

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО: ПРОБЛЕМА ВЗАИМОСВЯЗИ

© 2019 г. В. Н. Жуков

*Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова;
Институт государства и права Российской академии наук, Москва*

E-mail: pifagor2002@mail.ru

Поступила в редакцию 07.06.2019 г.

Аннотация. В статье рассматриваются государство и право в их взаимосвязи. Анализируются свойства государства и права, их природа, история возникновения. Делается вывод, что соотношение государства и права, наблюдаемое в их историческом развитии, движется от дуализма к монизму. Используя концепцию нормативных фактов, предлагается посмотреть на государство и право как на нормативные факты.

Ключевые слова: философия права, общая теория права, социология права, онтология права, нормативные факты, государство, право.

Цитирование: Жуков В.Н. Государство и право: проблема взаимосвязи // Государство и право. 2019. № 7. С. 39–53.

DOI: 10.31857/S013207690005877-6

STATE AND LAW: THE RELATIONSHIP

© 2019 V. N. Zhukov

*Lomonosov Moscow state University;
Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow*

E-mail: pifagor2002@mail.ru

Received 07.06.2019 г.

Abstract. The article considers the state and law in their interrelation. The properties of the state and law, their nature, the history of origin are analyzed. It is concluded that the ratio of state and law observed in their historical development moves from dualism to monism. Using the concept of normative facts, it is proposed to look at the state and the law as normative facts.

Key words: Philosophy of Law, General theory of law, Sociology of Law, ontology of law, normative facts, state, law.

For citation: Zhukov, V.N. (2019). State and law: the relationship // Gosudarstvo i pravo=State and Law, № 7, pp. 39–53.

Понятие государства и права

Государство и право — результаты целеполагающей творческой деятельности людей. Будучи антропогенными явлениями, они перенимают свойства своих создателей, хотя и в переработанном виде. Поскольку человек — биологическое существо, наделенное сознанием, волей и представлением о ценностях, государство и право принадлежат к разным сферам человеческого бытия. Государство и право можно рассматривать: 1) как феномены биологической жизни; 2) как сферу

сознания; 3) как сферу бессознательного; 4) как мир ценностей; 5) как сферу поведения. Каждая из сфер требует своих методов исследования, собственного понятийного аппарата, своего определения государства и права. В философии и теории права (европейской и отечественной) все подходы исследования принято делить на два основных: социологический и юридический. Социологический подход предполагает рассмотрение государства и права как социальных явлений, как фактов действительности. Существо юридического подхода состоит в изучении государства и права

в категориях юриспруденции как мира юридической логики. Выделяется также философский анализ, который основывается на использовании теоретико-методологических установок той или иной философской школы. Философский подход при исследовании государства и права означает создание их ценностно-смысловой модели в контексте философского учения. Освещение темы соотношения государства и права требует комплексного знания об этих феноменах, включая социологическое и юридическое знание. Следует понимать, что политико-юридическое знание в конечном счете представляет собой синтетическое целое, построенное на плюрализме подходов, хотя мало кто из авторов (особенно выдающихся) готов это признать. Следствие такого положения дел — категоричность, односторонность и множественность суждений, взаимоисключающих друг друга.

Понятие государства. Попытки выделить основные черты государства продолжались всю историю политико-правовой мысли, начиная с Аристотеля и вплоть до настоящего времени. Нельзя сказать, что даже крупные авторы смогли дать системный анализ государства, представить его свойства в логически очищенном виде и предложить более или менее универсальное определение. Только во второй половине XIX — начале XX в. мы получаем знание, претендующее на адекватное отражение свойств государства. Причин тому две: становление профессиональной обществоведческой науки и появление современного государства, в котором наиболее рельефно представлены все основные свойства государства. Применительно к древнегреческим полисам и даже древнеримскому государству не приходится говорить о существовании государства, резко отделенного от общества. Государство и общество еще сплетены настолько тесно, что выделить свойства государства представляется крайне затруднительным делом. У Аристотеля, много внимания уделившего теме политики, найдется всего несколько фраз, где предпринимается попытка дать абстрактную формализованную дефиницию государства и государственной власти: государство есть политическое общение граждан, организуемое ради блага и стремящееся к высшему из всех благ (Политика, 1252a1—5, 1276b2); государство есть общение свободных людей (Политика, 1279a22); «Государство же есть общение подобных друг другу людей ради достижения возможно лучшей жизни» (Политика, 1328a36); государство — это совокупность (общение) семей, родов и селений (Политика, 1253b2, 1252b28—30, 1281a1—3); государство есть некое множество, состоящее из неодинаковых элементов, «государство при постоянно усиливающемся единстве перестанет быть государством» (Политика, 1261a17—24); государство — это совокупность граждан, «достаточная для самодовлеющего существования»

(Политика, 1275b20—21, 1274b45); «Но существует и такая власть, в силу которой человек властвует над людьми себе подобными и свободными. Эту власть мы называем властью государственной» (Политика, 1277b7—13). В качестве существенных выделяются следующие черты: 1) государство есть политическая организация свободных граждан; 2) государство есть власть над свободными людьми; 3) государство есть совокупность социальных групп, т.е. само общество в составе его основных элементов; 4) цель государства — благо всех и каждого; 5) состав государства неоднороден, а люди и союзы, в него входящие, должны обладать достаточной свободой, чтобы проявлять свою самобытность. Очевидно, что большинство указанных признаков не являются универсальными, не обладают высокой степенью абстрактности и имеют конкретно-историческую привязку к древнегреческому полису.

Не так далеко от Аристотеля ушли идеологи буржуазных революций, связавших специфику государства с заключением общественного договора. Они видели свою главную задачу в том, чтобы создать и обосновать модель новой буржуазной государственности, попутно анализируя государство как политико-юридический феномен. Здесь также не проводится четкой границы между государством и обществом (ее еще не было в жизни), что влекло за собой аморфность в понимании специфических черт государства. Так, Дж. Локк отождествляет понятия «политическое общество», «гражданское общество», «государство», выделяя их единые признаки: 1) появляется в результате договора, когда каждый из его членов отказывается от естественной власти и передает ее государству; 2) учреждается единая для всех законодательная и исполнительная власть, осуществляется единое для всех правосудие на основе единых для всех законов; 3) независимость. Вот два характерных определения: «Итак, политической властью я считаю право создавать законы, предусматривающие смертную казнь и соответственно все менее строгие меры наказания для регулирования и сохранения собственности, и применять силу сообщества для исполнения этих законов и для защиты государства от нападения извне — и все это только ради общественного блага»¹. «Под государством я все время подразумеваю не демократию или какую-либо иную форму правления, но любое независимое сообщество (any independent community), которое латиняне обозначили словом “civitas”; этому слову в нашем языке лучше всего соответствует слово “государство” (commonwealth), оно более точно выражает понятие, обозначающее такое общество людей, а английские слова “община” (community)

¹ Локк Дж. Два трактата о правлении // Локк Дж. Соч.: в 3 т. Т. 3. М., 1988. С. 263.

или “город” (city) его не выражают, ибо в государстве могут быть подчиненные общины, а слово “город” у нас имеет совершенно иное значение, чем “государство”»². В обоих определениях довольно глухо звучит тема одного из признаков государства — суверенитета, но не более того.

Капитализм, разведя на разные полюса государство и гражданское общество, власть и экономику, отделив церковь от государства, создал условия рассмотрения государства как самостоятельного института, что зафиксировали в своем творчестве Гегель и Л. фон Штейн (при этом Гегель считает суд и полицию элементами одновременно государства и общества, стирая таким образом четкую грань между ними). Только капитализм, буржуазная культура создает предпосылки для формирования государства современного типа, главной чертой которого становится опора не на общество и его сословия, а на армию, административный аппарат и полицию. Современное государство наиболее рельефно выражает те черты, которые в той или иной мере наблюдались в прошлых исторических эпохах. Государствоведение континентальной Европы (прежде всего Германии) и России, достигшее на рубеже XIX–XX вв. зрелости, достаточно четко называет характерные черты государства, выделяющие его из общества и отличающие от других социальных институтов. Немецкие и русские юристы и социологи обычно называли три главных элемента государства: население, территория, власть, что не вызывает возражений и сегодня. Обращает внимание, что среди признаков государства нет права, и это не случайно. Так или иначе право рассматривалось как явление, всегда связанное с государством, но имеющее свою собственную природу. Такой подход нашел отражение в делении юридической науки на правоведение и государствоведение, на теорию права и теорию государства. Н.Н. Алексеев, проделавший эволюцию от либерального дореволюционного юриста до идеолога евразийства, добавлял к трем известным элементам государства четвертый — организованный порядок. Он специально оговаривает: данный элемент «не вводится в обычные определения государства, хотя скрыто в них и фигурирует, особенно у авторов, утверждающих, что государство есть род правопорядка или организация правового принуждения»³. Здесь имеются в виду прежде всего нормативизм Г. Кельзена, а также сторонники правового государства (например, И.А. Ильин). Сам Н.Н. Алексеев понимает под организованным порядком систему государственных органов,

функционирующих в рамках социальных норм (включая юридические). И.А. Ильин отдельно не выделяет право в качестве признака государства, но оговаривает, что «государственный союз имеет правовой характер», «государство подчинено праву»⁴. Очевидно, что-то мешало им отчетливо утверждать, что право — свойство государства.

Не вызывает сомнений, что главный признак государства — государственная власть. Население и территорию имеет род, племя или союз племен, публичную власть в форме государственной власти — только государство. Сформировавшееся государство демонстрирует отрыв институтов власти от населения, и чем больше это расстояние, тем более зрелым является государство. Институционализация государственной власти означает качественный скачок в сознании, общественных отношениях, экономических условиях и общей культуре людей. Хотя появление государственной власти — всегда результат длительной эволюции, по своим последствиям данный факт носит поистине революционный характер, настолько серьезно он меняет жизнь людей. Возникновение государства рождает эпоху политического отчуждения, когда государственная власть воспринимается как нечто, противостоящее обществу и индивиду в виде абстрактной безличной силы. Государство, говоря словами Гоббса, становится в глазах людей Левиафаном, земным богом, вызывающим парализующий волю страх. Когда Гоббс и его последователь Спиноза говорят о невозможности расторжения общественного договора, они руководствуются не мотивами политической лояльности, а здравым смыслом: государство есть реальность, которую человек не в силах изменить. Как невозможно бороться со стихией природы, так нельзя отменить государство и его право повелевать.

Если опуститься с абстрактного уровня на конкретный, то государственная власть — это люди, это организация людей, распределенных по институтам. «Государство не механическая совокупность отвлеченных граждан, но живая целостность; государство не отвлеченный субъект права и не совокупность юридических норм, но конкретная форма жизни; государство не придаток правопорядка, но развитие витального принципа самосохранения и развития; государство не надстройка над общественной реальностью, свойственная известной ступени жизни человека, но реальная необходимость, требуемая самим началом жизни»⁵. Государственная власть есть государственный аппарат, состоящий из администрации, армии и органов прямого принуждения. Государственная власть

² Там же. С. 338.

³ Алексеев Н.Н. Теория государства: теоретическое государствоведение, государственное устройство, государственный идеал // Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. М., 1998. С. 403.

⁴ Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве // Ильин И.А. Собр. соч. Т. 4. М., 1994. С. 114, 115.

⁵ Алексеев Н.Н. Указ. соч. С. 392, 393.

есть организация людей, осуществляющая волевое воздействие при помощи силовых, организационных и идеологических средств с целью подчинения всех субъектов общественной жизни единому порядку. Государственная власть — это организация людей, проявляющих волю и силу к господству внутри страны (по отношению к подвластному населению) и к независимости — вовне (в отношении других государств и народов), это проявление жизненной энергии людей, способных навязывать свою волю кому-либо. Государственная власть — это люди, способные организовать публичную власть и подчинить ей все население страны. Свойства людей не просто определяют свойства государства и государственной власти, от них зависит сам факт их возникновения и существования. К. Маркс, рассматривая государство с исторических и социологических позиций, совершенно верно указал, что государственная власть всегда и везде организуется экономически господствующим классом, правящим классом. Правящий класс — это и есть тот слой людей, которые организуют власть в своих интересах и навязывают ее подвластному населению. В дальнейшем голое насилие, как правило, трансформируется в привычку автоматического подчинения, но при этом сама государственная власть не утрачивает классового характера. В. Парето и Г. Моска называли такое господство властью элит.

Главное свойство государственной власти — сила и монополия на принуждение, что нашло свое отражение в концепции государственного суверенитета. Концепция суверенитета, сформулированная Ж. Боденом в XVI в., была настоящим прорывом в накоплении знания о государстве. В XX в. она становится предметом критики со стороны авторов, придерживавшихся социологических позиций. Так, марксисты (главным образом советские марксисты) обвиняли теорию государственного суверенитета в том, что она маскирует классовую природу государства. Евразиец Н.Н. Алексеев, испытывавший влияние марксизма, отказывал в научности данной теории, поскольку последняя, с его точки зрения, создавалась как идеологическое средство оправдания средневекового абсолютизма. В данном случае социологический подход открыто противопоставлялся юридическому, заявлялось, что юридический анализ ведет лишь к созданию модели должного государства, а реальное государство оставалось не раскрытым. Отголоски такого спора видны, в частности, в идее разделить понятие государственного суверенитета на фактический и юридический. Фактический суверенитет означает реальное обладание государством всей полнотой власти, суверенитет в юридическом смысле предполагает лишь формальное признание государства в качестве самостоятельного и независимого. Хотя

в таком подходе есть своя логика, нет никаких оснований подвергать сомнению научный характер теории государственного суверенитета. Заслуга Бодена состоит в том, что он органично совместил социологический и юридический методы исследования. Им было установлено, что суверенитет един, неделим, неограничен и неотчуждаем. Данный вывод — результат обобщения опыта реально функционирующего государства, предложенная концепция — истина, адекватно отражающая действительность. Здесь государство анализируется одновременно и как факт жизни, и как формально-логическая конструкция, единство фактического и юридического знания отражает две стороны существования государства. Иначе говоря, полноценная государственная власть — всегда власть суверенная, где фактический и юридический аспекты представляют собой единое целое. Расщепление понятия суверенитета на фактический и юридический уводит от истины, затемняет суть вопроса. Так, страны Варшавского договора были членами ООН и формально были независимыми, но, будучи сателлитами СССР, их нельзя назвать суверенными государствами, поскольку основные параметры внешней и внутренней политики определялись Москвой. Понятно, что мир полон полутонов и государства были и есть самые разные, но это не основание, чтобы устранять модель полноценного суверенного государства. Разделение суверенитета на фактический и юридический есть своего рода идеологизация юридической науки в угоду политической конъюнктуры. Суверенитет — это всегда единство фактического и формального, по-другому не может быть.

Понятие права. Если государство в лице государственной власти — это люди, организация людей, то право в своем существе есть прежде всего нормы, их совокупность. Установление специфических свойств права — задача в известном смысле более сложная, чем аналогичная задача при изучении государства. Отличить государство от любого другого социального института проще, чем право — от любой другой социальной нормы. Профессиональный анализ права, теория права складывается на рубеже XVIII–XIX вв. по преимуществу в Германии. Сначала право исследуется в рамках философии права (Кант, Фихте, Шеллинг, Гегель), позднее, с последней трети XIX в., — как предмет общей теории права. Уже к началу XX в. образуется ряд школ (естественно-правовая, кантианство, гегельянство, историческая школа права, юридический позитивизм, социологическая школа права, психологическая школа права, марксизм), где право трактуется не просто по-разному, но с диаметрально противоположных теоретико-методологических позиций. Каждая из школ обычно перечисляет известный набор свойств права, но

в качестве главного выделяет одно-два из них. Среди основных свойств называются: нормативность, формализм, принудительность, общеобязательность, легитимность, производность от государства и гарантированность им, волевой характер, системность, выражение и обеспечение свободы, равенства и справедливости, защита и разграничение интересов, эмоциональное переживание и др. Не вызывает сомнений, что ни один из перечисленных признаков не может быть признан важнейшим, в полной мере выражающим сущность права. Поскольку право — явление многостороннее, его познание лежит на пути использования различной методологии. Между правом и другими социальными нормами сходства больше, чем различий. Между правом и любой другой социальной нормой существует длинная цепочка промежуточных состояний, которые наделены отдельными признаками права. Любая социальная норма рождается в социальной среде, ее источник — социальная группа и ее потребности. Назначение нормы — установление процедуры удовлетворения и согласования интересов (между индивидом и коллективом, между самими индивидами). Социальная норма возникает в качестве требования, исходящего от коллектива в отношении индивидов. Так как норма — требование коллектива, она обладает легитимностью. Чтобы данное требование выполнялось, оно должно быть максимально четко сформулировано. Норма устанавливается для того, чтобы ее выполняли, поэтому она гарантируется мерами принуждения. В этом отношении норма всегда связана с властными институтами общества, от которых в решающей степени зависят ее легитимация и функционирование. Жизнедеятельность людей в коллективе регулируется не одной-двумя нормами, а совокупностью норм, почему коллектив заинтересован в их согласованности и непротиворечивости, т.е. системном характере. Поскольку нормы создают и выполняют люди, а они наделены разумом и эмоциями, нормы — всегда элементы сознания и психики.

Притом, что право представляет собой довольно длинный перечень его свойств, нельзя не видеть простой, но фундаментальной вещи — прикладного характера права. Способность права быть регулятором общественных отношений предопределяет его ценность и основные свойства. Нормативность, формализм, принудительность, общеобязательность, легитимность, системность — все эти качества права нужны для того, чтобы быть эффективным регулятором общественных отношений. На определенном историческом этапе развития общества право выделяется из всей совокупности социальных норм, потому что становится наиболее эффективным регулятором. Здесь наблюдаются параллельный и взаимообусловленный

процессы: государство сменяет потестарные институты власти, поскольку именно оно становится наиболее эффективным управленцем, право выделяется среди других норм также по причине наибольшей эффективности. Возникающее государство избирает для себя наиболее эффективный способ социального регулирования в виде права. Государство и право появляются как более высокие фазы социальной организации, как новая ступень в развитии культуры. Государство и право — две стороны единого процесса повышения уровня управляемости общества. По мере становления государства формировались и специфические свойства права. Когда появляется государство современного типа (эпоха буржуазных революций), формируется право с полным набором его характерных свойств. Право Древнего мира и Средневековья аморфно (особенно обычное право) и мало отличается от других социальных норм, право приобретает свои специфические черты только тогда, когда формируется государство современного типа. Повторим, данный процесс един: с одной стороны, формируется государство современного типа, где черты этого института представлены наиболее рельефно, с другой — появляется современное право, в котором характерные свойства права также становятся ярко выраженными. Современные государство и право — логический и исторический итог их длительной эволюции. Их черты, которые в былые эпохи слабо просматривались, сейчас проявляются в полную силу. Современное государство сделало право своей неотъемлемой функцией, так что представить себе право, существующим помимо государства, невозможно. Право — один из инструментов социального управления, которое государство постоянно совершенствует, повышая уровень всех его свойств. За современным правом, за правотворчеством и правоприменением неотступно стоит государство, обеспечивая его существование и эффективную реализацию. Отсюда следует очевидный вывод: главным системообразующим свойством современного права является его связь с государством. Только государство при помощи специальных процедур наделяет право специфическими признаками, резко отделяющими его от других социальных норм. Сколько угодно можно говорить о том, что право есть норма должного, присущая сознанию (естественно-правовая школа), что это — любая социальная норма, регулирующая общественные отношения (социологическая школа права), что оно — правовая эмоция или средство разграничения интересов, но в мире объективных человеческих отношений право есть прежде всего позитивное право, исходящее от государства и им гарантированное. Позитивное право — это некая первичная реальность, с которой сталкиваются индивид и общество в своей жизнедеятельности.

Позитивное право представляет собой тот первичный эмпирический уровень, от которого отталкивается любой исследователь, стремящийся построить сколько-нибудь целостную, стройную теорию права. Именно позитивное право дает тот перечень свойств, которые позволяют его безошибочно выделить среди других социальных норм. Всякое иное понимание права тотчас же отрывает от реальности, предлагая умозрительную схему, требующую массу оговорок и условий. Вспомним, что Гегель в своей крайне туманной «Философии права» ставил перед собой задачу дать философское осмысление именно позитивного права, понимая его фундаментальное значение для жизни общества и государства. Да, он рассматривает право в контексте своей философской системы, вследствие чего оно приобретает мистифицированный вид, но точка отсчета у него — позитивное право. Как верно отмечал Шершеневич, чтобы составить представление о праве, надо определить понятие о положительном праве, только так можно провести различие между правом и правовым идеалом, справедливостью⁶.

При рассмотрении права, так же как при изучении государства, характерно противопоставление социологического (фактического) и юридического (формального) подходов. Оба подхода имеют достоинства и недостатки. Формально-юридический подход позволяет абстрагироваться от содержания, всегда относительного, и выявить стойкие, неисчезающие при разных исторических условиях черты права, что, несомненно, является подлинно научным методом. К недостаткам формального метода обычно относят его неспособность проникнуть в существо права как социального явления, формальный метод обращается не к реальности, а к ее модели, произвольно наделяя ее теми или иными свойствами. Благодаря формально-юридическому подходу исследователь имеет дело не с реальным правом, а с его суррогатом, юридическими фикциями, построенными сознанием человека. Достоинство социологического метода состоит в том, что он предлагает смотреть на фактическую сторону дела: если норма регулирует общественные отношения, значит она — право, что также является наукой. Если исходить из того факта, что главное назначение права — быть регулятором социальных отношений, то социологический метод вроде бы ухватывает существо права. Однако в этом случае понятие права безбрежно расширяется, утрачиваются его специфические черты, что скорее уводит от научной истины. Несмотря на противоположность социологического и юридического подходов, их следует совмещать, что только и может дать

объективную картину права. Формальный подход называет в качестве главных свойств права нормативность, формализм и связь с государством, социологический — способность регулировать общественные отношения. Формально-юридический и социологический подходы в теории равноправны, но для практики главный — формальный. Только он дает четкий критерий, позволяющий отделить право от других социальных норм. Формальный критерий — базовый, остальные — дополнительные, делающие представления о праве более полным.

Считается, что признание производности права от государства — признак юридикто-догматического подхода. Вместе с тем такие классики юридического позитивизма, как Кельзен и Харт, связывали основные свойства права не с государством, а с некими идеальными нормами, первичными юридическими фикциями. Само государство становилось у них юридической конструкцией, способом реализации права. По Кельзену, например, государство и право имеют единый источник в некоей «основной норме», проявляющей свое действие в правопорядке. Правопорядок — это и есть реально функционирующие государство и право, граница между которыми почти полностью стирается. Категория правопорядка юридизирует государство, растворяет его в праве. При таком подходе не право выступает функцией государства, а напротив, государство конституируется правом. Оставляя в стороне спор о первичности или производности права перед государством, очевидно другое: нормативизм Кельзена фиксирует неразрывную связь государства и права. Государство, выраженное в категориях права, есть показатель удельного веса современного права, степень его влияния на государство и общество. И наоборот: стремление юридизировать государство — следствие того очевидного факта, что право пронизано современным государством. Так что, с одной стороны, нормативизм вроде бы ослабляет тезис о производности права от государства, с другой — доказывает их неразрывную связь.

На относительность тезиса «право — воля суверена, им формализованная и легализованная» указывал и Н.Н. Алексеев. С его точки зрения, существуют два принципиально различных способа регулирующей деятельности государства: 1) посредством установления обязанностей (т.е. издавая нормы); 2) посредством установления правомочий (т.е. признавая и издавая особые положения ненормативного характера). Иными словами, нормы — это обязанности, право — субъективные права, правомочия. Государство, реализуя свою управленческую функцию, может издавать любые нормы, обязательные для исполнения. Все нормы могут быть поделены на условные (направлены на

⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 273.

достижение относительных целей) и безусловные (служат высшим ценностям и целям, например, нравственности и религии). Условные нормы носят технический характер (поэтому они называются техническими нормами), т.е. устанавливают наиболее удобный и простой порядок достижения целей в организации хозяйства, административного аппарата, быта и т.д. Государство использует все виды норм, которые распределяются по трем сферам государственного регулирования. Первая сфера — технико-экономическая, где государство занимается хозяйством и административным управлением. Общемировая тенденция здесь — нарастающая регламентация управленческой деятельности, что приводит к ложному восприятию, будто организационно-техническая деятельность совпадает с юридической. Так, сбор налогов — в первую очередь организационная деятельность, принимающая юридический характер только в случае наделения лиц правами. Вторая сфера — бытовое регулирование: государство, организуя хозяйство и административный аппарат, создает особый быт людей, занятых в данных сферах. В армии, правоохранительных органах, чиновничьей среде формируется особый уклад, мировоззрение, психология, привычки, создающие особый колорит. Третья сфера — нравственное регулирование. Поскольку государство — это люди, наделенные ценностными установками, государственная власть представляет собой нравственную организацию, вырабатывающую ценности и распространяющую их на все общество. Помимо нормоустановительной деятельности государство занимается и правоустановительной, т.е. предоставляет лицам (индивидуальным и коллективным) правомочия, права. Поскольку нормы — это всегда обязанности, а право — правомочия, нельзя отождествлять нормы и право. Нормы связывают поведение человека, право — освобождает, ставя перед ним только известные пределы свободы. В зависимости от преобладания нормоустанавливающей или правоустанавливающей деятельности государства делятся на коммунистические и либеральные.

Данными рассуждениями Н.Н. Алексеев подводит к главному — теории закона, где приходит к следующим выводам: «1) регулирующая деятельность государства отнюдь не совпадает с правоустановлением; 2) формальный момент издания государственных актов с повышенной силой действия отнюдь не превращает эти акты в правоустановления; 3) необходимо отличать понятие закона от понятия правового установления: первое — чисто формально, то есть определяется особым способом издания актов, второе может быть определено только материальными признаками, отличающими акты правоустановления от актов

нормоустановительных»⁷. Таким образом, закон становится правом не только в силу юридической процедуры, установленной государством, но также при условии включения в него правомочия. Следует обратить внимание, что процедура принятия закона здесь не отвергается, а дополняется идеей правоустановления. Чтобы закон (позитивное право) состоялся, необходимы два условия: установление правомочия и подтверждение его при помощи специальной процедуры. В данном случае право получает необходимый формализм, отличающий его от других социальных норм, и содержательное свойство в виде правомочия. Можно спорить с тезисом, что право есть правомочие, а норма — обязанность, но сама идея совместить формальный и содержательный моменты в праве представляется плодотворной. Формализм, связь с государством — важнейшие свойства права, если иметь в виду его прикладной характер, но этого недостаточно, нужен еще ряд признаков, чтобы получить полное о нем представление. Социологи отчасти правы, что в широком смысле нормы права в своей массе рождаются жизнью, государство их выявляет, формулирует, фиксирует и гарантирует их исполнение. Установленные государством нормы права могут действовать только тогда, когда они выражают стереотипы массового поведения, заданные объективными условиями жизни общества. Даже если государство и отменит нормы, вызванные жизнедеятельностью самого общества, нормы какое-то время будут продолжать функционировать, хотя бы и без поддержки государства или даже вопреки его воле. Законы общественной и природной жизни всегда сильнее законов государства (пример — революции).

Государство и право: проблема первичности. Никто из серьезных исследователей не будет опровергать наличия связи между государством и правом. Вопрос становится дискуссионным, когда речь заходит о степени зависимости одного от другого, о возможности полной автономии государства и права, о производности одного от другого. Решение данного спора в решающей мере зависит от особенностей научной традиции, ценностных и политических предпочтений авторов. Объективных критериев здесь почти нет, абсолютная, признаваемая всеми истина представляется недостижимой, в фактах, подтверждающих ту или иную позицию, нет недостатка, а их интерпретация бесконечно разнообразна. Крайних, логически очищенных позиций три: 1) государство и право по своей природе автономны, имеют разные истоки; 2) право — следствие деятельности государства; 3) государство вырастает из права и является его модификацией. Представляется, что истина лежит

⁷ Алексеев Н.Н. Указ. соч. С. 521.

где-то посередине. Государство и право действительно имеют разную природу. В самом широком смысле они имеют единый источник: целеполагающая деятельность людей и условия их жизни. Вместе с тем очевидно, что между государством и правом существует принципиальное различие: первое есть организация людей, второе — совокупность норм. Разумеется, государство — не только люди, а право — не исключительно нормы, но их первичные, базовые свойства состоят именно в этом. Государство имеет, как минимум, три уровня своего бытия: 1) вещественное воплощение (люди, территория, материальные объекты); 2) поведение; 3) сознание. Право также имеет три уровня бытия: 1) знаковая фиксация на материальном носителе; 2) поведение; 3) сознание. Можно, конечно, утверждать, что государство возникает как реализованная норма сознания, а само государство — форма существования правосознания. Поскольку именно сознание выделяет людей из мира природы и формирует культуру, поскольку без сознания определенного уровня невозможно создание государства, поскольку норма — атрибут сознания, то право и есть подлинная основа государства. Иначе говоря, в норме фиксируется факт зрелого сознания, сознание благодаря норме, посредством ее требований позволяет людям организоваться в государство. Вместе с тем государственная власть — это сила и воля, способность навязывать ее другим лицам. Здесь громадную роль играет физическая, материальная составляющая. Государственная власть есть организация людей, выражающая их инстинкт самосохранения, рефлексы борьбы за жизнь, государственная власть — это и есть само проявление жизни, где сознание — только ее часть. Государство как организация людей содержит норму как свою часть, подчиненную общей цели — выживанию и обеспечению жизни всеми необходимыми средствами. Государство как организация людей обладает приоритетом перед правом в том смысле, что жизнь первична, а норма вторична. Люди (в организованном или неорганизованном виде) как проявление жизни есть подлинная первичная реальность, абсолютная ценность, нормы призваны ее обслуживать и защищать. Как видим, аргументы о первичности или производности государства и права почти равноправны, что указывает на необходимость компромиссной позиции. Компромисс может быть таким: государство и право имеют как собственные истоки, так и истоки, общие для них обоих. Государство как организация людей одновременно и автономно от права, и зависимо от него; право как совокупность норм и независимо от государства, и исходит от него. Кельзен принял попытку преодолеть дуализм государства и права, представив оба института в виде правового порядка. С точки зрения «чистого» учения о праве

государство и право имеют единую природу в основной норме, что, конечно, изначально было умозрительной фикцией, далекой от жизни. Кельзен показал лишь один из срезов взаимодействия государства и права, намеренно проигнорировав социальные и биологические аспекты этого взаимодействия. На самом деле, если брать государство и право во всей полноте их бытия, данные институты имеют разную природу, отличаются различными свойствами, их дуализм — реальность, которую невозможно отменить хитроумными теориями.

Государство и право в контексте истории

Исторический подход — один из способов установления взаимосвязи между государством и правом. Историческое рассмотрение позволяет установить то неразложимое ядро, которое и составляет суть каждого из этих институтов. Возникновение и распад государства и права — процессы, где просматривается связь, соотношение между данными институтами. Следует различать, условно говоря, первичные и вторичные государства: первые возникают в эпоху, когда государств еще не было, вторые — в условиях существования других государств. Хотя каждый из процессов имеет свои особенности, происхождение и распад государства и права всегда отличаются единством, государство теснейшим образом связано с правом. Повторим, что государство и право формируются одновременно, дополняя и взаимно обуславливая друг друга. Наука не имеет четкого представления о ранних формах государства и права (это по большей части область гипотез) и составляет свое представление о них, опираясь главным образом на опыт современных государств. Такой подход вполне оправдан, поскольку только по зрелым формам того или иного феномена можно установить его существенные свойства. Ранние формы государства и права только в потенции содержат те качества, которые в дальнейшем проявят себя в полной мере. Характерные черты государства и права формируются по мере становления данных институтов и их нарастающего взаимодействия. Генезис государства и права демонстрирует одновременно и единство, и известный дуализм. Государство и право, развиваясь как единая политико-юридическая система, имеют тенденцию и к относительной автономии. Если обращаться ко всей совокупности фактов, известных мировой истории, то влияние государства на право представляется более значимым, чем права — на государство. Право формирует свои характерные черты по мере становления государства, по мере того как государство избирает право в качестве своего главного регулятора. Именно связь с государством играет решающую роль в деле становления существенных свойств права. По мере формирования государства и права становится ясно, что государство при определенных условиях может

функционировать без права, что государство решающим образом может воздействовать на процесс формирования нового права и гибель старого права. История свидетельствует, что право, сложившееся при старом, распавшемся государстве, может еще какое-то время действовать при новом государстве, но вскоре отмирает и оно. При смене государства меняется и право, но не наоборот. Первичное происхождение государства и права и возникновение их в условиях уже существующих государств имеют различие: во втором случае роль права может быть более весомой. Такое соотношение определяется тем обстоятельством, что по мере своего развития государство и право достигают высокой степени взаимного проникновения.

Поскольку критерии, позволяющие отнести социальный институт к государству или праву, размыты, весьма затруднительно говорить о времени их возникновения. Далеко не всегда ясно, считать ли данное политическое образование государством, а соответствующую ему совокупность норм — правом. Этим обстоятельством пользуются историки, антропологи, социологи, которые предпочитают называть правом все, что так или иначе регулировало жизнь людей в Древнем мире, особенно не пытаясь выявить его специфические свойства. На Западе и в России сложилась целая традиция, согласно которой право возникает до государства и длительное время существует параллельно с ним, особенно тесно с ним не взаимодействуя. В данном случае под правом понимаются обычаи или обычное право, которое действительно отличалось высоким уровнем независимости от государства. Так, известный британский антрополог Б. Малиновский понимает под правом обычаи, которые представляют собой «систему связывающих обязательств, рассматриваемых как право на одной стороне и признаваемых как обязанность на другой стороне»⁸. На его позицию опирается наш юрист Г.В. Мальцев, доходя в своих рассуждениях до крайних выводов. «Первые формы права (нет необходимости называть их рудиментарными, эмбриональными, ибо в каждом эмбрионе “генетически” закодировано соответствующее явление) появились, наверное, еще во времена, предшествующие расцвету первобытного общества, а в период разложения первобытнообщинного строя оно уже существовало и развивалось как обычное право»⁹. Принуждение, исходящее от коллектива при использовании обычного права, изначально носило правовой характер, основывалось на праве, поскольку «авторитет, осуществляющий принуждение, должен уже до этого быть правовым,

т.е. обладать признанным исключительным правом (привилегией) применять санкции»¹⁰. «Процесс исторического генезиса права относительно самостоятелен. Своим существованием право не обязано ни религии, ни морали, ни политике, хотя с ними, если рассматривать их как нормативно-регулятивные системы, оно тесно связано. Правовой способ регуляции общественных отношений имеет собственные основы и свои задачи в обществе...»¹¹. И наконец: «Обычное право выступало активным фактором политогенеза и образования государства. В основном через правовые механизмы (заем, аренда, залог, наем и другие обязательственные отношения) одни свободные общинники закабляли других, превращали их в полусвободных или рабов; через присвоенное верхушкой право оставлять у себя добытые на войне богатства, порабощать пленных возникали привилегированные страты внутри общин, происходила социальная дифференциация, за которой неизменно следовало возникновение политических институтов и самого государства»¹². Иначе говоря, право возникает много раньше государства, независимо от него, его свойства не связаны с государством, право, осуществляя свои функции, не нуждается в государстве, более того — оно является одним из условий возникновения государства. Вместе с государством возникает закон, а не право в форме обычая, подчеркивает автор¹³.

Действительно, история знает три основных пути становления права: 1) из обычая; 2) благодаря деятельности судебных органов; 3) создания нормативных актов (закона) самой государственной властью. Участие государства в каждом из названных случаев различно. Самая длинная дистанция — между правовым обычаем и государством: обычай складывается помимо государства и лишь на поздней стадии признается им в качестве права. Государство сталкивается с обычаем как с фактом, с которым приходится считаться. Обычай, вырастая из уклада народной жизни и неся с собой ее ценности и формы социального общения, не может игнорироваться государством без угрозы серьезных конфликтов. Становящееся государство постепенно осуществляет отбор обычаев, в которых оно заинтересовано, с которыми следует бороться и политически нейтральных, но в целом обычное право на протяжении длительного времени оказывается в достаточно высокой степени автономным от государства. Судебный прецедент как источник права ближе стоит к государству, хотя также на

⁸ Цит. по: Мальцев Г.В. Пять лекций о происхождении и ранних формах права и государства. М., 2000. С. 58.

⁹ Там же. С. 80.

¹⁰ Там же.

¹¹ Там же. С. 81.

¹² Там же. С. 82.

¹³ См.: там же. С. 79.

приличной дистанции: норма, создаваемая судом, рождается жизнью, государство задним числом признает ее правом. Чтобы прецедентное право возникло, необходимо, как минимум, два условия: конфликт, отнесенный судом к сфере правового регулирования, и акт суда. Здесь государство косвенно, ретроспективно проявляет свою волю в деле создания права. Если в случае с обычным правом наблюдается ярко выраженный дуализм генезиса государства и права (каждый институт имеет свой источник формирования), то судебный прецедент демонстрирует постепенный переход от дуализма к монизму. Природа судебного прецедента по большей части коренится в акте государственной воли. Полный и почти окончательный монизм природы государства и права мы получаем в нормативном акте — непосредственной воле государства. Здесь следует принять во внимание тот факт, что власть, издавая нормативные акты, руководствуется, как правило, объективными условиями жизни, в противном случае позитивное право либо не будет действенным, либо станет источником конфликтов.

Таким образом, соотношение государства и права, наблюдаемое в их историческом развитии, движется от дуализма к монизму. Если в Древнем мире и эпоху Средневековья право в форме обычного права имеет своим истоком не столько государство, сколько по большей части общественные отношения, то с возникновением современного государства источник права, как правило, — государственная власть. Следует отметить, что дуализм природы государства и права до конца изжит быть не может, всегда остается некий остаток, разъединяющий данные институты. Позитивное право современного государства имеет своим истоком не только государственную власть, но также сами общественные отношения. Современная государственная власть коренится не только в праве, но также в других факторах общественной и природной жизни. Взаимосвязь государства и права приобретает ту или иную специфику в зависимости от исторических условий: в древности и в эпоху Средневековья автономность обоих институтов выше, в условиях современности (ее следует отсчитывать со времен буржуазных революций) — существенно ниже. Мерить одной меркой соотношение государства и права, существовавшие в разные исторические эпохи, — методологическая ошибка. Нельзя на фактах древней истории делать категорические выводы применительно к современным модификациям государства и права и их соотношению. Историческая ситуация каждый раз новая, рождающая новый набор отношений между государством и правом. Позиция тех, кто выделяет догосударственное право, выглядит теоретически слабой. Называть некую совокупность норм (как правило,

обычаев), существовавших до государства, правом, — необоснованное допущение, поскольку нет никаких особых признаков, выделяющих данные нормы среди других социальных норм. Определение права, данное Б. Малиновским, а именно: как единство прав и обязанностей, представляется недостаточным, так как любая другая социальная норма может содержать данный признак (норма религии или морали, например). Обычаи практически по всем параметрам сходны с другими социальными нормами. Они становятся правом только благодаря связи с государством, какой-то собственной специфики у обычаев почти нет. Именно по этой причине любая социальная норма (религиозная, моральная, эстетическая, политическая и т.д.), которую государство возводит в ранг права, становится правовой. И наоборот: право, которое сильное, растущее государство перестает считать правом, обречено на вымирание. Оно в лучшем случае переводится общественным сознанием в разряд обычных социальных норм.

Возникновение и распад государств — процесс естественноисторический, но связанный с правом. Он имеет фактическую и формальную стороны, взаимно дополняющие друг друга. Фактическая сторона является определяющей, формальная — дополнительной. Сначала должен состояться факт возникновения или распада государства, затем это выражается в праве, никак не наоборот. Право не в состоянии создать или разрушить государство, поскольку государство — это организация людей, связанных в первую очередь не нормами, а интересами, что прекрасно понимал Г. Еллинек. Он пишет: «Государство является, однако, прежде всего исторически социальным образованием, к которому право лишь примыкает, но которого оно не может создать, — государство служит, напротив, основанием самого бытия права. Юридические факты предшествуют зарождению человеческих индивидов и связываются с ним, но самый акт зачатия находится совершенно вне пределов права. По этой причине бытие государства может юридически основываться только на его собственной воле. Юридически государство никогда не может быть создано другим государством, какое бы участие одно или несколько государств ни принимали в процессе образования другого государства. Государство есть государство только в силу наличности непосредственных, отправляющих государственных функций органов. Последние же должны всегда свободно отправлять эти функции. Принуждение к организации государства немыслимо, а принуждение высших органов к отправлению принадлежащих им в силу конституции функций лишило бы их характера государственных органов»¹⁴. Ни

¹⁴ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 277.

внутригосударственное, ни международное право не может заменить сам факт возникновения государства. «Государство не может установить то право, которым бы регулировалось его собственное возникновение, ибо для того чтобы быть в состоянии создавать право, оно должно уже существовать»¹⁵. Международное право «связывает уже существующие государства в силу признания его ими, но оно не связывает тех сил, которые образуют государства и которые как таковые не суть государства. Оно может поэтому установить условия, при наличии которых третьи государства признают определенное общение государством или отказывают ему в таком признании, но не может нормировать само создание государства. Государство является таковым в силу его внутреннего существования... Международное право, таким образом, обусловлено фактом существования государств, но не в состоянии создать этот факт»¹⁶.

Когда различают понятия «государство» и «государственность», под первым понимают конкретную политико-правовую форму государства того или иного народа, под вторым — его политическое бытие, представленное во времени. Государственность нации единична и может длиться многие века, ее конкретно-исторические формы могут быть многочисленными и сменять друг друга во времени. Если за распадом государства на каком-то историческом отрезке времени следует образование нового государства, созданного тем же народом, его государственность продолжает существовать. Государственность, сохраняющаяся на протяжении веков или даже тысячелетий, есть, как правило, последовательная смена одних конкретных политико-правовых форм другими. В этой динамике государство доминирует, право следует за ним. Распад одного государства и появление другого в рамках одной и той же национальной государственности означает способность данного народа поддерживать государственную форму своего исторического бытия, способность проявлять свою волю в борьбе за выживание. Следует повторить, что государство — это люди, организованные определенным способом, государство есть феномен жизни, где право всегда играет функциональную, обслуживающую роль. Право стоит в подчиненном положении перед государством точно так же, как средства борьбы за жизнь — перед самой жизнью. Мировая история это многократно подтверждала. Переход стран Европы от феодализма к капитализму знаменовался сначала построением нового буржуазного государства, и только потом формировалось буржуазное право. Разрушение феодального государства влекло за собой гибель феодального

права. Государственность России в XX в. свидетельствует: крушение сначала монархии, а затем советской власти неизбежно влекло за собой распад прежнего права. И наоборот: вновь возникающее государство формировало новое право, роль права всегда оказывалась глубоко инерционной, зависимой от государства.

Теория нормативных фактов

Один из аспектов соотношения государства и права проявил себя в теме нормативного факта, которая широко обсуждалась в юридической литературе Германии, России и Франции конца XIX — первой трети XX в. С появлением в последней трети XIX в. социологии безусловность юридического анализа государства и права ставится под сомнение. Исключительно юридическое рассмотрение государства, принятое на ранних этапах развития государственного права (конец XVIII — первая половина XIX в.), демонстрировало узость данного подхода. Преобладающий в отрасли государственного права догматический метод давал однобокое, во многом искаженное представление о государстве. С позиции юрико-догматического подхода государство представлялось совокупностью норм, устанавливающих систему государственных органов, их статус, компетенцию и функции. Государство оказывалось юридической конструкцией, всецело, без остатка, поглощенной правом, оно представало в виде реализованного права. Такое положение дел привело к появлению концепции правового государства, которую сформулировали немецкие юристы. Речь шла не о связанности государства правом и защите прав человека (как это понимается сейчас), а о создании юридической модели государства, выраженной в нормах государственного права. Государство представало в виде грандиозной юридической фикции, существующей не столько в реальности, сколько в форме юридической логики. Вместе с тем было очевидно, что государство есть живой организм, состоящий из организации людей, занимающихся целеполагающей деятельностью. Государство — не только факт сознания, это — факт жизни, природной реальности, что подлежало научному исследованию. Социология и стала тем методом, который позволял изучать государство как социальное явление, включенное в механизм причинно-следственных связей. Появление социологического метода внесло неизбежный дуализм в понимание государства: с одной стороны, оно представало как факт жизни, с другой — как факт юридической логики. В первом случае государство и право отделялись друг от друга, во втором — сливались воедино. Установленный государством правопорядок представал как дуализм фактического и нормативного, государства и права.

¹⁵ Там же. С. 276.

¹⁶ Там же.

Одним из тех, кто дал детальный анализ соотношения фактического и нормативного, был выдающийся немецкий юрист Г. Еллинек. Он исходил из позиции, согласно которой фактическое — первично, нормативное — вторично. Если фактическое относится к сфере эмпирического бытия, то нормативное — всегда к сфере сознания. Норма не существует в сознании априорно, она привносится извне объективными условиями жизни людей. Общественная практика формирует стереотипы поведения, которые постепенно воспринимаются как нормы, обязательные для исполнения. Норма — всегда нечто условное в том смысле, что она меняется в зависимости от меняющихся условий. «Убеждение в существовании нормальных отношений имеет своим источником определенное, психологически обусловленное отношение человека к фактическим событиям. То, что постоянно окружает человека, что он непрерывно воспринимает и делает, он рассматривает не только как факт, но и как норму, в соответствии с которой он оценивает, судит то, что от нее уклоняется»¹⁷. «Фактическое может быть рационализировано впоследствии, но нормативное значение его обусловлено первичным свойством нашей природы, в силу которого все уже испытанное физиологически и психологически легче воспроизводится, чем новое»¹⁸.

Подчиненность нормативного фактическому проявляется в праве и государстве и их соотношении. «Правом первоначально считается у всякого народа то, что фактически осуществляется как таковое. Длжащееся осуществление соответствует норме, и с тем вместе сама норма является уже авторитетным велением общества, т.е. правовой нормой. Этим разрешается и проблема обычного права. Источником обычного права является не санкционирующий его народный дух, не общее убеждение в том, что что-либо есть право в силу внутренней необходимости, не безмолвный волевой акт народа — обычай возникает из той общей психической особенности, в силу которой фактическое, постоянно повторяющееся рассматривается как нормативное; происхождение обязательной силы обычного права совершенно аналогично происхождению обязательной силы церемониала или моды»¹⁹. «Так как фактическое повсюду имеет психологическую тенденцию превратиться в действующее, то во всей системе права вырабатывается презумпция, что существующий социальный факт есть в то же время и правомерный, так что каждый стремящийся к изменению этого состояния

должен доказать свое право на то»²⁰. Так, узурпатор государственной власти создает новое правовое состояние, признаваемое внутри страны и на международной арене. Признание происходит не на основе права, а вследствие фактического обладания властью, возникший факт творит право. Государство, рассуждает Г. Еллинек, есть прежде всего фактическое состояние, которое постепенно воспринимается как нормативное, правовое. Возникнув из насилия, в результате насилия (а государства возникали, как правило, этим способом), государство выводит себя из сферы действия права, насильственный акт не поддается никакой юридической квалификации. Фактическим отношением по установлению господства присуща нормативная сила: «Эти отношения должны порождать убеждение, что фактические отношения господства должны быть признаваемы и как правовые. Где этого убеждения нет, фактический порядок может быть поддерживаем только средствами внешнего принуждения, что долго длиться не может, так как он либо приобретет характер обычно-правового, либо же этот чисто внешний порядок разрушится. Но раз существующее — вследствие признания, выражающегося в форме обычая, — возвысилось на степень нормы, соответственное состояние мыслится как правомерное, как бы оно ни представлялось несправедливым с точки зрения постороннего наблюдателя. Это проявляется, в частности, в истории рабства в разных его формах, — многообразные, например средневековые, отношения зависимости в течение столетий признавались всеми, т.е. в том числе и самими несвободными, не только как фактическое подчинение, но и как правовой институт»²¹.

Притом что нормативное производно от фактического, первое, по Еллинеку, способно оказывать влияние на второе и обеспечивать его становление. Это видно на примере идей, которые становятся реальностью. Так, в эпоху буржуазных революций благодаря идеям естественного права формировались новые государственные учреждения, признаваемые населением в качестве правомерных. Если бы влияния нормативного не было, рухнувшие в результате революций государства сменялись бы не новыми государственными учреждениями, а нескончаемым хаосом. Другой пример — влияние социалистических идей, которые на рубеже XIX–XX вв. сделали реальностью социальные гарантии для широких слоев трудящихся («право на достойное человеческое существование»). Еллинек делает общий вывод, что государственный порядок превращается в правопорядок благодаря взаимодействию фактического и нормативного.

¹⁷ Еллинек Г. Указ. соч. С. 336.

¹⁸ Там же. С. 337.

¹⁹ Там же.

²⁰ Там же. С. 338.

²¹ Там же. С. 340.

Фактическое, отмечает он, есть компонент консервативный, нормативное — прогрессивный, рационалистический. Стабильность общества и государства зависит от гармоничного, соразмерного соединения того и другого. Отсутствие рационалистического компонента сделает силу инерции всепоглощающей, что способно существенно затормозить общественное развитие вплоть до его полной остановки. В случае устранения консервативного компонента общество способно прийти до окончательного распада государственных учреждений, стремясь реализовать рационалистические утопии (например, анархизм). История показывает, что длительно существующее государство является собой соединение фактического и нормативного, что «в общем сознании народов государство является не только фактической, но и правовой и разумной силой»²².

Окончательный вывод Еллинека таков: в жизни государства фактическое всегда предшествует нормативному, всякое право находит непреодолимый предел в самом факте существования государства. Действующий в стране правопорядок создает видимость его законченности, логической завершенности. На самом деле говорить об этом можно только применительно к частному праву, гарантом которого выступает власть. В случае конфликта между государством и обществом, между самими государственными органами государство становится судьей самому себе, руководствуясь не правом, а целесообразностью. «Изменение основ государственной жизни может уничтожить право, но последнее никогда не обладает силою определять в критические моменты ход государственной жизни»²³. В современном государстве, заключает он, нет права, не связанного с государством и не зависящего от него.

Идею нормативных фактов использовал в своей концепции социального права французско-русский юрист Г.Д. Гурвич. Его социолого-правовая доктрина складывалась под влиянием двух основных факторов: психологической теории права его учителя Л.И. Петражицкого и французской социологии (особенно социологии права М. Ориу). Идею (да и сам термин) нормативного факта он берет у Петражицкого, специально оговаривая отличие нормативного факта от нормативной силы фактического Г. Еллинека. По Гурвичу, нормативная сила фактического предполагает продолжительность во времени: фактическое становится нормативным по мере того, как складываются стереотипы поведения людей, постепенно воспринимаемые ими как нормативные. Нормативный факт,

напротив, никак не связан с фактором времени, он с самого начала содержит в себе нормативные ценности. Право, утверждает Гурвич, не принадлежит целиком ни к сфере сущего, ни к сфере должного, оно не только норма и не только факт, право объединяет в себе норму и факт. Право одновременно и автономно (не связано с властью), и гетерономно (установлено властью). Данные особенности права и приводят к идее нормативного факта. Идея нормативного факта потребовалась Гурвичу для согласования эмпирического и духовного элементов в праве. С этой целью он создает специальную методологию, назвав ее идеал-реализмом, позволяющую, с его точки зрения, дать адекватное представление о праве. Таким образом, нормативный факт есть некое образование, включающее в себя ценности в виде идеи справедливости и фактические общественные отношения. Его природа одновременно идеальна и материальна — это синтез материи и духа, природы и сознания, нормы и факта. «Итак, с одной стороны, для того чтобы быть способным к созданию права, любая активная общность, равно как и любая организация, должна уже нести на себе “печать” права; а с другой — для того чтобы быть собственно правом и быть в состоянии регулировать соответствующую общность, право должно быть порождено непосредственно данной общностью и обрести в ней свою эффективность. Как выйти из этого затруднения, не предположив, что существуют такие общности, которые одним и тем же действием и порождают право, и основывают на нем свое существование, которые творят свое бытие путем создания феномена права, служащего им в качестве основания? Нельзя говорить ни о том, что право в этом случае первично по отношению к общности, ни о том, что общность первична по отношению к праву: они зарождаются и утверждают свое существование совместно и оказываются нераздельными в своем существовании и в своем действии. Те общности, в рамках которых процессы конституирования посредством права и создания права совпадают, являются нормативными фактами в точном значении этого термина»²⁴.

Идея нормативного факта создавала теоретико-методологическую базу для анализа позитивного права в его связи с государством. Для социолога права характерно связывать природу права не с государством, а с общественными отношениями, с интересами социальных групп. С социологической точки зрения право имеет два существенных свойства: оно устанавливается социальной группой и способно фактически регулировать общественные отношения. Недостатком такого подхода стало безбрежное

²² Там же. С. 352.

²³ Там же. С. 355.

²⁴ Гурвич Г.Д. Идея социального права // Гурвич Г.Д. Философия и социология права: избр. соч. СПб., 2004. С. 146, 147.

расширение понятия права до любой социальной нормы, способной быть эффективным регулятором. Социологическое рассмотрение права лишает его собственно юридических качеств, а значит, и прикладной ценности. Гурвич попытался устранить данную болезненную гипертрофию социологического подхода, сохранив при этом его существо. Источник права в юридическом смысле, рассуждает он, имеет два существенных признака: он должен исходить от власти и быть эффективным, действенным. В случае отсутствия одного из признаков источник перестает быть правом. Нормативные факты — первичные источники, формальные источники права — вторичные. Формальные источники права (закон, статут, договор, обычай) являются лишь техническими приемами обработки нормативных фактов. Без опоры на нормативные факты формальные источники права перестают быть действенными, эффективными. «Вся властная сила этих вторичных источников представляет собой лишь отражение властной силы “нормативных фактов”, которые как создающие самое себя через образование ими права воплощают позитивные правовые ценности и гарантируют самим своим существованием “эффективность правовых норм”... Теория “нормативных фактов” как “первичных источников” позитивности права (т.е. тех точек, где происходит объединение властной силы и эффективности) лишает “вторичные” или “формальные” источники права того чрезмерного значения, которое им приписывается, и уменьшает их роль в жизни позитивного права. Рассматриваемая нами теория разоблачает эти вторичные источники как технические приемы констатации существования “нормативных фактов”»²⁵.

Гурвич различает формальное позитивное право и интуитивное позитивное право. Первое имеет оба признака права (исходит от власти и действенно), второе — только один (действенность). Оба вида права опираются на нормативные факты. Формальное позитивное право обретает свою обязывающую силу благодаря техническим приемам (включая процедуру государственного утверждения), интуитивное позитивное право — благодаря непосредственной интуиции нормативных фактов. Формальное позитивное право обязано опираться на интуитивное позитивное право, в противном случае произойдет отрыв от нормативных фактов, что чревато революциями. Формальные источники права следующие: «1) обычай; 2) статут (устав); 3) издаваемый государством закон; 4) судебная практика; 5) практика иных правоприменительных органов; 6) доктрина; 7) соглашения, нормативные договоры (играющие весьма значимую роль в международном и трудовом праве); 8) социальные декларации (обещания, программы, публичные заявления), формулируемые от имени всей социальной

тотальности в целом одним из ее членов или группой членов данной тотальности; 9) прецеденты; 10) признание нового положения вещей со стороны определенной части той или иной социальной тотальности, которая поддерживает данную презумпцию»²⁶. Одни из источников связаны с какой-либо социальной организацией, другие никак не связаны (например, обычаи, которые являются фактом массового поведения, выходящего за рамки любой организации). И далее Гурвич делает вывод, ради которого и создавалась его концепция социального права: из 10 перечисленных источников только закон предполагает существование государства. «Ни один из других источников права, включая те, которые могут быть реализованы посредством организаций, и те, которые преимущественно реализуются вне организаций, ни в коей мере не зависят от государства; они утверждают себя в рамках любой общности и любой организации»²⁷. Тот, кто связывает все формальное позитивное право с деятельностью государства, опирается на предпосылку, согласно которой формальная обработка права тождественна предписанию некоей волящей силы. Вместе с тем «акт констатации нормативного факта не обязательно является актом волеизъявления, приказом или, более того, безусловным приказом»²⁸. Это акт не приказа, а объективного признания соответствующего нормативного факта»²⁹.

* * *

Проблема соотношения фактического и нормативного демонстрирует, насколько сложны и многообразны связи между государством и правом. И Еллинек, и Гурвич указывают на ту мысль, что государство и право одновременно и связаны между собой, и способны существовать автономно, являя собой и единство, и дуализм. Оба института имеют единый источник, и при этом каждый из них имеет свой собственный.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Алексеев Н.Н.* Теория государства: теоретическое государствоведение, государственное устройство, государственный идеал // *Алексеев Н.Н.* Русский народ и государство. М., 1998. С. 392, 393, 403, 521.
2. *Гурвич Г.Д.* Идея социального права // *Гурвич Г.Д.* Философия и социология права: избр. соч. СПб., 2004. С. 146, 147, 159, 163–165.
3. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 276, 277, 336–338, 340, 352, 355.

²⁶ Там же. С. 163.

²⁷ Там же. С. 164.

²⁸ Там же. С. 165.

²⁹ См.: там же.

²⁵ Там же. С. 159.

4. *Ильин И.А.* Общее учение о праве и государстве // *Ильин И.А.* Собр. соч. Т. 4. М., 1994. С. 114, 115.
5. *Локк Дж.* Два трактата о правлении // *Локк Дж.* Соч.: в 3 т. Т. 3. М., 1988. С. 263, 338.
6. *Мальцев Г.В.* Пять лекций о происхождении и ранних формах права и государства. М., 2000. С. 58, 79–82.
7. *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 273.
- vennyj ideal // *Alekseev N.N.* Russkij narod i gosudarstvo. М., 1998. P. 392, 393, 403, 521.
2. *Gurvich G.D.* Ideya social'nogo prava // *Gurvich G.D.* Filosofiya i sociologiya prava: izbr. soch. SPb., 2004. P. 146, 147, 159, 163–165.
3. *Ellinek G.* Obshchee uchenie o gosudarstve. SPb., 2004. P. 276, 277, 336–338, 340, 352, 355.
4. *Il'in I.A.* Obshchee uchenie o prave i gosudarstve // *Il'in I.A.* Sobr. soch. Т. 4. М., 1994. P. 114, 115.
5. *Lokk Dzh.* Dva traktata o pravlenii // *Lokk Dzh.* Soch.: v 3 t. Т. 3. М., 1988. P. 263, 338.
6. *Mal'cev G.V.* Pyat' lekcij o proiskhozhdenii i rannih formah prava i gosudarstva. М., 2000. P. 58, 79–82.
7. *Shershenevich G.F.* Obshchaya teoriya prava. Vyp. 1. М., 1910. P. 273.

REFERENCES

1. *Alekseev N.N.* Teoriya gosudarstva: teoreticheskoe gosudarstvovedenie, gosudarstvennoe ustrojstvo, gosudarst-

Сведения об авторе

ЖУКОВ Вячеслав Николаевич —

доктор юридических наук,
доктор философских наук, профессор,
профессор кафедры теории государства и права
и политологии юридического факультета
МГУ им. М.В. Ломоносова;
119991 г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13
(4-й учебный корпус); главный научный
сотрудник сектора философии права, истории
и теории государства и права Института
государства и права Российской академии наук;
119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

Authors' information

ZHUKOV Vyacheslav N. —

Doctor of Law, Doctor of Philosophy, Professor,
Professor of the Department of theory of state and
law and political science of the faculty of law of
Lomonosov Moscow state University;
1 Leninskie Gory, building 13
(4th academic building),
119991 Moscow, Russia;
chief researcher of the sector of Philosophy of Law,
history and theory of state and law
of the Institute of State and Law
of the Russian Academy of Sciences;
10 Znamenska street, 119019 Moscow, Russia