

“УМЕРЕННЫЙ” ПОЗИТИВИЗМ И ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В УСЛОВИЯХ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА

© 2012 г. Михаил Николаевич Марченко¹

Краткая аннотация: рассматриваются идеи “умеренного” позитивизма, лежащие в основе формирования и функционирования правовой системы правового государства.

Ключевые слова: правовое государство, “умеренный” позитивизм, право, естественное право.

1. Исходя из многократно подтвержденного общественно-политической практикой принципа относительной самостоятельности и взаимообусловленности общества, государства и права, логично предположить, что *современному идеалу общества* – гражданскому обществу должен соответствовать *идеал государственного образования* – правового государства, а в свою очередь, последнему – *идеал права, эталон соответствующий ему правовой системы*.

При этом относительно права, так же как и правового государства и гражданского общества, с неизбежностью встают вопросы: каким должно быть “идеальное право”? Каковы его природа, характер, формы, сущность и содержание? Как оно соотносится с традиционными типами правопонимания, в частности с *позитивным и естественным правом*, нормы которого отнюдь не всегда и не всеми исследователями отождествляются с моралью, как это нередко утверждается в литературе².

В попытках нахождения адекватного ответа на данные и им подобные вопросы авторы, занимающиеся данной проблематикой, не сходятся во мнениях относительно того, что собой должно представлять соотносящееся с правовым государством право, ибо в одних случаях “идеальное право” в современном его понимании и соотношении с правовым государством едва ли не сводится к естественному праву – своего рода антиподу позитивного права³. Утверждается, в частности, что “в классическом юридическом позитивизме понятие правового государства либо отвергается под тем предлогом, что позитивное право “не может быть выше установившего его

государства”, либо объясняется через требование “самоограничения государства им же созданным позитивным правом”⁴. Аналогично обстоит дело, по мнению авторов, и в рамках неопозитивизма, где правовое государство “характеризуется как плеоназм, так как любое государство – это предписания позитивного права о публичной власти”. И поскольку “неопозитивизм отрицает естественные права человека, то и правовое государство в легистском понимании допускает узаконенный произвол власти”⁵.

В других случаях вопрос об “идеальном праве” зачастую обходится стороной или же допускается, хотя и с определенными оговорками, возможность “сосуществования” позитивного права и правового государства. При этом авторы не без оснований утверждают о возможности существования и функционирования “правовой власти”, т.е. власти, в значительной мере ограниченной правом, и одновременно исходят из необходимости и “разумности” самого государства.

Если не считать “незначительного меньшинства”, – писал по этому поводу Г. Еллинек, – серьезно отвергающего государство, государство и его порядок признаются людьми разумными”. Тот факт, констатировал автор, что “судьбы народов всегда неразрывно связаны с государством, породил убеждение в незаменимости услуг, оказываемых государством, и вследствие этого оно кажется разумным, а потому правомерным”⁶.

2. Не вдаваясь в анализ высказываемых мнений и суждений по поводу того, каким должно быть по своему характеру и содержанию соотносящееся с правовым государством право, обратим внимание лишь на то, что в постановке вопроса о несовместимости “под любым предлогом” классического юридического позитивизма и неопозитивизма с

¹ Доктор юридических наук, профессор.

² См.: Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М., 1994. С. 46–48.

³ О естественно-правовой доктрине, лежащей в основе правопонимания, см.: Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М., 2011. С. 53, 54.

⁴ Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б.Н. Топорнина. М., 2001. С. 1223.

⁵ Там же.

⁶ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1908. С. 260.

правовым государством, а следовательно, *о полной несовместимости и чужеродности позитивного права правовому государству содержится глубокое внутреннее противоречие.*

Суть его заключается в том, что при таком подходе к определению характера и содержания соотносящегося с правовым государством права полностью утрачивается традиционная “генетическая” связь, существующая между государством, как таковым, с одной стороны, и порождаемым им правом, получившим название позитивного, или положительного, права – с другой.

Ведь правовое государство, как бы его ни идеализировали современные политические идеологи и в каком бы, даже самом благожелательном, свете его ни представляли, оно, тем не менее, *все же остается и будет оставаться, хотя бы и в идеале, теоретически*, а не практически, не чем иным как *государством*. А если так, то в процессе своего существования и функционирования правовое государство, равно как и любое иное государственное образование, неизбежно будет наряду с другими видами деятельности заниматься правотворческой деятельностью, будет творить свое право. И это право будет, если не вдаваться в утопию и иллюзии насчет природы и характера правового государства как института “социальной силы, обладающей верховной властью”, не чем иным как *позитивным правом* со всеми его традиционными признаками и вытекающими из этого последствиями.

Исходя из неразрывной связи и взаимообусловленности государства и позитивного права, в основе которого лежит исходящий от него закон, понимаемый в самом широком смысле слова, а именно: как нормативно-правовой акт, можно со значительной долей уверенности предположить, что *до тех пор, пока существует государство*, независимо от того, именуется ли оно правовым или каким-либо иным, скажем, “культурным государством”, которое, как утверждалось некоторыми авторами еще в дореволюционный период (октябрь 1917 г.), приходит на смену правовому государству⁷, независимо от этого оно *всегда будет соотноситься, хотя и в разной степени, с позитивным правом*. Позитивное право всегда будет занимать во внутригосударственной правовой системе весьма важное место и играть значительную роль.

⁷ О “культурном государстве” как своего рода идеале государства, которое приходит на смену другому его идеалу в образе правового государства, см.: Гольцов В. Учение об управлении (Задачи и метод) // Юрид. вестник. 1880. № 6. С. 272–283.

Разумеется, говоря о взаимообусловленности государства и позитивного права, следует иметь в виду, что речь идет не обо всех разновидностях юридического позитивизма, *но лишь о государственническом, этатическом позитивизме*, который, как отмечает Г.В. Мальцев, “за исходное берет опыт функционирования государственных институтов – законов, прецедентов, судов, парламентов, правительств, чиновников, полицейских и т.д.” Право здесь мыслится как порождение и инструмент государства; оно таким образом этируется, подвергается огосударствлению, рассматривается как форма осуществления государственной политики”⁸.

В научной литературе государственнический (этатический) позитивизм рассматривается зачастую как “классический” юридический позитивизм⁹, который, в отличие от *социологического позитивизма*, опосредующего связь между обществом и государством”, и *антропологического позитивизма*, акцентирующего внимание на поиске “константных черт и общезначимых человеческих качеств” в подходе к обществу и законам общественной жизни, “ограничивает сферу права актами и действиями агентов государства – от законодателя до гражданина (подданного) государства”¹⁰.

3. Соотнося “классический” юридический позитивизм, а точнее – его государственническую разновидность с правовым государством, следует иметь в виду кроме вышесказанного и тот общеизвестный факт, что позитивное право, равно как и любое иное государственное или правовое образование, никогда не остается “в одной поре” – окостенелым, “раз и навсегда данным”, неизменным. Вместе с изменением соотносящейся с ним социально-экономической, политической и иной окружающей его среды позитивное право, будучи порождением прогрессирующей по мере эволюции общества “суверенной власти”¹¹, постоянно развивается в направлении (добровольного или вынужденного под давлением со стороны общества) расширения и углубления своих демократических начал и совершенствуется.

Логично предположить, следуя намеренной или непроизвольной идеализации государственной организации общества на современном этапе в образе правового государства, что исходящее от него позитивное по своей природе и характеру

⁸ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 150.

⁹ См.: Юридическая энциклопедия. С. 1222; Webster’s New Universal UNABRIDGED Dictionary. N.Y., 2003. P. 1405.

¹⁰ Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 150.

¹¹ Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. L., 1956. P. 134.

право должно быть таким же “идеальным” *позитивным правом*, как и само порождающее его государство.

Обращаясь к конституционно декларированному в современной России правовому государству, В.Д. Зорькин не без оснований замечает, что суть этого государства “состоит в таком соединении силы с правом, которое обеспечивает власть права и право власти на всем пространстве действия Конституции РФ”, и что к числу “сущностных признаков правового государства” относятся такие, как верховенство права, народовластие и разделение властей¹².

Полностью разделяя такого рода воззрения на сущность правового государства, одним из основополагающих (сущностных) признаков которого является верховенство права, тем не менее следует поставить вопрос относительно того, каким все же должно быть это соотносящееся с данным феноменом право?

То, что, *следуя элементарной логике*, это право должно иметь при “живом” государстве позитивный характер, *быть в основе своей положительным правом*, особых сомнений не должно вызывать. При этом, несомненно, прав О.В. Мартышин, утверждая, что “историческое время юридического позитивизма не прошло и никогда не пройдет” уже в силу “его прикладного характера, отмеченного еще Гегелем”¹³.

Однако позитивизм, в том числе этатический, позитивизму рознь, ибо если в условиях тоталитарного государства, например в условиях Германии или Италии 30–40-х годов XX в., он проявляется в одних по своей сути и характеру законах, то в условиях современных демократических или же именующих себя таковыми государствах он “материализуется” в иных по своей сути и содержанию демократических, отвечающих интересам значительной части общества нормативно-правовых актах.

Далеко не все разновидности этатического позитивизма, справедливо замечает по этому поводу Г.В. Мальцев, “могут быть увязаны с авторитаризмом”, ибо “многие из них, уходя от глобальных политико-правовых проблем, скромно занимались юридико-техническими вопросами и достаточно в этом преуспели”¹⁴.

Что же касается правового государства, то, как было отмечено, этатический позитивизм вопло-

щается (точнее – должен воплощаться), по логике вещей в таком же соотносящемся с ним “идеальном” по своей сути и характеру праве.

Такого рода позитивизм можно было бы условно назвать, исходя из его особенностей, “умеренным” *позитивизмом*, полагая, что он весьма далек от позитивизма тоталитарного и авторитарного государства, который “весьма показательно и мрачно выразился в фашистских концепциях государства и права”¹⁵ и в то же время превосходит в гуманитарном отношении позитивизм “обычного” буржуазно-демократического государства.

Важнейшими составными частями “умеренного” *позитивизма*, соотносящегося с правовой системой правового государства, являются, с одной стороны, *естественно-правовые компоненты, возникающие в силу углубления взаимосвязи и взаимодействия позитивного права с естественным правом*, а с другой – *волевые компоненты, ассоциирующиеся с расширением в условиях глобализации и регионализации сферы регулятивного воздействия на общественные отношения (наряду с нормативно-правовыми актами) правовых договоров, общепризнанных принципов и норм международного права, корпоративных, религиозных и иных актов, исходящих от различных негосударственных и надгосударственных (например, Евросоюз) или межгосударственных (например, СНГ) объединений и их институтов*.

4. Говоря о *естественно-правовой составляющей в правовой системе правового государства*, не следует, как представляется, преувеличивать роль естественного права и его “альянса” с позитивным правом, выразившуюся в концепции “естественно-позитивного права”.

И в то же время его не следует недооценивать и преуменьшать, как это иногда имеет место в юридической литературе, в частности в силу того, что в концепции “естественно-позитивного права”, а точнее – в определении ее сущности как “возведенной в закон воли большинства людей, провозглашающих человека, его права и свободы высшей ценностью”, “естественное и позитивное право выступает в виде единства внешних противоположностей, а следовательно, *разных сущностей*”¹⁶, ибо, как свидетельствует политико-пра-

¹⁵ Там же. С. 154.

¹⁶ Черненко А.К. Правопонимание: диалектический анализ // В кн.: Теоретические и практические проблемы правопонимания. Материалы III Международной научной конференции, состоявшейся 22–24 апреля 2008 года в Российской академии правосудия / Под ред. В.М. Сырых и М.А. Заниной. М., 2010. С. 219.

¹² Зорькин В.Д. Указ. соч. С. 51, 53.

¹³ Мартышин О.В. О концепции учебника теории государства и права // Гос. и право. 2002. № 8. С. 63.

¹⁴ Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 155.

новая практика многих современных государств, независимо от того, декларируются ли они как правовые образования или же не представляются таковыми, роль и значение естественного права, равно как и “естественно-позитивного права”, в их регулятивном механизме по мере развития общества не только не понижаются, а наоборот, постоянно возрастают.

Это нашло свое отражение помимо других проявлений в конституционных актах ряда государств, и в частности в действующей Конституции России, отличительной чертой которой, по справедливому замечанию В.Д. Зорькина, “является то обстоятельство, что в ней достаточно четко сформулированы ее концептуальные основы, базирующиеся на естественно-правовом подходе к пониманию права”¹⁷.

В нарастающем процессе усиления в регулятивном механизме современного государства естественного права и его “синтеза” с позитивным правом угадывается явление, которое издавна исследуется и именуется в западной литературе “мягким позитивизмом” (*soft positivism*)¹⁸. Суть его сводится в одних случаях к наличию в позитивном праве (а точнее – в его содержании) хотя бы “минимального уровня естественного права”, а в других – к признанию отсутствия “резкого контраста между принципами права и правовыми нормами”, содержащимися в актах, исходящих от государства, т.е. в актах позитивного права¹⁹.

Будучи феноменом *социальной природы и правосознания человека*, естественное право не может и не должно противопоставляться позитивному праву как *порождению воли и социальных устремлений человека*.

Для поверхностного взгляда, рассуждал в связи с этим И.А. Ильин, в отношениях положительного и естественного права может обнаружиться “неизбежный” дуализм, в котором “совестливый, но не вдумчивый человек может усмотреть безвыходность для правосознания”. Однако, отмечает автор, это не более чем кажущийся дуализм, который “снимается” уже тем фактом, что “естественное право лежит сокровенным образом в основе положительного, присутствуя в нем, во-первых, в качестве известного “минимума правоты”, во-вторых, в лице своих основных категорий и, в-третьих, в виде имманентного,

но не разрешенного задания”²⁰. Единство положительного и естественного права, заключает исследователь, “уже дано, хотя бы в зачатке, и еще задано в своем целостном и осуществленном виде”²¹.

Находясь в пределах “мягкого” или “умеренного” позитивизма, естественное право и позитивное право не только не противопоставляются друг другу, но и органически сочетаются, дополняют друг друга. При этом если позитивное право проявляется “как реальность, далекая от совершенства”, то естественное право выступает “как идеал, представление о том, каким должно быть право”²².

Не только в теории правового государства и права, но и на практике позитивное право и естественное право выступают как отражение *одной и той же* по своей природе и характеру *реальности, именуемой правовой реальностью*; указывают на различные ее стороны и подходы к ее познанию, а также практическому освоению и продуктивному использованию.

В процессе перманентной взаимосвязи и взаимодействия естественного и позитивного права первое создает морально-нравственную основу второго, указывает на его жизненно важные, ценностные ориентиры и в известной мере оказывает соответствующее воздействие на процесс правотворчества – процесс появления позитивного права, а также на процесс его реализации, в особенности – правоприменения.

В свою очередь позитивное право не остается пассивным и безучастным по отношению к естественному праву. Будучи реально “заинтересованным” в расширении и углублении своей морально-нравственной основы, позитивное право, соотносящееся с правовым государством, не только закрепляет различные положения естественно-правовой теории и самого естественного права, но и создает необходимые условия для их полной реализации.

В этом смысле позитивное (“положительное”) право, по справедливому замечанию И.А. Ильина, “по существу своему” проявляется как “*организованная попытка формулировать естественное право*”²³. Духовно-жизненная важность этого дела, пояснял автор, “сознание его ответственности и уверенность в том, что такая формула еди-

¹⁷ Зорькин В.Д. Указ. соч. С. 53.

¹⁸ См.: Mcleod J. Legal theory. L., 1999. P. 19–21.

¹⁹ См.: Hart H. Positivism and the separation of law and morals // In: Essays in Jurisprudence and philosophy. P. 104–106, 153, 261, 262.

²⁰ Ильин И.А. Теория права и государства / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М., 2003. С. 213.

²¹ Там же.

²² Мартышин О.В. Указ. соч. С. 63.

²³ Ильин И.А. Указ. соч. С. 214.

на, составляют то *духовное основание*, которое побуждает людей сосредоточиваться на строгой формальной регулированности самого порядка, в котором создается право”²⁴. Во всех случаях расхождения положительного права с естественным, заключал ученый, первое – положительное право “оказывается суррогатом” второго – естественного права. И “если это расхождение обостряется до конфликта, то положительное право может предстать сознанию в роли “ложного” права, лжеправа или “самозванца”²⁵.

Разумеется, для правовой системы правового или любого иного, рассматриваемого в качестве своеобразного эталона государства было бы идеальным не только отсутствие “расхождений” между позитивным и естественным правом, “обостряющихся до конфликтов”, но и их полное совпадение по своей сути, содержанию и назначению.

Однако было бы иллюзией уповать на такое совпадение, имея в виду “заложенные” уже на “генетическом” уровне реально существующие между позитивным и естественным правом “расхождения”.

Между тем главное заключается не в том, чтобы предугадывать возможность их полного совпадения или, наоборот, несовпадения в будущем, а в том, *чтобы не допускать их противопоставления* ни в каких бы то ни было формах и ни под каким бы то ни было предлогом, даже самым благовидным, в частности под предлогом, как это было при разработке и принятии Конституции РФ 1993 г., использования “естественно-правовой конструкции прирожденных и не отчуждаемых прав человека”²⁶ в целях преодоления “инерции доминировавшего в советский период легистского подхода к праву, отождествляющего право с любым велением официальной власти”²⁷.

Ведь в конечном счете позитивное право и естественное право, несмотря на имеющиеся между ними “расхождения”, будучи, соответственно, порождением воли, разума и природы и вместе с тем будучи носителями одной и той же морально-правовой культуры, призваны выполнять одинаковые в регулятивном отношении социальные функции и решать одни и те же *стоящие перед обществом* задачи.

В силу этого в рамках “умеренного” позитивизма речь должна идти прежде всего не о выявлении и рассмотрении “расхождений” позитивного и естественного права, а о нахождении дальнейших путей их последовательного сближения²⁸.

В течение весьма длительного (даже по историческим меркам) периода развития общества общая теория права утверждала, а политико-правовая практика подтверждала всю бесплодность и бессмысленность попыток противопоставления естественного права как “необходимой формы духовного бытия” человека и позитивного права как юридического феномена, задачей которого является “принятие в себя содержания естественного права” с тем, чтобы “развернуть его в виде ряда правил внешнего поведения”²⁹.

Изначально выступая друг по отношению к другу в образе своего рода оппонентов, позитивное право и естественное право на протяжении всего периода своего “сосуществования” и функционирования, хотя и в разной степени, но постоянно взаимодействовали и дополняли друг друга³⁰. По мере развития общества, государства и права на основе анализа наметившихся тенденций в государственно-правовой сфере со значительной долей вероятности можно предположить, что их взаимосвязь и взаимодействие будут не только не ослабевать, а наоборот, будут еще больше расширяться и углубляться.

5. Аналогичные изменения, судя по формирующимся в современном мире тенденциям развития правовых систем, в обозримом будущем могут происходить не только в сфере естественно-правовых, *но и в области проявления волевых компонентов “умеренного” позитивного права*, ассоциирующихся, с одной стороны, с расширением и углублением демократических основ правотворческого процесса – процесса формирования и развития позитивного права, а с другой – с расширением и активным функционированием (наряду с законами и другими традиционными нормативно-правовыми актами) круга “волевых” источников, содержащих в себе нормы положительного права.

Часто считали, писал по этому поводу Г. Пухта, что законы являются едва ли “не единственным источником права, и дошло даже до того, что некоторые обыкновенно называли каждое юридическое

²⁴ Там же.

²⁵ Там же. С. 214, 215.

²⁶ Зорькин В.Д. Указ. соч. С. 53.

²⁷ См. об этом: Байтин М.И. О совместимости разных направлений правопонимания и путях поиска общего понятия права // Труды МГЮА. Сб. статей. 2003. № 10.

²⁸ См.: Ильин И.А. Указ. соч. С. 204, 205.

²⁹ Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Труды МГЮА. Сб. статей. 2003. № 10.

³⁰ См.: Пухта Г. Энциклопедия права // В кн.: История политических и правовых учений. Хрестоматия / Сост. В.В. Ячевский. Воронеж, 2000. С. 618.

положение законом”³¹. Думали, рассуждал автор, что “совершенное юридическое состояние может быть достигнуто только при одном условии, чтобы все юридические положения были выражены в законах”³². Такого рода воззрение, вполне резонно заключал исследователь, “имеет против себя как действительный опыт, так и невозможность подобного предприятия”, поскольку у каждого народа “наряду с законодательством будет сохраняться, развиваться и находить себе приложение масса юридических убеждений вне промюльгации”³³.

В условиях формирования правового государства как некоего идеала современного государства соотносящееся с ним позитивное – “волеустановленное” право вместе со своими источниками не может, по логике вещей, оставаться в прежнем, свойственном доправовому государству виде, не может не соотноситься с ним и не изменяться вместе с ним.

Под влиянием множества самых различных внутренних и внешних, объективных и субъективных факторов наряду с процессом развития государственного механизма одновременно идет процесс развития и саморазвития исходящего от него и, соответственно, соотносящегося с ним позитивного права.

Это вполне закономерный и естественный процесс, связанный, во-первых, с расширением круга “волеустановленных” источников “умеренного” позитивного права в виде правовых договорных актов, правовых обычаев, правовых актов, исходящих от надгосударственных и межгосударственных институтов, и др., а во-вторых, с более широким и более активным использованием в регулятивном механизме современного государства общепризнанных принципов и норм международного права, а также обычаев международного права, юридическое содержание которых составляют нормы права³⁴.

Разумеется, *волевые компоненты* “умеренного” позитивного права, как и любой иной правовой системы в целом, имеющей относительный, а не абсолютный характер³⁵, не следует преувеличивать, но в то же время их не следует по сравнению с естественно-правовыми компонентами искусственно, как это иногда имеет место в литературе, противопоставляющей позитивное и естественное право, преуменьшать.

Необходимым вместе с тем представляется иметь в виду, как верно подмечает В.М. Сырых, что “позитивное право как волеустановленное право” может быть эффективным и “действительным” не во всех, но только в определенных случаях, а именно, во-первых, тогда, когда “оно является разумным, т.е. обладает всеми признаками объективного права”, содержание которого составляют общие правовые принципы, присущие всем экономическим отношениям”, а также “специфические правовые требования, определяемые содержанием соответствующего экономического отношения”, а во-вторых, когда это “волеустановленное право” реализуется в “непосредственно-практической деятельности в качестве правовой основы конкретных правовых отношений”³⁶.

Что же касается исторической перспективы волевых компонентов “умеренного” позитивного права, равно как и эволюционирующего юридического позитивизма в целом, который сформировал за последние столетия “достаточно сильное, самостоятельное юридическое мировоззрение, ставшее господствующим во многих странах мира”³⁷, то их судьба, а вместе с тем их характер и содержание будут полностью предопределяться сущностью, содержанием и назначением соотносящегося с ними будущего государства.

³¹ Там же.

³² Там же.

³³ Там же.

³⁴ Подробнее об этом см.: Еришов В.В. Теоретические и практические проблемы правопонимания, правотворчества и правоприменения // В кн.: Теоретические и практические проблемы правопонимания. С. 14–30.

³⁵ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 76–81.

³⁶ Сырых В.М. Новые подходы к правопониманию // В кн.: Теоретические и практические проблемы правопонимания. С. 46, 47.

³⁷ Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 393.