М., 1979.
4. Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право. — М., 1977.
5. Нерсесянц В. С. Право и закон : Из истории правовых учений. — М., 1983.

6. Явич Л. С. Сущность права : социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений. — Л., 1985.
7. Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. — М., 1981. — Т. 1.
8. Алексеев С. С. Теория права : курс : в 2 т. — М., 1995. — Т. 1.
9. Нерсесянц В. С. Философия права. — М., 1997.
10. Нерсесянц В. С. Право : многообразие определений и единство понятия // Советское государство и право. — 1983. — № 10.
11. Кедров Б. М. Единство диалектики, логики и теории познания. — М., 1963.
12. Нерсесянц В. С. Право и закон : их различие и соотношение // Вопросы философии. — 1988. — № 5.
13. Нерсесянц В. С. Наш путь к праву : от социализма к цивилизму. — М., 1992.
14. Нерсесянц В. С. Право — математика свободы : опыт прошлого и перспективы. — М., 1996.
15. Нерсесянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. — М., 1998.
16. Власть и право. Из истории русской правовой мысли. — Л., 1990.
17. Фишер К. История новой философии : пер. с нем. — СПб., 1906. — Т. 5 : Иммануил Кант и его учение.
18. Харт Х. Л. А. Концепция права. — К., 1998.
19. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. — М., 1981.
20. Голос України. — 1997. — 23 жовт.
21. *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961).
22. Лафитский В. И. Основы конституционного строя США. — М., 1998.
23. Ролз Д. Теория справедливости. — Новосибирск, 1995.
24. Аристотель. Политика. Кн. 1 // Соч. : в 4 т. — Т. 4.
25. Цицерон М. Т. Про державу ; Про закони ; Про природу богів / пер. з лат. В. Литвинова. — К., 1998.
26. Себайн Д. Г., Торсон Т. Л. Історія політичної думки. — К., 1997.
27. Демокрит. Фрагменты // Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М., 1997. — Т. 1.
28. Платон. Государство // Платон. Государство. Законы. Политика. — М., 1998.
29. Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М., 1997. — Т. 1.
30. Рене Д. Основные правовые системы современности. — М., 1988.
31. Боден Ж. Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М., 1997. — Т. 1.
32. Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. — М., 1991. — Ч. II. О государстве.
33. Макиавелли Н. Государь // Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М., 1997. — Т. 1.
34. Мор Т. Золотая книга, настолько полезна, как и забавна, о самом лучшем устройстве государства и про новый его остров Утопию // Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М., 1997. — Т. 1.
35. Локк Д. Два трактата о правлении // Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М., 1997. — Т. 1.
36. Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права // Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М., 1997. — Т. 1.
37. Кант И. Метафизика нравов // Соч. : в 6 т. — М., 1965. — Т. 4, Ч. 2.
38. Еллинек Г. Общее учение о государстве // Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М., 1997. — Т. 1.
39. Невзоров Н. П. По пути к правовому государству (Конституционные проекты и попытки в Русской истории). — М., 1913.
40. Манн М. Теория государства модерна // Государство и право. — 1997. — № 2.
41. Якушик В. Різновиди політичних режимів // Віче. — 1995. — № 9.
42. Гельвецій К. Про людину, її розумові здібності та її виховання. — К., 1994.

Заец А. П. Проблемы определения права

Аннотация. В статье освещены проблемы определения права. Обращено внимание на то, что в разных социальных измерениях право проявляется своими различными гранями, а именно при определении сущностных, глубинных признаков права.

Ключевые слова: право, правовая доктрина, правопонимание.

Zaiets A. Problems of the Definition of Law

Annotation. The article considers the problems of the definition of law. Attention is paid to the fact that in different social dimensions law shows its different facets, namely at determining of the essential, deep-laid attributes of law.

Key words: law, legal doctrine, legal understanding.