

Правительство Российской Федерации
Санкт-Петербургский государственный университет

Е. В. ТИМОШИНА
А. А. КРАЕВСКИЙ
В. В. АРХИПОВ

ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

Практикум

для обучающихся по образовательной программе бакалавриата
по направлению подготовки «Юриспруденция»

Санкт-Петербург

2015

УДК 340.12

ББК 67.0

Т41

Рекомендовано к опубликованию и использованию в учебном процессе
Учебно-методической комиссией юридического факультета
Санкт-Петербургского государственного университета
(протокол № 06/93-04-9 от 17 сентября 2014 г.).

Тимошина Елена Владимировна – доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права СПбГУ, доцент (**Тема 1**; **Тема 2**: № 2–7; **Тема 3**: № 2–5; **Тема 4**: № 3–6, 8; **Тема 5**: 1, 3 (3.2–3.4), 4; **Тема 6**: 2, 3; **Тема 7**: 1; **Тема 8**: 1, 3, 11, 12; **Тема 9**: 1, 2, 4–6; **Тема 11**: № 2, 4–7; **Тема 12**: № 1, 3, 6; Тестовые задания к отдельным темам; Итоговые задачи ко всему курсу: № 1, 2; задания к кейсам № 1, 2; методические рекомендации ко всем темам).

Краевский Арсений Александрович – магистр юриспруденции (**Тема 2**: № 1; **Тема 3**: № 1; **Тема 4**: № 1, 2, 7; **Тема 5**: 2, 3 (3.1); **Тема 6**: 1, 4, 5; **Тема 7**: 2; **Тема 8**: 2, 4–10; **Тема 9**: 3; **Тема 10**: 1–4; **Тема 11**: № 1, 3; **Тема 12**: № 2; Итоговые задачи ко всему курсу: № 3; задания к кейсу № 1).

Архипов Владислав Владимирович – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права СПбГУ (**Тема 4**: № 9, 10; **Тема 10**: 5; **Тема 12**: № 4, 5).

Тимошина Е. В., Краевский А. А., Архипов В. В. Теория права и государства. Практикум (для обучающихся по образовательной программе бакалавриата по направлению подготовки «Юриспруденция»). СПб.: Издательство «ЛЕМА», 2015. – 201 с.

ISBN 978-5-98709-847-9

ISBN 978-5-98709-847-9

© Е.В. Тимошина, А.А. Краевский, В.В. Архипов, 2015

© ООО «Издательство «ЛЕМА», 2015

СОДЕРЖАНИЕ

Тема 1. Теория права и государства как наука	4
Тема 2. Типы правопонимания.....	15
Тема 3. Понятие права.....	44
Тема 4. Право и ценности. Принципы права. Права человека.....	58
Тема 5. Правосознание и правовая культура.....	66
Тема 6. Право и государство.....	81
Тема 7. Правовое регулирование.....	111
Тема 8. Источники права.....	113
Тема 9. Нормы права.....	125
Тема 10. Правовые отношения.....	129
Тема 11. Применение и толкование права.....	132
Тема 12. Правонарушение и юридическая ответственность.....	136
Тестовые задания к отдельным темам.....	143
Тема 6. Право и государство.....	143
Тема 7. Правовое регулирование.....	145
Тема 8. Источники права.....	149
Тема 9. Нормы права.....	152
Тема 10. Правовые отношения.....	155
Тема 11. Применение и толкование права.....	158
Тема 12. Правонарушение и юридическая ответственность.....	161
Итоговые задачи ко всему курсу.....	165
Кейс «Дело спелеологов».....	173
Кейс «Казус Алисы».....	192

Тема 1. ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА КАК НАУКА

В процессе изучения данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) специфика предмета социально-гуманитарных наук в целом и общей теории права в частности;
- 2) исторически развивающийся характер предмета общей теории права, его социокультурная обусловленность и связь с состоянием научного знания (типом научной рациональности);
- 3) связь предмета общей теории права с типом правопонимания и его методологией;
- 4) функции общей теории права и их обусловленность типом правопонимания;
- 5) методология юснатурализма и юридического позитивизма в ее историческом развитии;
- 6) соотношение предметов общей теории права, юридической догматики, философии права и социологии права;
- 7) место теории права в системе юридических наук.

№ 1.

1. Методология какого типа правопонимания представлена в следующем фрагменте? Охарактеризуйте данную методологию.

2. Что является предметом философско-правового знания с точки зрения данного типа правопонимания?

3. Какие черты классического философско-правового знания представлены в данном тексте?

...Идея человека как существа... разумного... могла бы дать нашим обязанностям и правилам поведения основания, способные поставить *нравственность в ряд доказуемых наук*; и... при этом... установить мерил добра и зла исходя из самоочевидных положений путем выводов столь же необходимых, сколь и бесспорных, как выводы в математике, установить их для всякого, кто займется нравственностью с тем же беспристрастием и вниманием, с каким он занимается науками математическими. [...]

Положение «Где нет собственности, там нет и несправедливости» столь же достоверно, как и любое доказательство у Евклида: ибо если идея собственности есть право на какую-нибудь вещь, а идея, которой дано название «несправедливость», есть посягательство на это право или нарушение его, то ясно, что, коль скоро эти идеи установлены таким образом и связаны с указанными названиями, я могу познать истинность этого положения так же достоверно, как и того, что три угла треугольника равны двум прямым. Еще пример: «Никакое государство не дает пол-

ной свободы». Если идея государства есть устройство общества по определенным правилам и законам, которые требуют, чтобы их соблюдали, а идея полной свободы заключается для каждого в том, чтобы делать, что ему угодно, то я могу быть уверенным в истине этого положения не менее, чем в истине любого положения в математике. [...]

Я уверен, что, если бы люди искали нравственные истины тем же методом, с тем же беспристрастием, с каким ищут истины математические, они нашли бы, что первые... более неизбежно вытекают из наших ясных... идей и ближе подходят к совершенному доказательству, чем это обычно себе представляют. [...]

Для реальности познания не требуется существование. Для приобретения познания и достоверности у нас должны быть определенные идеи... Все рассуждения математиков... не касаются существования... фигур. Но их доказательства... останутся теми же самыми, существует ли в мире хотя бы один квадрат или круг или нет. Точно таким же образом истина и достоверность рассуждений по вопросам нравственности отвлекаются от жизни людей и от существования рассматриваемых добродетелей в [самом] мире. [То, что сказано в книге] «Об обязанностях» Туллия, не менее истинно от того, что никто в мире не исполняет точности его предписаний и не живет по данному им образцу добродетельного человека, который существовал только в идее, когда Цицерон писал. Если в умозрении, т. е. в идее, верно то, что *убийство заслуживает смертной казни*, то это будет так же верно и в действительности для всякого действия, сообразного с *идеей убийства*. [1]

№ 2.

1. *Методология какого типа правопонимания представлена в следующем фрагменте? Охарактеризуйте данную методологию, назовите ее философские источники.*

2. *Что является предметом общей теории права с точки зрения данного типа правопонимания?*

3. *Какую функцию должно выполнять теоретико-правовое знание с точки зрения данного типа правопонимания?*

Наука имеет дело с явлениями, и только их изучение, сравнение, обобщение, классифицирование возможно для науки. Исследование же того, что стоит за явлениями, и что, может быть, составляет неизвестную причину их, науке недоступно, но возможно, говорят, для философии, которая становится тогда метафизикой. Под именем метафизики следует понимать познание мира действительности, за пределами явлений, достигаемое посредством возвышающегося над опытом умозрения. [...]

Общая теория права строит свои основные понятия исключительно из того материала, который содержится в положительном праве, т. е. в праве, которое есть в данное время у какого-либо народа или было прежде. Никакие пожелания о том праве, какое должно быть, в эти построения не вплетаются. [...]

Так как положительное право есть историческое явление, то и все понятия, из него построенные, имеют только историческую ценность.

Как бы логично ни были связаны между собой понятия, построенные общей теорией права... они все же не могут рассчитывать на абсолютную ценность. Разделение права на публичное и частное, право собственности, народное представительство, преступление, наконец само право – все это понятия исторически сложившиеся, не *a priori*, а эмпирически. Были моменты в истории человечества, когда этих понятий не существовало, могут настать моменты, когда они сохранятся как культурные воспоминания. Может быть, это способно подорвать ценность общей теории права, придавая ей неустойчивый, текущий характер, обусловленный изменчивостью материала? Однако из того, что мы отвергнем абсолютное, логическое значение понятий общей теории права, не следует еще, чтобы ее понятия не имели практического значения, чтобы они не выяснили человеку окружающей его действительности. Историческая жизнь на самом деле течет крайне медленно и общественные формы проявляют столько устойчивости, что понятия, выработанные общей теорией права, сохраняют свое значение для многих поколений. Этим уже оправдывается ее ценность.

При построении понятий из положительного права, общая теория права отбрасывает все индивидуальное, свойственное тому или другому законодательству, и выбирает лишь типическое, свойственное всем законодательствам. Это не значит, однако, что общая теория права имеет дело со всем, что оказывается общим всем законодательствам. Из того, что всюду запрещается брак на свояченице, не следует, чтобы это положение составило объект общей теории права. Последняя выбирает не только общие положения, но и необходимые, т. е. такие, без которых общежитие данного культурного типа существовать не может, каковы, например, понятия о субъекте права, о договоре, о государственной власти. [2]

№ 3.

1. На основе анализа данного текста поясните, в чем, по Вашему мнению, состоит особенность явлений, образующих предмет изучения общей теории права.

2. Приведите примеры «наивно-реалистических», «наивно-нигилистических» и «наивно-конструктивистских» концепций в теории права.

Предположим, что изучающему логику дана задача произвести логический анализ следующих трех суждений: 1) слугитель находится в прихожей; 2) Зевс есть царь олимпийских богов; 3) казна обладает большим имуществом, и что наш воображаемый логик решает эту задачу следующим образом.

Для отыскания логического субъекта первого суждения он отправляется в прихожую, к своему счастью находит там слугителя, приводит его к ожидающему решению и с торжеством заявляет: «Вот субъект первого суждения!»

Что касается вопроса о субъекте второго суждения, то здесь он тоже не встречает никаких затруднений: он не язычник и вообще слишком образованный человек, чтобы верить в существование Зевса, а потому, не теряя денег и времени на поездку в Грецию для ревизии облаков Олимпа, он с уверенностью утверждает, что в данном случае субъекта нет, а за отсутствием субъекта нет и суждения.

Зато весьма сложной и тонкой проблемой представляется ему вопрос о субъекте третьего суждения, и он начинает строить и предлагать весьма глубокомысленные соображения о том, кто собственно является здесь субъектом, например, предлагает верить в существование в данном случае особого громадного организма с целой системой органов или т. п.

Очевидно, в основе всех приведенных решений лежит недоразумение относительно того, где находятся и как должны быть отыскиваемы субъекты; они находятся, конечно, в самих суждениях, как их составные части, а отнюдь не где-то в пространстве, вне суждений, в прихожей, в облаках Олимпа и т. п.

На почве этого основного и общего недоразумения получились ошибочные решения трех типов:

1) первое решение состоит в ошибочном принятии найденного в ненадлежащей сфере (в прихожей) действительно существующего предмета (находящегося там слугителя) за искомое, имеющее на самом деле совсем иную природу и находящееся в совсем иной сфере (в самом суждении), – и может быть названо *наивно-реалистическим*;

2) второе решение состоит в ошибочном отрицании существования несомненно существующего и легко могущего быть найденным в самом суждении (*Зевс* есть и т. д.) субъекта и, в связи с этим, в отрицании существования самого суждения, вследствие неверования в существование предмета в ненадлежащей сфере (живого Зевса в облаках Олимпа в Греции) – и может быть названо *наивно-нигилистическим* решением;

3) наконец, решения третьего типа, – гадания относительно существования и природы не относящихся к делу предметов в ненадлежащей сфере исследования и

соответственные более или менее глубокомысленные или фантастические построения – мы назовем *наивно-конструктивными* теориями.

Л. И. Петражицкий. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии (1905)

№ 4.

Представители логического позитивизма полагали необходимым разработать социальные науки без «метафизических примесей». По их мнению, все суждения социальных наук переводимы в физикалистские характеристики.

Другой представитель аналитической философии У. В. О. Куайн (1908–2000) полагал, что то или иное социальное явление может быть рассмотрено в качестве физического объекта, под которым он понимал материальное содержание любой пространственно-временной области. С точки зрения ученого, действие или взаимодействие можно отождествить с физическими объектами, представляющими собой временные аспекты агента (или агентов) действия. В качестве примера события, которое может быть интерпретировано в качестве такого физического объекта, Куайн приводит идущего человека, жующего жевательную резинку. Это событие представляет собой физический объект, у которого имеются особенности движения ног, с одной стороны, и особенности движения челюстей – с другой. Аналогичным образом, по его мнению, можно интерпретировать, например, институт президентства. Президент, или президентство Соединенных Штатов, полагает Куайн, является одним из таких физических объектов. Это пространственно прерывный объект, составленный из временных отрезков, каждый из которых является временным периодом некоторого тела – какого-то человека. Вещь в целом начинается во времени в 1789 г., когда пост занял Джордж Вашингтон, а завершит она свое существование только с последним президентством.

1. По Вашему мнению, позволяет ли данный методологический (номиналистический) подход, отразить специфику социальных, в том числе правовых, явлений?

2. Возможна ли теория права, выстроенная с соответствии с данной методологической позицией?

3. При отрицательном ответе на первые два вопроса поясните, чем, по Вашему мнению, обусловлена несостоятельность данного методологического подхода применительно к теории права.

При ответ на данный вопрос примите во внимание следующий ниже фрагмент из работы Г. Кельзена «Чистое учение о праве: Введение в проблематику науки о праве» (1934) (пер. М. В. Антонова, Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2012).

Чистое учение о праве пытается четко отграничить предмет своего познания по двум направлениям, где самостоятельности науки о праве угрожает господствующий методологический синкретизм. Право есть социальное явление, а общество по сравнению с природой – совершенно иной предмет, поскольку его элементы соединены между собой совершенно иным образом. Если наука о праве не должна раствориться в науке о природе, то и право, очевидно, должно быть резко отграничено от природы. Но это очень трудно сделать, поскольку право – или то, что принято называть этим словом, – по крайней мере одной из сторон своего существа относится к области природы, и поэтому, как кажется, право влачит полностью природное существование. Так, если мы рассмотрим некие фактические обстоятельства, называемые правом, например, голосование в парламенте, административный акт, судебное решение, сделку или правонарушение, то в них можно различить два элемента: с одной стороны, происходящий в пространстве и времени, чувственно воспринимаемый акт, событие – по большей части человеческое поведение; с другой стороны, внутренне присущий или свойственный такому акту или такому событию смысл – его специфическое значение. В зале собираются люди, произносят речи, одни поднимаются со своих мест, а другие нет; таковы выраженные вовне события. Смысл таких событий – принятие закона. Некий человек, одетый в мантию, с возвышения говорит одному из стоящих перед ним людей определенные слова. Это выраженное вовне событие означает судебный приговор. Один торговец пишет другому письмо определенного содержания, на которое тот отвечает письмом-акцептом; это означает, что они заключили договор. Некто причиняет некими своими действиями смерть кому-либо другому; юридически это означает убийство.

Это «значение» акта нельзя рассмотреть и воспринять как некий факт, так же как мы воспринимаем физические свойства и функции предмета, например его цвет, твердость, вес. Хотя, конечно, данный акт – в той мере, в которой он выражен в письменной или устной речи, – сам может указать на свое значение, выявить свой собственный смысл. В этом заключается своеобразие того материала, который является предметом социального и особенно юридического познания. Растение ничего о себе не может поведать исследователю, который научно изучает это растение. Это растение не делает даже попытки объяснить себя с научной точки зрения. Но социальный акт вполне может осуществить самоистолкование, т. е. высказаться о том, что он означает. Ведь совершающее этот акт лицо связывает с актом некий определенный смысл, что выражен тем или иным способом и что будет понят другими лицами, к которым данный акт обращен. Люди, собравшиеся в парламенте, могут намеренно объявить, что принимают закон; два человека могут выразить намерение заключить юридическую сделку. Познание, направленное на постиже-

ние права, иногда сталкивается с самоистолкованием материала, предшествующим тому истолкованию, которое должно осуществляться наукой о праве.

Отсюда появляется необходимость различать субъективный и объективный смысл некоего акта. Субъективный смысл может, но не должен совпадать с объективным смыслом, который данному акту приписывается в системе всех правовых актов, т. е. в правовой системе. То, что делал знаменитый капитан из Кёпеника, было актом, по своему субъективному смыслу представлявшим собой административный приказ. Объективно же таковым данный акт не был, представляя собой правонарушение. Некая тайная организация, ставящая себе целью избавить родную страну от вредных элементов, приговаривает к смерти человека, которого эта организация считает предателем, и руками преданного члена этой организации приводит в исполнение то, что она субъективно считает и называет смертным приговором. Однако объективно, т. е. в системе объективного права, происшедшее есть не исполнение смертного приговора, но политическое убийство, пусть даже фактические обстоятельства произошедшего ничем не отличались от исполнения смертного приговора.

Эти внешние фактические обстоятельства во всех случаях – поскольку они всегда протекают в пространстве и времени и суть чувственно воспринимаемые явления – представляют собой часть природы и в качестве таковой определяются законом причинности. Однако эти явления как таковые, как элемент природной системы не составляют предмета специфически юридического познания и вообще не относятся к праву. Эти события становятся правовыми (или противоправными) актами не за счет их фактичности, не за счет их природного (т. е. причинно-следственного) бытия, включенного в природную систему, а за счет объективного смысла, связанного с этими актами, за счет значения, которым обладают данные события. Соответствующие фактические обстоятельства обретают особый юридический смысл, свое собственное правовое значение посредством некоторой нормы, которая по содержанию соотносится с этими обстоятельствами, наделяет их правовым значением, так что акт может быть истолкован согласно этой норме. Норма функционирует в качестве схемы истолкования. Она порождается через правовой акт, а этот акт, в свою очередь, получает свое значение от другой нормы. Если некий факт есть исполнение смертного приговора, а не убийство, то это недоступное восприятию качество обнаруживается только в результате мыслительного процесса: при сопоставлении с уголовным кодексом и с уголовно-процессуальным порядком. То, что упомянутый обмен письмами означает заключение договора, следует единственно и исключительно из того, что данные фактические обстоятельства соответствуют условиям, определенным в гражданском кодексе. То, что некое собрание

людей есть парламент, результатом деятельности которого является принятие некоего закона (иными словами, что данные события обладают этим «значением»), означает, что этот факт в целом соответствует определенным предписаниям конституции. Это означает, что содержание некоего фактического события согласуется с содержанием некой заранее установленной нормы.

[...] Когда мы говорим о «создании» некоей нормы, то под этим имеется в виду некие фактические процессы, смысловым содержанием которых является эта норма. Чистое учение о праве не направлено на какие-либо психические процессы или физические действия, когда оно познает право и когда оно пытается осмыслить нечто как правовое. Осмыслять нечто как право – это и не что иное может называться осмыслением правового. [...] Когда судья считает доказанным некий факт (как правонарушение), то его познание направлено скорее на некое природное бытие. Но юридическим его познание станет с того момента, когда он соотнесет установленный им факт с применяемым законом и тем самым будет истолковывать этот факт как «кражу» или «обман». Такое истолкование судья может дать, только если содержание данного факта особым образом признается содержанием некоей нормы.

*Г. Кельзен. Чистое учение о праве:
Введение в проблематику науки о праве (1934)
(пер. М. В. Антонова)*

№ 5.

1. К какому правопониманию – классическому или неклассическому – Вы отнесли бы представленные методологические позиции?

2. Каким признакам определенного Вами правопонимания – классического или неклассического – соответствуют данные рассуждения? Содержится ли в каком-либо из представленных рассуждений внутреннее противоречие? При положительном ответе на данный вопрос поясните, в чем, на Ваш взгляд, оно состоит и как оно может быть преодолено?

3. На Ваш взгляд, отражена ли в каком-либо из приведенных фрагментов специфика теоретико-правового знания?

4. Как, по Вашему мнению, понятие права связано с методом его исследования?

5. В каком отношении находятся понятие права (правовая теория) и реальность права?

[1.] Право есть и государственно-организационное, и социальное, и психическое, и нормативное явление. Все эти различные его проявления или все эти стороны его многоликого и многообразного существа подлежат вполне самостоятельному изучению и разработке. В результате изучения каждого из различных проявле-

ний права мы будем, конечно, всякий раз получать совокупность известных сведений, говорящих о том, что представляет собой право с этой стороны его существования. Эти сведения мы и можем, согласно правилам формальной логики, сводить в определение, т. е. образовывать из них понятия.

Есть не одно, а несколько научных понятий права... Таких понятий теоретического характера, по нашему мнению, четыре: 1) государственно-организационное, или государственно-повелительное, понятие права; 2) социологическое понятие права; 3) психологическое понятие права; 4) нормативное.

Наряду с этими чисто теоретическими понятиями права нельзя отрицать существования и технических или практических понятий права. Для этого необходимо [выделить] по крайней мере два технических понятия права, одно – юридико-догматическое, другое – юридико-политическое.

Все эти понятия, как теоретические, так и технические, несводимы друг к другу. Но может быть, есть такое понятие или из вышеназванных, или из упущенных нами, которое определяет истинную сущность права, остальные же понятия имеют дело с добавочными свойствами его? Ставить себе задачу доискиваться «истинной сущности» вещей и явлений может только метафизика, а не наука, и потому мы оставляем эту задачу здесь в стороне.

Но наряду с множественностью научных понятий права не подлежит сомнению, что *право как явление едино*. Хотя задача создать единое научное понятие права оказалась неразрешимой, тем не менее принцип единства права как явления стал общепризнанным научным достоянием.

Здесь мы... должны отметить одну особенность наук о явлениях культуры, отличающую их от наук о явлениях природы. ...У нас неискоренимо стремление к синтетическим теориям о явлениях культуры.

Но если задача разработки общего учения о праве научно вполне правомерна, то возникает вопрос о том, какими познавательными приемами должна пользоваться эта отрасль знания? Здесь прежде всего может быть высказано предположение, что общее учение о праве могло бы удовлетвориться описанием правовых явлений. Но это предположение должно быть безусловно отвергнуто, так как при бесконечном разнообразии правовых явлений для того, чтобы их описывать, их надо было бы систематизировать; а систематизировать их пришлось бы на основании тех же научных понятий права, определение которых дано выше. Поэтому дальнейшее решение этого вопроса заключается в том, чтобы давать определение и анализ различных научных понятий права подряд в их чисто механическом сочетании. Так часто и делают. Правда, так как теория множественности научных понятий права

пока еще не пользуется открытым признанием, то к ней прибегают в скрытом и замаскированном виде. Пора, наконец, перейти от этого скрытого оперирования с различными понятиями права к их открытому признанию.

Но нельзя удовлетворяться также лишь перечислением различных научных понятий права. Не подлежит сомнению, что должны существовать и такие синтетические формы, которые объединяли бы эти понятия в новый вид познавательных единств.

Как бы мы ни строили отдельные понятия права, каждое из них имеет только тогда научное значение и ценность, когда оно связано с реальностью права и определяет ее более или менее всесторонне.

Каждый исследователь уже вперед так или иначе склонен видеть в праве или нечто по преимуществу государственно-повелительное, или социальное, или психическое, или нормативное. Эта зависимость различных исследователей от существующих в научной литературе правовых теорий далеко не всегда прямо и открыто признается самими исследователями. Часто она бывает скрытой и проявляется лишь косвенно...

Но далее, когда та или иная исходная позиция исследователя уже определена, исследование опять может быть направлено по различным путям. Один путь заключается в том, что исследователь признает реальными в праве только те явления, рассмотрение которых он сделал исходным моментом своего исследования.

Это... неправильный путь...

Но есть и другой путь исследования. Он заключается в том, что исследователь принимает все данное в праве как явление и факт за известную реальность и не стремится отвлекаться от нее. В то же время исследователь признает, что эти явления при их многосложности и разносторонности не могут быть охвачены научным исследованием сразу. Поэтому исследователь решает поступать так, как поступают естествоиспытатели: он заявляет, что будет исследовать право, пользуясь методами расчленения и изолирования. Этим путем, естественно, должно получиться четыре вида чисто теоретического исследования права.

Как мы установили выше, право может подлежать исследованию или как по преимуществу государственно-повелительное, или как социальное, или как психическое, или как нормативное явление. Все эти различные исследования представляют одинаковую ценность в процессе научного познания права в его целом. Конечно, каждое из них имеет в виду по преимуществу какую-нибудь одну сторону правовых явлений. Но исследователь, производящий изыскание в каком-нибудь одном из этих направлений, должен подходить ко всем остальным сторонам и элементам права с иными методологическими приемами, чем исследователи, идущие

по первому из намеченных путей исследования. Ведь там исследователи сначала абстрагируют от всех остальных сторон права кроме интересующей их, а затем как бы дедуцируют их из выработанного ими понятия права. Здесь, напротив, каждым исследованием, изучающим право с какой-нибудь одной стороны, т. е. или как государственно-повелительное, или как социальное, или как психическое, или как нормативное явление, все остальные стороны должны быть объяснены, поскольку они связаны, а отчасти и обусловлены стороной, которая составляет основную тему исследования. Поэтому и при сведении и формулировке результатов каждого из этих исследований в том или ином понятии права должна быть учтена эта связь основной стороны права, служащей главным предметом данного исследования, со всеми остальными его сторонами.

После всего вышеизложенного не может оставаться сомнения, что этот последний начертанный нами путь исследования права и есть правильный научный путь. Только он может дать и научное знание всех сторон права, т. е. всех его проявлений в различных сферах данного нам мира, и вместе с тем привести к построению цельного знания о праве, которое обнимало бы все его стороны в их единстве.

Б. А. Кистяковский. Социальные науки и право (1916)

[2.] Нередко предполагается, что оценка права как типа социального института должна быть предвосхищена свободным от оценочных суждений описанием и анализом этого института в том виде, в каком он фактически существует. Однако развитие современной юриспруденции наводит на мысль, а методологическая рефлексия всех общественных наук подтверждает, что теоретик не способен дать теоретическое описание и анализ социальных фактов, если он в то же время не участвует в деятельности по оцениванию, по выработке понимания того, что на самом деле хорошо для человека и чего действительно требует практическая разумность.

Общественная наука, такая как аналитическая или социологическая юриспруденция, стремится описать, проанализировать и объяснить некоторый объект или предмет исследования. Объект этот составляют человеческие действия, устоявшиеся порядки, обычаи, склонности людей, а также их мыслительная и речевая деятельность. Все эти элементы – действия, устоявшиеся порядки и т. д. – несомненно, подвергаются влиянию «естественных» причин, для исследования которых подходят методы естественных наук, включая определенную часть науки психологии. Однако действия, устоявшиеся порядки и т. д. могут быть в полной мере поняты только через постижение их смысла или, иначе говоря, их цели, их ценности, их значимости или важности, как они мыслятся теми, кто совершает их, участвует в

них и т. д. И эти представления о смысле, ценности, значимости и важности будут отражаться в мыслительной и речевой деятельности тех же самых людей, в тех понятийных различениях, которые они проводят или же, наоборот, не проводят или отказываются проводить. Более того, эти действия, устоявшиеся порядки и т. д. и соответствующие представления существенно различны для разных людей, обществ, обстоятельств времени и места. [...]

Поэтому очевидно, что различия в описаниях происходят от различий во взглядах описывающих теоретиков на то, что именно *важно* и *значимо* в той массе сведений и опыта, с которой они все в равной мере и достаточно хорошо знакомы.

*Дж. Финнис. Естественное право и естественные права (1980)
(пер. В. П. Гайдамака и А. В. Панихиной. М., 2012)*

Тема 2. ТИПЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ

При изучении данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) понятие типа правопонимания и различные варианты его типологии;
- 2) основные характеристики типов правопонимания (методологические и аксиологические основания, понятие и признаки права, соотношение права и морали, права и справедливости, соотношение права и государства);
- 3) черты преемственности и различия между классическим и современным юридическим позитивизмом;
- 4) черты преемственности и различия между классическим и современным юснатурализмом;
- 5) различие вытекающих из существующих теоретико-правовых подходов практических следствий.

№ 1.

Блаженный Августин в трактате «О Граде Божьем» писал:

Итак, при отсутствии справедливости, что такое государства, как не большие разбойничьи шайки; так как и сами разбойничьи шайки есть ни что иное, как государства в миниатюре. И они также представляют собою общества людей, управляются властью начальника, связаны обоюдным соглашением и делят добычу по добровольно установленному закону. Когда подобная шайка потерянных людей возрастает до таких размеров, что захватывает области, основывает оседлые жилища, овладевает городами, подчиняет своей власти народы, тогда она открыто принимает название государства, которое уже вполне присваивает ей не подавленная жадность, а приобретенная безнаказанность. Прекрасно и верно ответил Александру Великому один пойманный пират. Когда царь спросил его, какое право имеет он

грабить на море, тот дерзко отвечал: «Такое же, какое и ты: но поскольку я делаю это на небольшом судне, меня называют разбойником; ты же располагаешь огромным флотом, и потому тебя величают императором».

*Бл. Августин. О Граде Божием
(Творения Блаженного Августина,
епископа Иппонийского. Ч. 3–6. Киев, 1906–1910)*

1. К какому типу правопонимания можно отнести данную позицию Августина?
2. Как с позиций иных типов правопонимания можно ответить на вопрос о различии между государством и разбойничьей шайкой, а также о различии между законом государства и приказом разбойника?

№ 2.

1. К каким типам правопонимания можно отнести представленные ниже рассуждения? Аргументируйте свою позицию.
2. Раскройте специфику каждого из типов правопонимания, ориентируясь в том числе на следующие их характеристики:
 - 1) понятие и признаки права;
 - 2) соотношение права и морали, права и справедливости;
 - 3) соотношение права и государства.
3. В чем состоит разделительный тезис юридического позитивизма? Поясните различия эксклюзивного и инклюзивного юридического позитивизма.

№ 2.1

Право призвано быть проявлением единого божественного закона мироздания в социальной и политической сфере. Вместе с тем всякая система права, создаваемая человеческим сообществом, являясь продуктом исторического развития, несет на себе печать ограниченности и несовершенства. [...] Впрочем, без права никакое человеческое сообщество существовать не может...

Право содержит в себе некоторый минимум нравственных норм, обязательных для всех членов общества. Задача светского закона – не в том, чтобы лежащий во зле мир превратился в Царствие Божие, а в том, чтобы он не превратился в ад. Основополагающий принцип права – «не делай другому того, чего не желаешь себе».

Однако в тех случаях, когда человеческий закон совершенно отвергает абсолютную божественную норму, заменяя ее противоположной, он перестает быть законом, становясь беззаконием, в какие бы правовые одежды он ни рядился. Например, в Десятисловии ясно сказано: «Почитай отца твоего и мать твою» (Исх. 20. 12).

Любая противоречащая этой заповеди светская норма делает преступником не нарушителя ее, а самого законодателя. Иными словами, человеческий закон никогда не содержит полноту закона божественного, но чтобы оставаться законом, он обязан соответствовать богоустановленным принципам, а не разрушать их.

В современном светском правосознании одним из доминирующих принципов стало представление о неотъемлемых правах личности. Идея таких прав основана на библейском учении о человеке как образе и подобию Божию, как онтологически свободном существе.

Христианская социально-государственная этика требовала сохранить для человека некую автономную сферу, где его совесть остается «самовластным» хозяином, ибо от свободного волеизъявления в конечном счете зависят спасение или гибель, путь ко Христу или путь от Христа. Права на веру, на жизнь, на семью являются защитой сокровенных оснований человеческой свободы от произвола посторонних сил. Эти внутренние права дополняются и гарантируются другими, внешними – например, правами на свободу передвижения, получение информации, создание имущества, обладание им и его передачу.

Бог хранит свободу человека, никогда не насилюя его волю. Если право соотносится с божественной правдой, явленной Господом Иисусом Христом, то и оно стоит на страже человеческой свободы: *«Где Дух Господень, там свобода»* (2 Кор. 3. 17) и, соответственно, охраняет неотъемлемые права личности. Те же традиции, которым не знаком принцип Христовой свободы, подчас стремятся подчинить совесть человека внешней воле вождя или коллектива.

По мере секуляризации высокие принципы неотчуждаемых прав человека превратились в понятие о правах индивидуума вне его связи с Богом. При этом охрана свободы личности трансформировалась в защиту своеволия (до тех пор, пока оно не вредит иным индивидуумам), а также в требование от государства гарантий определенного материального уровня существования личности и семьи. В системе современного светского гуманистического понимания гражданских прав человек трактуется не как образ Божий, но как самодостаточный и самодовлеющий субъект. Между тем для христианского правосознания идея свободы и прав человека неразрывно связана с идеей служения. Права нужны христианину прежде всего для того, чтобы, обладая ими, он мог наилучшим образом осуществить свое высокое призвание к «подобию Божию», исполнить свой долг перед Богом и Церковью, перед другими людьми, семьей, государством, народом и иными человеческими сообществами.

В результате секуляризации в новое время доминирующей стала теория естественного права... [...] Эта теория не утратила связи с христианской традицией,

ибо исходит из убеждения, что понятия добра и зла присущи человеческой природе, а потому право вырастает из самой жизни, основываясь на совести. Вплоть до XIX столетия данная теория господствовала в европейском обществе.

В современном понимании права доминируют взгляды, апологетические по отношению к позитивному, действующему праву. В соответствии с ними право есть человеческое изобретение, конструкция, которую общество создает для своей пользы, для решения задач, определяемых им самим. Следовательно, любые изменения права, если они приняты обществом, законны. За писанным кодексом нет никакой абсолютной правовой основы. Для данного взгляда законна революция, силой отвергающая законы «старого мира», законно и полное отрицание нравственной нормы, если такое отрицание одобряется обществом. Так, если современное сообщество не считает аборт убийством, он не является таковым и юридически. Апологеты позитивного права полагают, что общество может вводить самые разные нормы, а с другой стороны, считают любой действующий закон легитимным уже в силу самого его существования.

Церковь неизменно призывает своих членов быть законопослушными гражданами земного отечества. В то же время она всегда подчеркивает незыблемую границу законопослушания для своих верных чад.

Во всем, что касается исключительно земного порядка вещей, православный христианин обязан повиноваться законам, независимо от того, насколько они совершенны или неудачны. Когда же исполнение требования закона угрожает вечному спасению, предполагает акт вероотступничества или совершение иного несомненного греха в отношении Бога и ближнего, христианин призывается к подвигу исповедничества ради правды Божией и спасения своей души для вечной жизни. Он должен открыто выступать законным образом против безусловного нарушения обществом или государством установлений и заповедей Божиих, а если такое законное выступление невозможно или неэффективно, занимать позицию гражданского неповиновения. [3]

№ 2.2

Мы будем отрицать... то воззрение, согласно которому право как таковое есть часть морали, и что любое право в качестве такового в той или иной степени, в том или ином смысле является моральным. Такое воззрение представляет право в качестве части морали и тем самым ведет к неясности в вопросе о том, должно ли это означать самоочевидное требование того, чтобы право представлялось как нечто моральное, либо же здесь имеется в виду, что право как часть морали фактиче-

ски имеет моральный характер, в связи с чем предпринимаются попытки наделить право некоей абсолютной ценностью...

В качестве моральной категории право означает то же самое, что и справедливость. Это – выражение для обозначения абсолютно правильного социального порядка, который полностью достигает своей цели и тем самым удовлетворяет чаяниям всех. С психологической точки зрения, стремление к справедливости отражает вечное стремление человека к счастью; как индивидуальное существо, человек не может достичь счастья и поэтому ищет его в обществе. Социальное счастье и называется «справедливостью».

... Данное слово используется также и в смысле позитивной правомерности, в особенности – сообразности с законами. В качестве «не-права» воспринимается то, что в одном случае некая общая норма была применена, а в другом случае нет, хотя этот другой случай схож с первым – это представляется «несправедливым» вне связи с ценностью самой данной общей нормы. Согласно такому словоупотреблению, суждение о справедливости выражает только относительную ценность правомерно-го поведения. «Справедливое» здесь выступает как синоним «правового».

В своем собственном смысле, отличном от смысла права, «справедливость» обозначает некую абсолютную ценность. Содержание этой ценности не может быть определено учением о праве. Как показывает история человеческого духа, который в течение тысячелетий тщетно бился над решением данной проблемы, такое определение вообще недостижимо путем рационального познания. Дуализм права и справедливости имеет двойную функцию в зависимости от того, какой направленности придерживается тот или иной мыслитель – оптимистичной или пессимистичной, консервативной или революционной: в одних случаях ту данность, которую представляет собой порядок государства или общества, утверждать как соответствующую идеалу, а в других – отвергать как противоречащую идеалу. И поскольку по определению невозможно раскрыть сущность идеи с помощью научного... познания, точно так же невозможно ответить на вопрос о том, в чем же состоит справедливость. Все подобные попытки до настоящего времени приводили только к совершенно пустым формулам наподобие: «Твори добро и избегай зла», «Каждому свое», «Держись золотой середины» и т. п. «Категорический императив» также оказывается полностью бессодержательным. Если поставить перед наукой задачу определения должного как абсолютной ценности, то наука не сможет сказать ничего иного, кроме: «Ты должен то, что ты должен».

То, что тот или иной порядок имеет абсолютную ценность, т. е. является «справедливым», недоказуемо с помощью рационального познания. При наличии некоего абсолютно правильного социального порядка, вытекающего из природы,

разума или божественной воли, деятельность государства-законодателя была бы глупой попыткой дать искусственное освещение при ясном солнечном свете. Справедливость есть иррациональный идеал. Как бы такой идеал не был необходим для человеческой воли и действия, он все же недоступен познанию. Познанию дано... только позитивное право.

Вышеописанные идеологические установки, политико-властные намерения и следствия... сохраняют в науке о праве господствующее положение до наших дней, даже после кажущегося преодоления естественно-правового учения. [Наше] учение о праве направлено против этих установок.

Это учение стремится представить право таким, каково оно есть, не легитимируя его как справедливое и не дисквалифицируя его как несправедливое. [Наше] учение задается вопросом о реальном и возможном, но не о правильном праве. В этом смысле данное учение является радикально реалистической правовой теорией. Оно отказывается от оценки позитивного права. Оно рассматривает себя как науку, которая призвана только к тому, чтобы изучить позитивное право в его сущности и с помощью анализа понять структуру позитивного права. Прежде всего, наше учение отказывается от служения каким-либо политическим интересам через предоставление в их распоряжение таких идеологических конструкций, с помощью которых легитимируется или дисквалифицируется существующий общественный порядок. Тем самым наше учение вступает в острое противоречие с традиционной наукой о праве, которая сознательно или неумышленно, в большей или меньшей степени занимается идеологией. Именно за счет своей антиидеологической направленности наше учение позиционирует себя как истинную науку о праве. Познание в науке обнаруживает имманентное стремление раскрыть свой предмет. Идеология, напротив, скрывает реальность – с целью законсервировать, защитить эту реальность идеология ее преобразует; с целью раскритиковать, разрушить и заменить другой идеология обезображивает реальность. Любая идеология имеет свои корни в воле, а не в познании; она отталкивается от определенных интересов – точнее, от иных интересов, чем поиск истины. Хотя при этом, разумеется, ничего не заявляется относительно ценности и достоинства этих иных интересов. Здесь познание вновь разрывает покров, которым воля окутывает вещи. Тот авторитет, что творит право и пытается его защитить, может задаться вопросом о том, насколько свободное от идеологии изучение права будет полезным. Также и те силы, что ищут разрушения существующего порядка и замены его на некий новый и лучший порядок, мало что смогут предпринять с помощью подобного взгляда на право. Наука о праве не может заботиться ни о том, ни о другом. Именно такой наукой о праве и является наше учение. [4]

№ 2.3

Социальная группа, понимаемая как общность взаимодействующих индивидов, может быть либо организованной, либо не организованной, либо дезорганизованной (разобщенной). Она является организованной, когда все действия и реакции ее членов в их взаимоотношениях, равно как и со внешними субъектами и миром в целом, ясно определены нормами права и производятся в соответствии с ними. В развернутой форме это означает, во-первых, что эти нормы определяют в деталях: а) каковы права и обязанности каждого члена; б) что, при каких условиях, в отношении кого и сколь много каждый из членов управомочен и обязан делать или не делать, терпеть или не терпеть; в) какие именно функции или роли члены должны исполнять; д) каков статус члена в системе взаимодействий, как он определен совокупностью его прав-обязанностей, функций и ролей. Во-вторых, определяя это, правовые нормы ясно указывают, какие отношения или формы взаимодействия между сторонами являются: а) обязательными; б) запрещенными; в) рекомендуемыми, хотя и не требуемыми, и при каких условиях, когда и в отношении кого. В-третьих, посредством определения прав-обязанностей, функций и статуса каждого члена и посредством обязательности, запрещенности или рекомендуемости отношений правовые нормы превращают группу взаимодействующих индивидов в четко дифференцированное и стратифицированное сообщество, в котором каждый член исполняет специальное задание в общих функциях группы и занимает определенную позицию в иерархии властей. В-четвертых, группа обычно получает имя, знак или символ, ее идентифицирующий. Таковы точные характеристики организованного взаимодействия в отличие от неорганизованного взаимодействия. Все четыре аспекта этой организации (I, II, III, IV) следуют из существования в группе определенных правовых норм и нераздельно связаны с ними. Как только они возникают, тут же возникают определения прав-обязанностей, функций и статусов, разделение отношений на обязательные, запрещенные и рекомендуемые и дифференциация, стратификация группы. Ради ясности и чтобы избежать общераспространенной неопределенности социологических определений организованных групп – определений, которые редко отличают правовые нормы от других видов норм, – рекомендуется четко намечать сущность правовых норм и их отличие от норм другого вида.

...Правовая норма – это правило поведения и социального взаимоотношения; но не каждое правило поведения является правовой нормой. Тогда в чем же существенные черты правовых норм, которые отличают их от множества других норм? Наиболее общие определения правовых норм пытаются охарактеризовать их по-

средством: а) указания на их обязательный характер как норм, установленных государством и основанных на его силе; б) определения их как общей воли; в) отсылки на их функцию в защите и распределении свободы и интересов членов группы; г) комбинации этих характеристик, дополненных разумом как фактором их развития. Ни одно из этих определений не является достаточно удовлетворительным. Определение правовых норм как обязательных правил, введенных (или признаваемых) государством и основанных на его силе, предполагает, что без государства не существует права и что только нормы, принятые государством, являются правовыми. Эта теория содержит часть правды, но не всю правду.

Прежде всего, государство является определенной формой организованной группы, возникшей довольно поздно в истории человечества. До него существовали и до сих пор существуют кланы, племена, тотемические и иные группы, которые жили и функционировали столетиями и даже тысячелетиями. Гипотеза, согласно которой они жили и функционировали «бесправно», без каких-либо норм права, будет фантастическим предположением. Далее, во многих обществах и периодах, например в средневековой Европе, существовали такие нормы, как каноническое право, специальное право бюргеров, гильдий, крестьян, которые не были ни введены, ни признаны специальным образом государством, что не требовалось для их жизнестойкого функционирования. Даже в настоящее время многие организованные группы, отличные от государства, имеют правовые нормы, которые никогда государством не вводились. Подобным образом то, что известно под наименованием обычного, международного и канонического права и даже общего права, никогда не вводилось государством и возникало либо без подобного ведения, либо иногда даже в противоречие с государственными установлениями. Это делает недействительным предположение о том, что без государства не существует права. Более того, само существование государства уже предполагает право. Поскольку государство является организованной нацией, его существование уже предопределено существованием правовых норм, которые определяют его территорию, его правительство, его конституцию, вкратце его структуру и функции. В противном случае границы государства, ни его правительство, ни действия правительства и его должностных лиц не будут правомерными и не будет способа определить, какие нормы, введенные той или иной группой в пределах государства, являются правовыми. Короче говоря, без правовых норм ни одно государство не возможно. Равным образом неверно и то, что право является официальным кодексом государства, как введенное его верховной властью (монархом, парламентом, конгрессом). В Риме, в англосаксонских странах и среди магометан значительная часть правовых норм вводится судьями или судами. Подобным образом норма становится правовой нормой не по-

тому, что она включена в кодекс или статут государства. Большинство людей едва ли знают эти кодексы и статуты вообще, едва ли когда-либо открывали и читали их; поэтому если бы подобное предположение было действительным, мы должны были бы заключить, что люди жили и действовали без какого-либо права. Подобное предположение далее значило бы, что эти кодексы и статуты сами по себе не более чем «мертвые нормы» или «правовые трупы» (следствие, которое аннулирует гипотезу как таковую). По этим и многим другим причинам критикуемая теория права является неадекватной.

Не менее ложным является определение правовых норм как обязательных правил поведения, основанных на силе. Если бы подобное определение было истинным, тогда грубейшая из сил была бы наивысшим правом; «сила была бы правом». Приказ гангстера его беспомощной жертве, мощного насильника – насилуемой, убийцы – убиваемому были бы правом. Любая разница между правом и бесправием, между правомерным и неправомерным принуждением исчезла бы. Этих предположений достаточно, чтобы поместить это определение в мусорную корзину.

Равным образом неадекватно определение правовых норм как выражение общей воли или воли людей. Если бы право было подобной волей, для введения любого статута нужно было бы опросить каждого. В действительности большинство правовых норм вводится без какого-либо опроса большинства населения рассматриваемого государства или группы; в автократиях и абсолютных монархиях никаких консультаций для введения правовых норм не происходит. Если бы эта теория была верна, мы вынуждены были бы думать, что рабы, которые в прошлом составляли большинство населения, свободно наложили на себя цепи рабства, вводя законы, санкционирующие рабство; что крестьяне делали то же самое; что законы, введенные завоевателем на захваченных территориях, были провозглашением общей воли захваченных.

По схожим причинам определения права как защиты свободы членов группы или как распределения и защиты их жизненных интересов не могут быть приняты. Правовая норма, предоставляющая неограниченную власть деспоту над его людьми и господину над его рабами и крестьянами, разумеется, защищает свободу интересов деспота и господина, но вряд ли защищает рабов и крепостных. Во всяком случае она освобождает их от свободы, так же как и от их жизненных интересов.

Наконец, мы не можем принять определение правовых норм как норм, созданных разумом и воплощающих его. Многие правовые нормы возникают в судебном заседании или из-за ошибки, без какого-либо систематического обоснования, сознательного плана или рациональной цели. Множество правовых норм основывалось на большом количестве суеверий, противостоящих разуму; на ошибках,

противостоящих знанию; на невежественности, противостоящей реальному опыту. Если правовой кодекс, защищающий интересы рабовладельца, возможно, еще и развивался посредством разума рабовладельцев, то, разумеется, он не был создан разумом рабов, равно как он не казался бы им «разумным», «рациональным», «осмысленным». Тем не менее, как бы заманчиво эти помпезные определения ни звучали, они, несомненно, ложны. [5]

№ 2.4

Основным, вполне достоверным и непосредственно нам данным материалом для познания существа права являются наши внутренние психические акты.

Дело в том, что право есть явление не внешнего, материального мира, как, например, камень, дерево, а явление духовного мира, психическое явление, явление нашей души; поэтому с природой его непосредственно познакомиться мы только и можем в нашей душе, т. е. путем наблюдения, сравнения, анализа наших же собственных душевных состояний и движений.

Размышляя в разных случаях жизни, как нам поступить, на что решиться, мы иногда чувствуем себя совершенно свободными, ничем не связанными в выборе такого или иного поведения. Отправиться ли мне на прогулку или остаться дома, купить книгу в таком-то магазине или в другом, поселиться на такой-то улице или на другой, – это вполне зависит от моего усмотрения. Я выбираю такое действие или воздержание, – например, чтение романа вместо прогулки, отдых вместо работы, – которое мне кажется более приятным, или такое решение (например, взять квартиру недалеко от центра города), которое мне представляется целесообразным, удобным для меня.

В других случаях мы, напротив, замечаем *связанность* нашей воли, мы чувствуем и сознаем, что мы обязаны (обязаны) поступить так-то (например, не молчать, а сообщить по правде такой-то факт) или воздержаться от такого-то поступка (например, от сообщения ложного факта), так что не приходится и рассуждать о том, доставит ли нам такой-то поступок или воздержание пользу или нет, послужит ли он для нас источником каких-либо удовольствий или навлечет на нас неприятности. Какой-то «внутренний голос» авторитетно указывает, предписывает, предопределяет наше поведение, наша совесть «повелевает» нам то или другое; иными словами, нам присущи такие убеждения, которые властно и авторитетно для нас же самих нормируют наше поведение.

И по отношению к другим мы приписываем таким убеждениям высший авторитет: я обязан в данном случае поступить так-то, и всякий другой на моем месте (т.

е. при наличии подобных обстоятельств) обязан был бы поступить также. Таким образом, из наших убеждений указанного типа мы выводим обязанности и для других, приписываем обязанности другим.

Как это возможно и как психологически объяснить, что мы известным нашим убеждениям приписываем высший, связывающий и подчиняющий авторитет по отношению к нашему же я и по отношению к другим людям, этот вопрос мы рассмотрим впоследствии... Теперь мы констатируем только наличие этого своеобразного психического факта, каков он есть и несомненно удостоверяется самонаблюдением.

Отмеченное выше чувство связанности воли, сознание необходимости подчинения ее известному авторитетному импульсу (авторитетному побуждению к такому или иному поведению) мы выражаем словами: обязанность, долг, обязательство, долженствование, а те убеждения, которые порождают такие или иные обязанности, т. е. авторитетно регулируют наше поведение (авторитетно-импульсивные убеждения), мы называем нормами, императивами.

Наше чувство и сознание связанности воли, сознание долга, в свою очередь, в различных случаях имеет различную природу. Вообразим себе (воспроизведем) и сравним наше психическое состояние в следующих двух случаях.

1. Иван находится в таком положении, что мы считаем своей (нравственной) обязанностью оказать ему помощь, например, дать займы или дать просто 10 руб.

2. Мы уговорились с извозчиком Петром, что он повезет нас в город и за это получит 10 руб. Теперь мы приехали, и я считаю себя обязанным уплатить условленную сумму, или, положим, Петр выиграл у меня в карты или дал мне займы 10 руб., и потому я сознаю свою обязанность уплатить (или возратить) ему эту сумму.

В обоих случаях мы замечаем авторитетный импульс дать 10 руб., связанность нашей воли нашими убеждениями, но наше (психическое) отношение к Ивану резко отличается от нашего отношения к Петру.

Ивану мы ничего не должны, ему ничего от нас не «следует», не «причитается»; если он получит 10 руб., то это дело нашей «доброй воли». Несмотря на связанность нашу по отношению к нашим собственным убеждениям, к нашей «совести», *по отношению к Ивану* мы считаем себя *свободными*, не связанными и от него ожидаем признания этой свободы, признания нашей «доброй воли» дать или не дать, а во всяком случае не ожидаем противоположного отношения. В частности, например, если бы он стал требовать и домогаться платежа, как чего-то *ему* должного, то такое поведение показалось бы нам в высшей степени неуместным и даже нахальным, и, может быть, мы именно нарочно изменили бы свое первоначальное

намерение дать ему 10 руб., чтобы научить его не заявлять неуместных претензий и домогательств в таком деле, которое зависит от нашей доброй воли.

Различая в обязанности дать 10 руб. отрицательную сторону, отрицательный полюс, будущий минус для меня, долженствование изъятия из моих средств 10 руб., выдачу 10 руб., и положительную сторону, будущий плюс для другого, необходимость прибавления к имуществу Ивана, получение 10 руб., мы можем сказать по поводу нашего отношения к Ивану, что положительная сторона нашей обязанности не закреплена за Иваном, что мы чувствуем по отношению к нему свободу отвернуть от него положительный полюс нашего намерения, например, направить его на другого, более нуждающегося и т. д.

Совсем иное, прямо противоположное, говорит нам наше сознание о нашем отношении к Петру, который заработал от нас 10 руб., доставив нас в город, или которому мы проиграли 10 руб.

Ему мы должны 10 руб., ему следует, причитается от нас получить 10 руб. По отношению к нему мы *связаны*, лишены свободы дать или не дать. Заявление извозчику, требующему от нас условленной платы, что мы платить не желаем, что это зависит от нашей «доброй воли», нам кажется абсолютно недопустимым, бесстыдным, нахальным. Неисполнение обязанности в этом случае представляется нам лишением другого того, что ему следовало, а исполнение не представляется каким-то добрым делом, подающим повод к благодарности (как в первом случае), а лишь доставлением другому должного ему.

Очевидно, в этом случае появляется совсем «иная психология», нежели в первом случае.

Во втором случае положительную сторону нашей обязанности, направленную на будущее получение 10 руб. со стороны Петра, мы признаем закреплённой за ним, как что-то приобретенное им (заработанное, выигранное и т. п.), так что мы не чувствуем свободы отвернуть от него положительный полюс нашего долженствования, лишить его получения и т. д.

Если мы вообразим себя в роли не лица обязанного, а противостоящего ему, поставим себя мысленно в роли Ивана и в роли Петра в приведенных выше примерах и сравним наши психические состояния и движения в этих воображаемых положениях, то мы явственно заметим в них параллельные психологические различия.

Если мы, положим, находимся в таком затруднительном положении, что нуждаемся в помощи и считаем возможным принять таковую от лица X., например, от нашего богатого родственника, то, хотя бы мы и считали нравственной обязанностью нашего родственника помочь нам, мы все-таки признаем его «добрую волю» дать или не дать нужную сумму, увидим в его поступке доброе дело или лю-

безность по отношению к нам, оказать которую или не оказать вполне зависело от его усмотрения *etc.*

Совсем иного характера было бы наше психическое состояние в том случае, если бы мы ожидали получения от X. 10 руб., которые мы ему дали взаймы. Мы бы во всяком случае не стеснялись принять эту сумму от него, не чувствовали бы особой благодарности в случае платежа, считали бы X. связанным и обязанным по отношению к нам, приняли бы платеж как нечто должное нам, как «свое».

Как с точки зрения обязанного, так и с точки зрения того лица, на которое направляется положительный полюс обязанности, различие рассмотренных двух категорий случаев сводится к тому, что во второй категории случаев обязанность одного (с ее положительной стороны) сознается закрепленной за другим, принадлежащей другому как его добро, чего нет в случае первой категории.

Обязанности первого рода, т. е. по отношению к другим свободные (односторонне связывающие) обязанности, мы будем называть нравственными обязанностями.

Обязанности второго рода, т. е. по отношению к другим несвободные (закрепленные активно за другими и образующие, таким образом, двустороннюю связь) обязанности, мы будем называть *правовыми* (юридическими) *обязанностями*.

Изложенному различию между свободными по отношению к другим, не принадлежащими другим нашими обязанностями, с одной стороны, и обязанностями, закрепленными за другими, с другой стороны, соответствует различие между нашими убеждениями, вызывающими связанность нашей воли, между присущими нашей психике нормами.

Существо одних из этих норм (например, «следует оказывать помощь нуждающимся») состоит исключительно в авторитетном предопределении нашего поведения.

Существо же других норм (например, проигранное в карты должно быть уплачено выигравшему партнеру) состоит в двух функциях: с одной стороны, они авторитетно предопределяют наше поведение, с другой стороны, они авторитетно отдают другому, приписывают как ему должное то, чего они требуют от нас.

Если первый разряд норм можно назвать императивами, то сущность и значение второго разряда норм этим не будет достаточно характеризована, ибо их существо не состоит только в *imperare*, а в *imperare + attribuire*; эти нормы, в *pendant* к выражению «императив», можно определить как нормы атрибутивные, как «атрибутивы».

Между тем как нормы императивные имеют односторонний характер – авторитетно налагают бремя на одно лицо, ничем не наделяя других, – атрибутивные

нормы имеют двусторонний характер, испускают, так сказать, два луча, действуют двумя руками, одновременно налагая минус на одного и снабжая соответственным плюсом другого. Первые нормируют только положение обязанного, вторые же одновременно нормируют положение двух лиц. Для одного они представляют авторитетное определение и меру, показывающую, к чему он обязан, что он должен; для другого же они представляют авторитетную меру, норму того, что ему должны другие, что ему причитается, следует от других.

Атрибутивные нормы и составляют нормы права. [6]

№ 3.

Ознакомьтесь с приведенными ниже суждениями и ответьте на следующие вопросы.

1. Есть ли связь между данными интерпретациями естественного права? Если да, то в чем, на Ваши взгляд, эта связь выражается?

2. В чем, по Вашему мнению, состоят различия представленных интерпретаций естественного права и чем эти различия могут быть обусловлены?

3. Содержится ли в какой-либо из предложенных интерпретаций естественного права внутреннее противоречие? При ответе на данный вопрос примите во внимание позицию П. И. Новгородцева, представленную во фрагменте № 3.

4. В отношении какой интерпретации естественного права можно признать справедливым следующее критическое замечание датского правоведа А. Росса: «Идея, общая для всех школ естественного права, – вера в то, что существуют универсально значимые принципы регулирования жизни человека в обществе, которые не созданы, а открыты человеком, истинные принципы, обязательные для каждого, включая и тех, кто неспособен или не желает признать их существование. [...] ...Данные законы являются открытиями, объективными данностями, некоей реальностью, иной, чем реальность чувственного опыта» (Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом / пер. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2011).

5. Попробуйте обобщить черты преемственности и различия между классическим и современным юснатурализмом.

[1.] Право естественное есть предписание здравого разума, коим то или иное действие, в зависимости от его соответствия или противоречия самой разумной природе, признается либо морально позорным, либо морально необходимым; а следовательно, такое действие или воспрещено, или же предписано самим Богом, Создателем природы. [...] Естественное право... столь незыблемо, что не может быть изменено даже самим Богом. [...] Действительно, подобно тому как Бог не может

сделать, чтобы дважды два не равнялось четырем, так точно он не может зло по внутреннему смыслу обратить в добро.

*Гуго Гроций. О праве войны и мира (1625)
(пер. с лат. А. Л. Саккетти, под общ. ред. С. Б. Крылова. М., 1994)*

[2.] Естественное право решительно должно быть признано как нравственная основа всякого человеческого авторитета и законодательства и как тот нравственный идеал, который должен определять собою развитие права. Таким образом, учение естественной школы заключает в себе крупный и ценный элемент истины. Однако та формулировка, которая была дана ею учению о естественном праве, страдает существенными недостатками и нуждается в существенных поправках. Основная ошибка естественной школы заключается в том, что она представляла естественное право как целый кодекс неизменных правил, который вытекает с логической необходимостью из природы разума. Естественное право представлялось ей как порядок неподвижный: она не умела считаться с разнообразием исторической действительности, и сознание великого закона всемирной эволюции было ей вовсе чуждо.

На самом деле нетрудно убедиться, что естественное право вовсе не есть кодекс неподвижных правил. [...]

...Естественное право... требует, чтобы отдельному лицу был предоставлен максимум внешней свободы, совместимый с благом общества как целого; ...этот максимум на каждой данной ступени культурного развития должен определяться различно соответственно разнообразным конкретным условиям каждой данной исторической среды: само собой разумеется, что он не может быть одинаковым для дикаря и для современного англичанина.

Ошибка старых теоретиков естественной школы заключалась именно в том, что они не сознавали этого условного, изменчивого характера конкретных требований естественного права. Под естественным правом они разумели совершенное и справедливое законодательство, проистекающее из вечных требований разума; при этом, рассуждая о наиболее совершенном и справедливом законодательстве, они вовсе не задавались вопросом, для какого народа, для какой вообще исторической среды оно представляется справедливым и совершенным. [...]

Естественное право вообще не заключает в себе никаких раз и навсегда данных, неизменных юридических норм: оно не есть кодекс вечных заповедей, а совокупность нравственных и вместе с тем правовых требований, различных для каждой нации и эпохи. Как синоним нравственно должного в праве, оно не выражается в виде каких-либо общих, для всех обязательных законодательных шаблонов. Для каждого народа и в каждую данную эпоху оно олицетворяет собою особую специ-

фическую задачу... С точки зрения естественного права может быть оправдан не всякий общественный авторитет, не всякая власть как таковая, а только тот авторитет и та власть, которые действительно служат общественному благу и в данное время, при данных исторических условиях являются наиболее пригодным орудием для осуществления правды в общественных отношениях.

Е. Н. Трубецкой. Энциклопедия права (1911)

[3.] Прошло двадцать пять лет с тех пор, как в Германии впервые заговорили о возрождении естественного права, – период времени, достаточный для того, чтобы определились результаты этого нового и интересного течения в философии права. Течение это проявилось также в России и во Франции. Некогда отвергнутая и поруганная проблема естественного права снова заняла почетное место в новейшей философской и юридической литературе и в настоящее время уже без иронии и удивления воспринимаются суждения об естественном праве в ученых сочинениях, докладах и спорах. Представляется интересным дать себе отчет в том, что же получили мы в результате этого движения и в какой мере в наши дни оказалось возможным возрождение старой доктрины? [...]

Штаммлеру принадлежит заслуга впервые поставить самую проблему о возрождении естественного права. В 1888 г., когда господствовали совершенно иные взгляды, с юношеской смелостью он выступил на защиту старых основ. В своей замечательной брошюре «*Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*» он показал, что есть в теории права вопросы, которых господствующая теория не ставит и которых, однако, нет возможности отрицать. Он тогда же связал эти вопросы с проблемой естественного права. За этим первым юношеским выступлением Штаммлера последовали более крупные его труды. С течением времени они увеличивались и в объеме и в притязательности автора, но вместе с тем они все более отводили его от той проблемы, которую он первоначально поставил. В 1896 г. он выпустил свой известный труд «*Recht und Wirtschaft*», и здесь естественному праву уделено было много внимания. Но самая главная идея этого труда – естественное право с изменяющимся содержанием – есть идея противоречивая и несостоятельная. Эта попытка эклектически сочетать старые философские воззрения с историческим созерцанием. Но как всякая попытка эклектического характера, она не могла удовлетворить ни одну из сторон, которые хотела примирить: для философов тут дается слишком мало, для историков – слишком много. Что идеальные представления о праве меняются с изменением исторических условий, это факт, не подлежащий сомнению, но не меняется тот идеальный критерий, который является масштабом для оценки

прогресса в праве. И если под естественным правом понимать именно этот идеальный и безусловный критерий, то следует сказать, что естественное право с изменяющимся содержанием есть *contradictio in adjecto*. Идеальный критерий с изменяющимся содержанием – это еще более противоречивое понятие, чем метр с изменяющейся длиной или килограмм с изменяющимся весом. Меры веса и длины бывают разные у разных народов; но не может быть различным тот идеальный принцип, который правду делает правдой и дает высшую санкцию праву.

П. И. Новгородцев. Современное положение проблемы естественного права (1913)

[4.] ...Законы математического и логического мышления и законы природы нисколько не подвержены эволюции. Они могут быть лишь в то или другое время открыты; те или другие обстоятельства могут способствовать их открытию и применению. В историческом развитии человечества могут наступать моменты и периоды, когда необходимость их нахождения и значение их навязывается всем и каждому, но сами по себе они не имеют ничего общего с историческим развитием. Они ничего не приобретают и не утрачивают от благоприятных или неблагоприятных условий в человеческой истории для возникновения или умаления их связи с человеческим сознанием.

Все вышесказанное, несомненно, имеет силу и по отношению к нравственным принципам. Этические предписания, хотя бы – не делай другому того, чего себе не желаешь, – не эволюционируют и не могут эволюционировать. Определенное нравственное предписание может быть только в известный момент открыто, так или иначе сформулировано и затем применяться в различных обществах. Но само значение его совершенно не зависит от того или другого применения. То, что какие-нибудь ашанти или зулусы, что дети или идиоты ничего не знают об этом принципе, так же мало касается его как нравственного предписания, как то, что о нем не знают животные, или то, что о нем никто еще не мог знать, когда наша солнечная система являлась хаотической массой атомов.

Таким образом, мы должны возвратиться к воззрению, раньше являвшемуся господствующим, что нравственные принципы как таковые представляют собой нечто постоянное и неизменное. Они не только не зависят от бесконечного разнообразия и взаимно исключаящей друг друга противоположности действительных нравственных воззрений у различных народов, но и от непрекращающихся споров представителей самых развитых народов о том, что же является основой нравственности.

Б. А. Кистяковский. Социальные науки и право (1916)

[5.] Давайте обратимся к тому, что обычно воспринимается как противоположность юридического позитивизма: теория естественного права. Мы ранее заметили, что сказать, кто является сторонником естественного права, не так-то просто. Однако достаточно легко собрать в одном месте все догмы, которые приписывались философии естественного права, а иногда и представляли в ней в упрощенном виде. Так, свободная от осторожности и какой-либо обязанности быть благоразумной, философия естественного права охватывает следующие убеждения: есть идеальная система права, продиктованная Богом, природой человека или природой в общем. Данная идеальная система одинакова для всех обществ и исторических периодов. Ее правила можно вывести по средством разума и рефлексии. Принятые законы, которые противоречат этому идеальному праву, ничтожны, и нет никакой моральной обязанности им следовать.

Эти заявления легко отвести. Законы общества, в котором еще нет письменности, с необходимостью будут отличаться от законов такой нации, где каждый взрослый гражданин умеет читать, а ресурсов для передачи печатного слова предостаточно. В странах со скудными запасами воды правовые системы не будут похожи на правовые системы тех стран, где часто идут сильные дожди; среди других моментов различия правовые системы первого вида будут сталкиваться с необходимостью разрешать регулярно возникающие кризисные ситуации, вызванные засухой; правовые системы второго вида не будут ограничены таким образом. Прочие соображения относительно климата, географии, технологии, культуры и предшествующей истории должны приниматься во внимание каждый раз, когда создается какая-либо правовая система. Даже если все эти факторы могут быть тщательно взвешены, требования естественного права все равно не будут способны представить нечто вроде геометрической фигуры. Если каждый гражданин оставит для себя право частного вето в отношении принятого закона, который, по его мнению, нарушает законы природы, то, действительно, говоря языком Бентама, «настанут жестокие времена».

Отказываясь, таким образом, от догм, которые часто связываются с теорией естественного права, давайте продвинемся в сторону противоположного конца шкалы утверждения и представим теорию, как она может предстать в наиболее скромной форме. Ее фундаментальным положением является утверждение роли человеческого разума в проектировании правовых институтов и оперировании ими. Она утверждает, что есть принципы здоровой социальной архитектуры, которые даны объективно, и что эти принципы, как и в случае с принципами физической архитектуры, не меняются с каждым изменением деталей проекта, в сторону которого они направлены. Те, кто участвует в предприятии права, должны получить чувство

институциональной роли и поразмыслить над тем, как данная роль может быть наиболее эффективно реализована без преодоления ее сущностных ограничений. Все это – вопросы восприятия и понимания, и они не должны просто отражать персональную предрасположенность или унаследованную традицию. [...]

В только что представленном рассуждении мы не сделали попыток описать или хотя бы предположить все превращения, которым были исторически подвержены философии юридического позитивизма и естественного права. [...] Со всей их гибкостью и пережитыми историческими превращениями, маловероятно, что конфронтация между этими двумя школами когда-либо полностью исчезнет. Они выражают фундаментальную полярность. Одна школа делает упор на то, что зафиксировано и дано в качестве права; она советует нам рассматривать право таким, как оно есть, вместо того чтобы интерпретировать его через призму наших представлений о той цели, к которой оно стремится или должно стремиться. Другая школа напоминает нам, что данная правовая система со временем неизбежно развивается и что направление этого развития частично зависит от наблюдателя, поскольку он является одним из задающих направление участников. Поскольку в отдельные узловые моменты человеческой истории состоятельной может показаться каждая из позиций, вполне вероятно, что обе они так же будут отстаиваться и в будущем.

*Л. Фуллер. Анатомия права (1968)
(пер. В. В. Архипова. Российский ежегодник теории права. № 2. 2009 /
под ред. А. В. Полякова. СПб., 2011)*

№ 4.

По мнению Л. И. Петражицкого, позитивистское определение понятия права является тавтологичным, заключает в себе логический круг, *definitio per idem* (определение через то же самое). Он полагал, что формулу «правовая норма есть норма, установленная государством» можно преобразовать в следующее определение: «норма права (x) есть норма, установленная в предписанной правом (x) форме со стороны установленных правом (x) органов правового (x) союза – государства».

Таким образом, для установления юридической действительности нормы, необходимо прежде того выяснить:

1) имеем ли мы дело с государством или с каким-либо иным явлением, например, лишенной государственной организации массой людей;

2) является ли соответствующее лицо, установившее данную норму, действительно органом государства или лишь незаконным самозванцем;

3) если данное лицо действительно должно быть признано органом государства, то входит ли в его компетенцию установление правовых норм или это превышало бы предоставленные ему нормами права полномочия;

4) совершено ли установление в надлежащей, т. е. предписанной правом, форме и т. д.

Следовательно, установление правового характера нормы уже предполагает существование сложной системы правовых норм.

1. Какой признак юридико-позитивистского понятия права подвергается критике в данном рассуждении?

2. Является ли, по Вашему мнению, определение понятия права как авторитетно установленных норм тавтологичным?

3. Если да, то в чем, на Ваш взгляд, заключается источник (причина) такой тавтологии? Справедлив ли данный аргумент применительно к классической остиновской (командной) теории права?

4. Какие способы преодоления «аргумента о тавтологии» были выработаны в позитивистской теории права XX в.? При ответе на данный вопрос, примите во внимание позиции Р. Алекси и Е. В. Булыгина, представленные соответственно во фрагментах № 1 и № 2.

5. Что представляет собой процедурная справедливость права и каким образом она влияет на действительность и действенность права?

6. В чем, по Вашему мнению, состоит отличие классического и современного юридического позитивизма?

[1.] Понятие правовой действительности, которое не включает в себя элементы социальной действительности и правильности по содержанию, было определено как понятие правовой действительности в узком смысле. При этом было отмечено, что указанное понятие содержит в себе две проблемы. Наряду с внешней проблемой, которая заключается в установлении соотношения правовой действительности и социальной и моральной действительности, существует также внутренняя проблема. Внутренняя проблема связана с тавтологическим характером определения правовой действительности. По этому определению норма юридически действительна, если она установлена компетентным органом в предусмотренном порядке и не противоречит высшему по рангу праву, иными словами, если она установлена надлежащим образом. Однако понятия «компетентный орган», «установление нормы в предусмотренном порядке» и «высшее по рангу право» уже обусловлены правовой действительностью. Эти понятия могут только подразумевать «компетентный в силу юридически действительных норм орган», «урегулированный правом

порядок установления норм», «юридически действительное вышестоящее право». В противном случае речь не шла бы о понятии правовой действительности в узком смысле.

Главным инструментом разрешения противоречия, которое содержится в понятии правовой действительности в узком смысле, выступает основная норма. Оставляя в стороне многочисленные возможности классификации, попытаемся обозначить три вида основной нормы: аналитическую, нормативную и эмпирическую. Важнейший вариант аналитической основной нормы разработал Ганс Кельзен, вариант нормативной основной нормы представил Иммануил Кант, наконец, вариант эмпирической нормы предложил Герберт Харт.

*Р. Алекси. Понятие и действительность права
(ответ юридическому позитивизму) (1992)
(пер. А. Лантева, Ф. Кальшойера. М., 2011)*

[2.] Нормативная система S_t , относящаяся к моменту t , состоит из всех норм, изданных компетентными органами и не отмененных до момента t или в момент t .

Для того чтобы принадлежать к какой-либо системе любая юридическая норма должна быть издана компетентным органом: но в чем состоит компетенция? Компетенция зависит от правовых норм: некое лицо, или группа лиц, компетентны для издания некоей нормы, если какая-нибудь норма этой системы уполномочивает (его или их) издавать нормы определенного содержания. Но эти нормы компетенции тоже должны быть действительными, т. е. принадлежать к этой системе [т. е. быть изданы в соответствии с нормами о компетенции]. Определение принадлежности нормы к нормативной системе посредством понятия компетенции и определение компетенции через принадлежность устанавливающей ее нормы к нормативной системе может легко привести к кругу. Это было бы так, если бы издание компетентным органом было бы единственным критерием принадлежности к системе. Из этого следует, что должны иметься нормы, которые принадлежат к системе, не будучи изданными компетентным органом. Эти нормы мы назовем основными нормами. Во всяком правопорядке должны быть такие основные нормы. Среди основных норм должны иметься нормы компетенции, которые уполномочивают определенные органы для создания новых норм. Кельзен называет это множество норм конституцией в материальном смысле.

*Е. В. Булыгин. Динамика права (2011)
(Материалы Международного симпозиума «Нормы и нормативные системы
в философии, праве и информатике», СПб., 2011)*

№ 5.

На основе анализа приведенных ниже отрывков из работ Г. Кельзена и Г. Харта ответьте на вопрос о том, что общего и в чем различие основной нормы Г. Кельзена и правила признания Г. Харта? Чем их позиция принципиально отличается от позиции Дж. Остина?

[1.] Право может иметь любое содержание – нет такого человеческого поведения, которое в силу своего характера не могло бы стать содержанием правовой нормы. Действительность правовой нормы не ставится под вопрос в зависимости от того, соответствует ли содержание этой нормы некоей предпосланной материальной ценности (например, морали). В качестве правовой норма действует только потому, что она была создана определенным путем, что она была принята согласно совершенно определенному правилу, что она была введена в соответствии со специфическим методом. Право действует только как позитивное право, т. е. как установленное право. Позитивность права как раз и состоит в необходимости его установленности и в вытекающей отсюда независимости действительности права от морали и подобных ей нормативных систем. Именно в этом заключается существенное различие между позитивным правом и так называемым естественным правом. Нормы последнего, как и нормы морали, могут быть выведены из некоей основной нормы, которая представляется самоочевидной в силу своего содержания – как выражение божественной воли, природы или чистого разума. Напротив, основная норма позитивного правового порядка есть не что иное, как основное правило, согласно которому создаются нормы правового порядка – это введение некоего основного факта для процесса создания права. Такая норма есть исходный пункт данного процесса, она имеет исключительно формально-динамический характер. Отдельные нормы правовой системы не могут быть логически дедуцированы из данной основной нормы. Эти нормы должны быть созданы через особый установительный акт – такой акт является актом воли, а не мысли. Введение правовых норм осуществляется различными способами: путем обычая или через законодательный процесс (если речь идет об общих нормах), через судоговорение или через юридическую сделку (если говорить об индивидуальных нормах). Создание обычного права имеет совершенно иную форму, противоположную форме правоустановления; поэтому создание обычного права есть специальный случай правотворчества.

Возводить различные нормы некоей правовой системы к основной норме можно через демонстрацию того, что создание отдельных норм осуществлено согласно основной норме. Если задаться вопросом о том, почему определенный акт принуждения (например, факт того, что один человек лишает свободы другого че-

ловека путем заключения его в тюрьму) принадлежит определенному правовому порядку, то ответом будет следующее: потому что данный акт был предписан через определенную индивидуальную норму, т. е. через судебный приговор. Если спросить далее: почему действует данная индивидуальная норма, то получим ответ: поскольку она была создана согласно уголовному кодексу. Если же задаться вопросом об основании действительности уголовного кодекса, то мы придем к конституции государства, согласно положениям которой уголовный кодекс был принят компетентным органом в рамках предписанной конституцией процедуры.

Если далее спросить об основании действительности конституции, на которой основываются законы и производные от законов правовые акты, то мы, вероятно, придем к прежней конституции и т. д., вплоть до исторически первой конституции, которая была введена неким единоличным узурпатором или некоей так или иначе созданной коллегией. То, что исторически первый конституционный орган выразил в качестве своей воли, наделил действительностью как норму, и есть та основная предпосылка, из которой исходит познание правового порядка, основанного на данной конституции. Принуждение должно осуществляться под теми условиями и тем способом, которые были установлены первым создателем конституции, или теми инстанциями, которым он делегировал правоустановление. Это – схематичная формулировка основной нормы правового порядка (в смысле правового порядка некоего отдельного государства – о котором, собственно, мы почти исключительно и ведем здесь речь).

Чистое учение о праве оперирует с данной основной нормой как с неким гипотетическим основанием. При условии действительности такой основной нормы действует и основанный на ней правовой порядок. Данная норма наделяет смыслом долженствования акт первого законодателя и все остальные акты правового порядка, которые основываются на этом акте. За счет этого смысла в юридическом правиле (а юридическое правило есть типичная форма представления любого позитивно-правового материала) связываются между собой правовое условие и правовое последствие. В основной норме укоренено последнее основание нормативного значения, которым обладают все факты, конституирующие данный правовой порядок. Подлежащий юридическому истолкованию эмпирический материал может быть истолкован в качестве права (т. е. как система правовых норм) только при наличии основной нормы. Со фактурой этого материала (т. е. актов, которые должны быть истолкованы как правовые акты) связывается особое содержание основной нормы, которая конституирует тот или иной правовой порядок. Такая норма есть лишь выражение необходимой предпосылки для позитивного познания правового материала. Поскольку основная норма не создана в рамках правового порядка, поскольку

она не установлена, она не действует как позитивно-правовая норма, а предпосылается как условие любого нормотворчества, как условие любого позитивного правового процесса. Формулируя основную норму, чистое учение о праве не вводит научный метод, который был бы новым для юриспруденции. Это учение лишь хочет довести до сознания то, что все юристы делают зачастую бессознательно, когда при изучении своего предмета отказываются от естественного права, из которого могла бы быть выведена действительность позитивного правового порядка. Речь идет о тех юристах, которые понимают позитивное право не как простой факт соотношения мотивов, а как действительный порядок, как норму. С помощью учения об основной норме чистое учение о праве через анализ фактических процессов лишь пытается раскрыть то трансцендентально-логическое условие, с которым связан привычный метод позитивного познания права.

Значение основной нормы наиболее ясно обнаруживается тогда, когда правовой порядок не изменяется легальными средствами, а меняется на другой правовой порядок революционным путем. Сущность права и конституируемого правом общества раскрывается со всей очевидностью тогда, когда существование права ставится под вопрос. В некоем до этого времени монархическом государстве группа людей пытается встать на место легитимного правительства путем силового захвата власти и заменить прежнее монархическое правительство на республиканское. Если им это удастся, если старый порядок прекращает свое существование, а новый начинает эффективно действовать, за счет чего фактическое поведение людей (от которых правовой порядок ждет признания своей действительности) в общем и целом соответствует уже не старому, а новому порядку, то люди обращаются к этому последнему порядку как к единственному. Иными словами, люди истолковывают осуществленные в соответствии с данным порядком акты как правовые, а нарушающие данный порядок факты – как правонарушения. Предпосылается новая основная норма – не та, которая обозначает монарха в качестве нормотворческой власти, а та, которая в качестве таковой обозначает революционное правительство. Если бы попытка переворота не удалась, возникший в результате такой попытки порядок остался бы неэффективным, фактическое поведение нормаадресатов не соответствовало бы данному порядку, то осуществленные революционерами акты должны были бы истолковываться не как создание конституции, а как преступление, как государственная измена; не как правоустановление, а как правонарушение. Такое истолкование возможно на основе старого порядка, действительность которого предпосылает ту основную норму, согласно которой монарх наделен нормотворческой властью.

Если задаться вопросом о том, с чем же связано содержание основной нормы, конституирующей тот или иной правовой порядок, то анализ конечных предпосылок юридических суждений приводит к следующему ответу: такое содержание связано с тем фактом, через который был создан порядок. Имеется в виду тот порядок, которому в той или иной степени соответствует фактическое поведение подчиненных ему людей. Речь идет об известной степени соответствия, поскольку полное и безукоризненное соответствие не требуется. Скорее, требуется даже возможность расхождения между нормативным порядком и подчиненной данному порядку сферой фактических явлений. Ведь без такой возможности нормативный порядок был бы вообще лишен смысла. Нет нужды приказывать, если можно ожидать, что это случится в порядке природной закономерности. Если бы получилось основать такой социальный порядок, которому бы постоянно и при всех условиях соответствовало бы фактическое поведение людей, то основная норма должна была бы гласить (тем самым легитимируя любой возможный смысл): «Должно случиться то, что должно случиться» или «Ты должен то, что ты хочешь». Такого вида порядок был бы столь же бессмысленным, как порядок, которому вообще никак не соответствуют те явления, на которые он направлен, который этим явлениям полностью противоречит. Поэтому нормативный порядок, прекращающий в известной степени соответствовать реальности, утрачивает свою действительность. Действительность правового порядка, который регулирует поведение определенных людей, всегда связана с фактом соответствия реального поведения данных людей этому правовому порядку. Как принято говорить, действительность этого порядка стоит в известном отношении зависимости от его действительности. Такое отношение (если использовать образ, можно его обозначить как напряжение между должным и сущим) не может быть обозначено иначе, как через указание некоего верхнего и нижнего порога. Возможность соответствия не должна превышать определенного максимума и не должна опускаться ниже определенного минимума.

*Г. Кельзен. Чистое учение о праве:
Введение в проблематику науки о праве (1934)
(пер. М. В. Антонова)*

[2.] *Правило признания и «базовая норма» Кельзена.* Одним из центральных тезисов этой книги является утверждение, что основанием правовой системы является не всеобщая привычка повиновения суверену, власть которого правом не ограничена, но некое высшее правило признания, дающее критерии выявления действующих правил системы. Этот тезис отчасти напоминает понятие базовой нормы Кельзена... Однако терминология, принятая в этой книге, отличается от той, которой опе-

рирует Кельзен, так как изложенная здесь теория отличается от теории Кельзена в следующих важных отношениях.

1. Вопрос о том, существует ли правило признания и каково его содержание, т. е. каковы критерии юридической действительности данной конкретной правовой системы, в этой книге рассматривается как эмпирический, хотя и сложный вопрос факта. Это положение остается верным несмотря на то, что юрист, действующий в рамках системы, когда утверждает, что некоторое конкретное правило действительно, обычно не *указывает эксплицитно*, но *молчаливо предполагает* тот факт, что правило признания (обращаясь к которому он проверил действенность отдельного правила) существует в качестве признанного правила в рамках данной системы. В случае сомнений то, что предполагается, но остается невысказанным, может быть установлено обращением к фактам, т. е. реальной практике судов и официальных лиц, действующих в рамках данной системы и идентифицирующих законы, которые следует применить в том или ином случае. В терминологии Кельзена базовая норма является «юридической гипотезой», «гипотетичной», «постулируемым предельным правилом», «правилом, существующим в сознании юристов», «допущением», что затемняет, если не противоречит положению этой книги, согласно которому вопрос о критерии действительности в любой правовой системе является вопросом факта. Он является фактическим вопросом несмотря на то, что касается существования и содержания правила.

2. Кельзен говорит о «предположении юридической действительности» базовой нормы. По причинам, обсуждаемым в тексте, ни один вопрос о действительности или недействительности универсально принимаемого правила признания не может быть поставлен в отрыве от вопроса о фактическом существовании такого правила.

3. Базовая норма Кельзена в некотором смысле всегда имеет одно и то же содержание, ибо во всех правовых системах она просто сводится к правилу, согласно которому следует повиноваться конституции или «тем, кто создал первую конституцию». Это видимое единообразие и простота может вводить в заблуждение. Если конституция, специфицирующая различные источники права, является живой реальностью в том смысле, что суды и официальные лица этой системы действительно идентифицируют закон в согласии с теми критериями, которые она предоставляет, то конституция является признанной и существующей на самом деле. Но в таком случае предположение существования какого-либо иного правила, гарантирующего, что конституции (или тем, кто ее создал) должно подчиняться, было бы излишним удвоением правила. Это особенно ясно проявляется в правовых системах стран, подобных Великобритании, где нет писаной конституции: здесь, как пред-

ставляется, нет места правилу, «чтобы конституции подчинялись» в дополнение к правилу, согласно которому законы идентифицируются на основании определенных критериев действительности (например, если они являются постановлениями Королевы в Парламенте). Это правило признано само по себе, и вводило бы в заблуждение говорить о правиле, чтобы первому правилу подчинялись.

4. Согласно Кельзену невозможно по логическим основаниям считать определенное правило закона действительным и в то же время признавать в качестве морально обязывающего другое моральное правило, запрещающее поведение, предписываемое правилом закона. Ничего подобного не следует из описания юридической действительности, данного в этой книге. Одной из причин использования термина «правило признания» вместо «базовой нормы» было стремление избежать какой-либо приверженности представлениям Кельзена о конфликте между правом и моралью.

*Г. Харт. Понятие права (1961)
(пер. с англ. под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Мусеева. СПб., 2007)*

№ 6.

Как известно, классический юридический позитивизм сталкивается с проблемой теоретического обоснования правового характера международного права. Так, Г. Ф. Шершеневич вынужден был отрицать существование государственного, канонического и международного права (см. фрагмент № 1).

Какое решение проблемы обоснования правового характера международного права было предложено Г. Кельзену? (см. фрагмент № 2)

[1.] С точки зрения принудительности, как характерного признака норм права, могут и должны быть сделаны следующие логические выводы.

1. Если нормы права выражают собой требования, обращенные государственной властью к подчиненным ей, то правила, определяющие устройство и деятельность самой государственной власти, не могут иметь правового характера. Этим выводом из области права выносятся так называемые основные законы. Государственная власть не подчинена праву, потому что требование, обращенное к самому себе под угрозой, не имеет никакого значения. В действительности государственная власть находится всецело под санкцией общественного мнения, и этим правила ее деятельности переносятся в сферу морали.

2. Если требование известного поведения, указанного в правилах, исходит от государства, то правила, поддерживаемые авторитетом церкви, не могут носить правового характера. Этим выводом из области права исключается каноническое право. Насколько каноны определяют отношение человека к Богу, они поддержи-

ваются не правовой, а религиозной санкцией, иногда гораздо более могущественной, чем первая. Насколько каноны определяют отношение человека к другим членам той же церкви, они поддерживаются угрозой, исходящей от органов церковной власти и имеют силу нравственного авторитета для верующих. Правовой характер каноны приобретают лишь в той степени, насколько государство требует от подвластных ей (а не от всех верующих) соблюдения тех правил поведения, какие установлены церковью, напр., по вопросу о браке. Когда государственная власть затрудняется установить желательные ей нормы права, как несогласные с каноническим правом, то затруднение это не правового, а нравственно-религиозного характера. Не потому государство удерживается от реформаторской деятельности, что ему препятствует каноническое право, так как над государством нет права, а потому что опасается стать в противоречие с религиозными представлениями, напр., по вопросу о гражданской форме брака, о сжигании трупов.

3. Если нормы права составляют требования, обращенные государственной властью к подчиненным ей лицам, то правовой характер несвойственен тем правилам, которыми определяются взаимные отношения государств. Этим выводом устраняется из области права так называемое международное право. Отсюда не следует делать заключения, будто не существует никаких правил международного общения, или что существующие ничем не обеспечиваются. Правила международного общения выражают требования международного общества и поддерживаются силой международного общественного мнения. Но это давление не имеет свойств организованного принуждения, и нельзя определить заранее, какова окажется репрессия против нарушителя и от кого будет исходить. Признавая правила международного общения нормами права, мы ожидаем от них таких последствий, каких они по существу своему неспособны дать, и не поддерживаем их теми средствами, какие одни в состоянии обеспечить их соблюдение.

Г. Ф. Шершеневич. Общая теория права (1910)

[2.] Если признать, что существует не только правовой порядок отдельного государства, но множество других правовых порядков, скоординированных и разграниченных по сферам действия; если далее признать (что ниже еще предстоит доказать), что координацию и разграничение сфер действия государственных правовых порядков осуществляет именно международное право, то это последнее следует понимать как правовой порядок, стоящий над государственными правовыми порядками и соединяющий их в единое универсальное правовое сообщество. Тем самым гарантируется объяснение единства права как системы расположенных в ступенчатом порядке правовых уровней. [...]

Международное право обладает тем же самым характером, что и право отдельного государства. Оно также является принудительным порядком. [...] Но международное право все же является примитивным правовым порядком. Оно стоит лишь в начале пути, уже пройденного правовыми порядками отдельных государств. [...] Здесь еще нет сформированных согласно принципу функционального разделения труда органов, которые бы создавали и применяли правовые нормы. Создание общих норм происходит путем обычая или через договор, т. е. через самих членов правового сообщества, а не через некий особый законодательный орган. [...]

Международное право обязывает и управомочивает государства. Но это не означает, как это общепринято считать, что международное право не обязывает и не управомочивает отдельных людей. Поскольку право по сути своей есть регулирование человеческого поведения, то правовая обязанность и правомочие не может иметь иного содержания, кроме человеческого поведения (и другие сопутствующие факты в связи с человеческим поведением). И речь в данном отношении может идти только о поведении отдельного человека. То, что международное право обязывает и управомочивает государства, означает, что оно обязывает отдельного человека не непосредственно, но опосредовано, через государственный правовой порядок (персонифицированным выражением которого является «государство») – в отличие от прямого обязывания международным правом самого государственного порядка. [...] ...Нормы международного права, через которые государство как таковое обязывается или управомочивается, являются неполноценными, требующими дополнения. Они определяют только материальный, но не личностный элемент человеческого поведения, имея таковое в качестве своего необходимого содержания. Эти нормы определяют только то, что должно быть сделано или от чего должно воздержаться, но не определяют, кто должен, какой человеческий индивид обязан осуществить предписанное действие или воздержание от действия. [...]

Пропорционально степени, в которой международное право вторгается в те вопросы, которые до этого нормировались только правовым порядком отдельного государства, должна усилиться тенденция международного права к прямому обязыванию и управомочиванию индивидов. В той степени, в которой развивается данная тенденция, индивидуальная ответственность за виновное поведение должна прийти на смену коллективной и объективной ответственности. Одновременно должно продолжиться заметное сегодня только в рамках партикулярных международно-правовых сообществ образование центральных органов для создания и реализации правовых норм. Точно так же, как в процессе развития государственного правового порядка, здесь централизация сначала распространяется на судопроцесс и ведет к образованию международной юстиции.

Все описанное здесь развитие юридической техники, в конечном итоге, обнаруживает тенденцию к стиранию пограничной линии между международным правом и государственным правовым порядком. В этой перспективе в качестве конечной цели реального правового развития, направленного на все усиливающуюся централизацию, предстает организационное единство универсального мирового правового сообщества, т. е. образование некоего мирового государства. Пока о таком государстве еще не может идти речь. Нам дано только умопостигаемое единство всего права. Иными словами, международное право в совокупности с отдельными государственными порядками возможно понимать в качестве единой системы норм – точно также правовой порядок отдельного государства принято рассматривать в качестве единства.

Этому тезису противостоит традиционное понимание международного права и права отдельного государства как двух различных, независимых друг от друга, изолированных по отношению друг к другу нормативных систем, зиждущихся на двух различных основных нормах. Эта дуалистическая конструкция (с учетом множества государственных правовых порядков ее лучше даже называть «плюралистической») оказывается логически совершенно несостоятельной... [...]

Когда юрист рассматривает и международное право, и внутригосударственное право как единый комплекс действующих, т. е. обязывающих норм (но не как конгломерат природных фактов), он не может делать это иначе, как через видение этих комплексов норм в качестве некоей непротиворечивой системы. В принципе, такое видение возможно в двух перспективах. Либо два по видимости различных комплекса норм образуют единую систему за счет того, что один порядок представляется подчиненным другому. В этом случае один порядок, т. е. одна норма заимствует основание своей действительности в другом порядке, в другой норме и тем самым обнаруживает общее условие своего создания в соответствующей основной норме. Либо два порядка предстают как равные друг другу по рангу, т. е. как взаимно отграниченные друг от друга по пределам своего действия. В таком случае предполагается еще и третий, высший порядок, который определяет порядок создания двух нижестоящих, отграничивая друг от друга пределы их действия и тем самым координируя их сверху. Определение пределов действия, как следует из вышеизложенного, есть определение некоего содержательного элемента нижестоящей нормы через вышестоящую норму. Определение порядка создания может быть как прямым, так и косвенным – в зависимости от того, определяет ли некая вышестоящая норма процесс создания нижестоящих норм, либо же ограничивается тем, что устанавливает некую инстанцию, правомочную по своему усмотрению создавать нормы, действующие на определенном пространстве. В таком случае говорят о де-

легировании полномочий, а единство выше- и нижестоящего порядков обнаруживает характер связи делегированных полномочий. Уже из этого следует, что отношение вышестоящего порядка к множеству нижестоящих, делегированных порядков должно быть отношением тотального порядка по отношению к включенным в него частичным порядкам. Поскольку относительная основная норма нижестоящего порядка образует часть вышестоящего порядка, то можно полагать, что такой нижестоящий порядок включен в вышестоящий, тотальный порядок. А основная норма вышестоящего порядка – как высшая ступень всего порядка в целом – предстает в качестве высшей основы действительности всех норм, включая и нормы нижестоящих порядков.

Если международное и внутригосударственное право образуют единую систему, то их взаимоотношение должно быть представлено в одной из предложенных выше форм. [...]

Против монистической конструкции, являющейся для чистого учения о праве лишь гносеологическим следствием, выдвигается следующее возражение: взаимная независимость международного и внутригосударственного права обусловлена возможностью непреодолимого противоречия между содержанием этих двух порядков. [...]

Догма государственного суверенитета с вытекающим из нее приматом правового порядка отдельного государства полностью соответствует субъективистскому мировоззрению, которое в конечном итоге впадает в солипсизм и утверждает, что «Я» находится в центре мира, желая понять мир как волю и представление этого «Я». Этому государственному субъективизму идея примата международного правового порядка противостоит как особое объективистское мировоззрение и правопонимание. [...]

Примат правового порядка отдельного государства означает не только отрицание суверенитета всех других государств (и тем самым, с точки зрения догмы суверенитета, отрицание их юридического существования в качестве государств), но и отрицание международного права.

Если исходить из представления о поглощении международного права правовым порядком отдельного государства, то международное право полностью утрачивает свою сущность. [...] Нормы, регулирующие внешнеполитическое поведение некоего государства, становятся внутренним правом этого государства. Основанием действительности этих норм будет конституция государства, воспринимающего международное право. Но тогда эти нормы могут утратить свою действительность в установленном конституцией порядке, в крайнем случае, через конституционные поправки. [...]

Сама необходимая для дуалистической концепции фикция о том, что действительность международного права по отношению к отдельному государству опирается на признание со стороны этого государства, позволяет снять основное возражение, обращенное против монистической конструкции отношений между международным и государственным правом. Это возражение заключается в предположении о непримиримом противоречии между данными двумя правовыми порядками. Такое противоречие невозможно, если одна и та же «воля» осуществляет признание в международном праве и проявляет себя в государственном праве; при этом нужно учитывать, что так называемая «воля» государства есть лишь антропоморфное выражение долженствования нормы. [...]

Смысл, в котором международное право обязывает государство к некоему действию, в особенности к изданию нормы определенного содержания, заключается исключительно в следующем: противное действие государства или установление государственной нормы противного содержания является условием, с которым международное право связывает особую санкцию – юридическое последствие в виде репрессалии или войны. [...]

Таким образом... нет никаких препятствий к допущению единства международного и государственного права. [...]

Государство, понятие которого мы здесь определяем через международно-правовой порядок, является непосредственным, частичным, относительно централизованным правовым порядком, для которого пределы юридической действительности установлены международным правом в пространственном и временном аспектах, а претензия на всеобщность регулирования ограничена только через вводимые международным правом условия.

Если использовать обычный персонифицирующий способ описания отдельного государства, то данный частичный правовой порядок может быть обозначен как орган международно-правового сообщества. [...]

Важнейшее достижение чистого учения о праве – теоретическое разрушение догмы суверенитета, которая является основным инструментом идеологии империализма, направленным против международного права. Хотя бы этот результат был достигнут совсем не с каким-то политическим намерением, он тем не менее может оказать политическое воздействие. Ведь тем самым устраняется препятствие, которое неизменно стояло на пути технического развития международного права и дальнейшей централизации международно-правового порядка. Чистое учение о праве противопоставляет себя той аргументации, которая объявляет такое развитие несовместимым с природой международного права или с сущностью государства, т. е. со всем, что может быть выражено с помощью понятия суверенитета. В конечном

итоге, чистое учение о праве разоблачает попытку придать видимость неопровержимого по своей природе логического доказательства тому исключительно политическому аргументу, против которого можно возражать такими же политическими аргументами. По меньшей мере, за счет этого наше учение высвобождает политико-правовое развитие от связывающих его ложных представлений, не оправдывая и не постулируя тот или иной вариант развития. В качестве теории чистое учение о праве всегда остается безразличным к правовой политике.

Констатация подобного действия чистого учения о праве не наносит никакого ущерба его чистоте. [...] ...Чистое учение о праве создает существенную предпосылку для организационного единства централизованного мирового правового порядка за счет того, что это учение релятивизирует понятие государства и обеспечивает эпистемологическое единство всего права.

*Г. Кельзен. Чистое учение о праве:
Введение в проблематику науки о праве (1934)
(пер. М. В. Антонова)*

№ 7.

Ознакомьтесь со следующими высказываниями представителей естественно-правового подхода и ответьте на вопрос о том, возможна ли концепция естественного права без идеи справедливости? Какими, по Вашему мнению, могут быть основания обязательности естественного права в отличие от права позитивного?

[1.] Если справедливость не проистекает из природы, то ее вообще не существует, а та, которая устанавливается в расчете на выгоду, уничтожается из соображений выгоды для других.

*Цицерон. О Законах
(перев. с лат. В. О. Горенштейна. М., 1994)*

[2.] Право – это воля, стремящаяся к справедливости. А справедливость заключается в том, чтобы судить без оглядки на авторитет и ко всем подходить с одинаковой меркой. [...] Если законы сознательно попирают волю справедливости, например предоставляя тому или иному лицу права человека или отказывая в них исключительно по произволу, то в этих случаях подобные законы недействительны, народ не обязан подчиняться им, а юристы должны найти в себе мужество не признавать их правовой характер.

*Густав Радбрух. Пять минут философии права (1945)
(пер. с нем. Ю. М. Юмашева. М., 2004)*

[3.] Справедливость – это первая добродетель общественных институтов, точно так же как истина – первая добродетель систем мысли. Теория, как бы она ни была элегантна и экономна, должна быть отвергнута или подвергнута ревизии, если она не истинна. Подобным же образом законы и институты, как бы они ни были эффективны и успешно устроены, должны быть реформированы или ликвидированы, если они несправедливы. Каждая личность обладает основанной на справедливости неприкосновенностью, которая не может быть нарушена даже процветающим обществом. По этой причине справедливость не допускает, чтобы потеря свободы одними была оправдана большими благами других. Непозволительно, чтобы лишения, вынужденно испытываемые меньшинством, перевешивались большей силой преимуществ, которыми наслаждается большинство. Следовательно, в справедливом обществе должны быть установлены свободы граждан, а права, гарантируемые справедливостью, не должны быть предметом политического торга или же калькуляции политических интересов. [...] ...Несправедливость терпима только тогда, когда необходимо избежать еще большей несправедливости. Будучи первыми добродетелями человеческой деятельности, истина и справедливость бескомпромиссны.

*Джон Ролз. Теория справедливости (1971)
(пер. В. В. Целищева. М., 2010)*

[4.] Человек обладает моральным правом по отношению к государству, если по какой-то причине со стороны государства было бы несправедливо обращаться с ним определенным образом, пусть даже такое обращение было бы в общих интересах. Поэтому, например, черный ребенок имеет моральное право на равное школьное обучение, со стороны государства будет несправедливо не обеспечить ему такое обучение, пусть даже общество в целом от этого пострадает. Я хотел бы сказать несколько слов о достоинствах такого взгляда на моральные права по отношению к государству. [...] ...Требование права представляет собой особую (в смысле – ограниченную) оценку того, что со стороны государства справедливо или несправедливо делать. [...]

Когда юридическая сила того или иного уголовного закона вызывает сомнения, почти всегда данный закон представляется кому-то несправедливым, поскольку нарушает некоторые принципы свободы или справедливости, которые, по мнению этих людей, заложены в Конституции. Если бы в тех случаях, когда закон вызывает сомнения по указанным причинам, у нас было принято поступать так, как если бы данный закон имел юридическую силу, то мы утратили бы главное средство, с помощью которого можно оспаривать закон на моральных основаниях, и со

временем право, которому мы подчиняемся, неизбежно становилось бы все менее справедливым, а у наших граждан оставалось бы все меньше свободы.

*Рональд Дворкин. О правах всерьез (1977)
(пер. с англ. М. Д. Лахути, Л. Б. Макеевой. М., 2004)*

Тема 3. ПОНЯТИЕ ПРАВА

Освоение данной темы необходимо предполагает – в том числе на основе изучения предшествующих тем – выработку *собственной позиции* по следующим вопросам:

- 1) признаки понятия права;
- 2) соотношение права и справедливости, права и морали;
- 3) проблема принуждения в праве;

Кроме того, в процессе изучения необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) понятие и структура субъективного права и его отличие от неправомерного притязания;
- 2) понятие и структура правовой обязанности и ее отличие от иных видов обязанностей;
- 3) соотношение нормы права и субъективных прав и правовых обязанностей;
- 4) виды права (государственно-организованное и социальное право).

Также следует знать содержание либертарной и коммуникативной концепций права, понимать смысл проекта интегрального правопонимания.

№ 1.

В 1906 г. в немецком городе Кёпеник произошло ограбление. Аферист Ф. Фойгт в военной форме капитана встретил на улице два отделения солдат-гвардейцев и приказал им маршировать к городской ратуше. Там капитан приказал солдатам совместно с жандармами оцепить ратушу, а сам зашел в кабинет бургомистра и потребовал финансовую документацию, ссылаясь на то, что прибыл из Берлина провести расследование о возможном злоупотреблении. Получив документацию, он тщательно изучил ее, после чего заявил, что злоупотребление выявлено, и он немедленно отправляется в Берлин с документами и городской казной, а бургомистра и казначея приказал отправить на гауптвахту до получения инструкций. С казной и документами капитан отправился на вокзал и скрылся.

Используя данный пример, поясните, в чем, по Вашему мнению, состоят отличия:

- а) правовой нормы от приказа грабителя,*
- б) субъективного права от неправомерного притязания;*
- в) правового принуждения от насилия.*

№ 2.

Рассматривая проблему обязывающей силы норм, Л. И. Петражицкий указывает на бесконечный регресс санкций при предположении, что каждая правовая норма должна быть ею обеспечена, и тем самым на логическую невозможность обоснования обязательности права через принуждение.

Аргумент о бесконечном регрессе санкций заключается в следующем.

«С точки зрения теории принуждения нормой права (x) является лишь такая норма, на случай отсутствия добровольного исполнения которой другая норма права (x_1) предусматривает применение принудительных мер, например, предписывает известным лицам (судебному приставу, полицейским служителям...) применить принудительное исполнение. Но эта норма (x_1), в свою очередь, лишь в том случае может быть по теории принуждения правовой нормой, если существует дальнейшая норма (x_2), которая на случай отсутствия добровольного исполнения этой нормы (x_1) предусматривает, в свою очередь, принудительные меры (например, на случай нежелания судебного пристава, чинов полиции и т. п. добровольно исполнить свою обязанность, предписывает известным лицам принять принудительные меры против этих слушников). Норма x_2 точно так же должна иметь дальнейшую санкцию соответственного содержания – x_3 , за нормой x_3 должна следовать санкция x_4 и т. д. – до бесконечности.

Отсюда далее (в виде *reductio ad absurdum*) получаются, например, следующие выводы. Если предположить, что у какого-либо народа существует хоть одна норма, подходящая под определение теории принуждения, то отсюда следует, что у этого народа есть бесконечное число норм права; в частности, с исторической точки зрения первое возникновение нормы права не было возникновением одной какой-либо нормы, а сразу бесконечного их числа; вообще постепенного увеличения количества норм права, как и их уменьшения, быть не может, ибо количества больше бесконечно большого нет, а меньше этого количества норм права быть не может, если есть норма права вообще и т. д.

Само собою разумеется, что проверить и доказать, что какая-либо норма соответствует такому определению и поэтому должна быть признана нормой права, невозможно, ибо это требовало бы бесконечного доказательства, а всякий конец доказательства и проверки за отсутствием дальнейшей санкции был бы вместе с тем доказательством, что все предыдущие нормы не суть нормы права (например, если бы дошли до нормы x_{20} , но такой нормы (x_{21}), которая на случай нарушения нормы x_{20} предусматривала бы принудительные меры, не оказалось, то оказалось бы, что норма x_{20} как «непринудительная» норма права есть неправовая норма, поэтому и

норма x_{19} , как лишенная правовой санкции – санкции в виде *нормы права*, предписывающей принуждение, – оказалась бы неправовой нормой и т. д.).

Другими словами, если бы попробовать применить на деле критерий теории принуждения, то весьма легко было бы относительно любой нормы убедиться, что она с точки зрения теории принуждения не есть норма права».

Л. И. Петражицкий. Очерки философии права (1900)

1. Какой признак юридино-позитивистского понятия права подвергается критике в данном рассуждении?

2. Является ли, по Вашему мнению, определение понятия права как принудительных норм действительно ведущим к бесконечному регрессу санкций?

3. Если да, то в чем, на Ваш взгляд, заключается источник (причина) такой регресса? Справедлив ли данный аргумент применительно к классической остиновской (командной) теории права?

4. Какие способы преодоления аргумента о бесконечном регрессе санкций были выработаны в позитивистской теории права XX в.?

5. Определите собственную позицию относительно проблемы принуждения в праве.

№ 3.

Ознакомьтесь с фрагментом из статьи П. А. Сорокина «Организованная группа (институт) и правовые нормы» (1947) и ответьте на следующие вопросы.

1. Какая теоретико-правовая позиция допускает существование неофициального права?

2. В чем состоят основные различия между официальным и неофициальным правом?

3. Какие виды неофициального права возможно выделить?

4. Можно ли, по Вашему мнению, говорить о делении неофициального права на частное и публичное?

5. В чем состоит содержание концепции правового плюрализма?

... Характеристики правовых норм... могут отличаться в своем содержании от лица к лицу, от группы к группе. Правовые предубеждения бедных часто отличаются от предубеждений богатых, предубеждения работников – от предубеждений работодателей, предубеждения коммунистов и революционеров – от предубеждений антикоммунистов и консерваторов. Если в группе взаимодействующих индивидов преобладает подобное несходство и противоположность правовых норм, то ни порядок, ни мирная социальная жизнь невозможны. Несмотря на то что каждый

член действует в соответствии со своими правовыми нормами, непрекращающиеся конфликты будут неизбежны, поскольку правовые нормы являются конфликтными. Таким образом, в любой группе, взаимодействующей длительное время, существует необходимость иметь набор правовых норм, обязательных для всех, основанных на силе и принудительно исполняемых, независимо от того, совпадают ли они с правовыми нормами части членов группы или противоречат им. *Совокупность правовых норм, обязательных для всех членов группы, защищаемых и принудительно исполняемых официальной властью правительства группы или группы как таковой, составляет официальное право.*

Официальное право государства, инкорпорированное в конституцию, во все статуты и кодексы, регулирует наиболее важные отношения его членов и групп; его конституцию, организацию его власти – законодательной, исполнительной и судебной; иерархию правительственных рангов и властей; экономические и имущественные отношения его членов, формы семьи, брака и наследства; права и обязанности правительства и граждан; отношения и действия, разрешенные и запрещенные и т. д. (конституционное, административное, гражданское, уголовное и коммерческое право государства). В семье ее официальное право (в настоящее время обычно инкорпорированное в официальное право государства) определяет ее природу как союз мужа (мужей) и жены (жен), родителей и детей, условия брака, раздельного проживания и развода, личных и имущественных отношений членов и т. д. В коммерческой организации ее официальное право (в настоящее время и оно инкорпорировано в официальное право государства) определяет все главные элементы ее структуры и функции. В религиозной группе это каноническое право и т. д.

Во всех группах официальное право обычно регулирует наиболее важные взаимоотношения членов группы (распределяет права и обязанности, организует власть или управление оных), а также их отношения с группами внешнего мира.

Тем не менее ни в государстве, ни в любой другой большой группе такое официальное право не исчерпывает всех функционирующих правовых норм (и правовых предубеждений), регулирующих отношения членов группы. Наряду с официальным правом (и соответствующими организациями) всегда существует множество норм *неофициального права, дополняющих, корректирующих нормы официального права группы или даже противоречащих ему.* Неофициальное право проявляется в тех правовых нормах (или императивно-атрибутивных правовых предубеждениях членов), которые не включены в право официальное. Тем не менее эти неофициальные нормы решительно выполняют свои распределяющие и организующие функции как либо дополняющие нормы официального права, либо противоречащие им.

Причины существования норм официального права лежат на поверхности. В особенно больших социальных группах с миллионами взаимоотношений между членами официальное право не может предвидеть и определить все отношения во всех их индивидуальных и психических обстоятельствах. Если бы оно пыталось это сделать, оно выросло бы почти до бесконечности. По этой причине официальное право ограничивает свое регулирование наиболее значимыми отношениями. Тысячи малозначительных отношений, равно как и те, которые отличаются от стандартизированных отношений официального права, обычно регулируются нормами неофициального права членов группы. Другая причина существования неофициального права – возрастающая неподвижность, а частично и устаревание официального права... Это часто делает официальное право непригодным для регулирования постоянно меняющихся и постоянно своеобразных условий социальной жизни группы. Подобная непригодность – вторая главная причина существования неофициального права практически во всех длительное время существующих группах взаимодействия индивидов.

Таким образом, все взаимоотношения между членами государства регулируются не только государственным официальным правом, но и неофициальными для государства правовыми нормами различных профессиональных и религиозных групп; кодексами правил хорошего тона и профессиональной этики; неофициальными правовыми предубеждениями большинства субгрупп и лиц, не инкорпорированными в официальное право государством, а порой даже противоречащими ему (как, например, в случае с непопулярным сухим законом в США, который не совпадает с неофициальными правовыми нормами значительной части населения и даже противоречит им).

Многочисленные отношения членов семьи наряду с официальным правом (в настоящее время инкорпорированным в официальное право государства) регулируются их неофициальными правовыми предубеждениями: каковы в действительности отношения между мужем и женой в их повседневной жизни, их взаимодействие и субординация... действительные экономические и прочие отношения, их общение с другими людьми и т. д. То же самое верно в отношениях между родителями и детьми. Официальное право определяет только малую часть этих отношений, оставляя большинство неурегулированным, – о них заботится неофициальное право. Это доказывается тем фактом, что иногда нормы неофициального права получают превосходство над нормами официального. Например, во многих обществах наподобие фашистской Германии в соответствии с официальным правом муж был главой, жена – подчиненной (экономически и во многих других сферах). Фактически в подавляющем большинстве немецких семей статус супругов был ли-

бо равен, либо был отменен таким образом, что иногда жена была действительной главой семьи. Официальное право семьи в нациях, состоящих из различных этнических и прочих групп, является одним и тем же для всех групп. Фактически же семейная структура высших и низших классов, различных этнических групп, например, в России и в США значительно разнится. Большинство подобных отношений, за исключением тех, которые регулируются официальным правом, контролируются нормами неофициального права этих семей и групп.

Это верно и в отношении религиозных групп. Их основные отношения определены официальным каноническим правом церкви, но тысячи прочих отношений их членов регулируются неофициальными правовыми нормами этих членов. Это объясняет, почему в таких больших организациях, как Римско-католическая церковь, несмотря на устойчивость официального канонического права, многочисленные отношения католиков в Италии или Франции, в Китае и Австрии значительно отличаются и регулируются по-разному. Причина состоит в различии неофициального права этих групп и лиц. [...]

Свои официальные и неофициальные правовые нормы, иногда существенно дополняющие одна другую, иногда обоюдно противоречащие, имеет не только каждая организованная группа; каждый из нас в совокупности наших правовых норм имеет одновременно с правовыми предубеждениями, идентичными нормам права и государства, много правовых предубеждений, частично дополняющих неофициальное право, частично противоречащих ему. Некоторые официальные правовые нормы кажутся нам устаревшими, другие – «несправедливыми» и нуждающимися в устранении из официальных правовых норм. В таких случаях *summa jus* (официальное право) предстает перед нами как *summa injuria*.

Это означает, что в своем содержании *нормы неофициального права могут совпадать, а могут и не совпадать с содержанием официального права*. Когда они совпадают, неофициальное право дополняет регулирование официального права. Когда они не совпадают (как при существовании в монархическом режиме республиканских правовых предубеждений, или в капиталистическом обществе – коммунистических правовых норм, или в гитлеровском Третьем рейхе – антигитлеровских правовых предубеждений), тогда неофициальное право находится в конфликте с официальным правом группы. В таких случаях борьба между официальным и неофициальным правом становится неизбежной и разрешается либо мирным, либо кровавым подавлением неофициальным правом части официального права, иногда мирной, иногда революционной заменой официального права неофициальным (в таком случае последнее становится официальным правом) или взаимным приспособлением того и другого.

В общем, в каждой группе существует некое различие между официальным правом и неофициальными нормами некоторых ее членов, несмотря на то что обычно различие это не так велико.

П. А. Сорокин. *Организованная группа (институт) и правовые нормы (1947)*
(пер. А. А. Краевского, *Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 /*
под ред. А. В. Полякова. СПб., 2012)

№ 4.

Ознакомьтесь с данным текстом и попробуйте определить критерии, которыми должна удовлетворять синтетическая, или интегральная, теория права.

...Мы познакомились с основными идеями, которые философы и юристы пытались и пытаются утилизировать для установления понятия права. ...Большинство конкретных определений представляют разные комбинации указанных идей как слагаемых элементов, причем получающиеся в виде суммы определения подчас достигают такой длины, что уже сам причудливый внешний вид таких бесконечных определений представляет наглядное свидетельство бедствий и затруднений, испытываемых юристами, «ищущими определения для своего понятия права». Таких длинных или более кратких комбинаций рассмотренных нами элементов насочинено изрядное количество. Его можно было бы легко увеличить путем составления тех комбинаций, которые еще не были предложены, причем для облегчения этой задачи можно было бы имеющиеся в распоряжении элементы обозначить буквами a, b, c, d, e и т. д., выписать все возможные двучленные ($ab, ac, ad, bc, cd...$), трехчленные ($abc, abd...$) и т. д. комбинации, из полученных рядов вычеркнуть те комбинации, которые заключают исключают друг друга элементы (например, если $b = \text{не-}c$, все комбинации, где b встречается с c) и подставить потом вместо букв соответственные словесные формулы. К такому занятию собственно и теперь уже сводится текущее производство определений права, только каждый автор продельвает весьма незначительную долю этой задачи, составляет и отстаивает обыкновенно только одну из массы возможных комбинаций (Иеринг, который отстаивал правильность нескольких различных определений – редкое исключение), причем нередко не соблюдается указанное выше правило об устранении комбинаций, содержащих взаимно исключают друг друга элементы. Но какие бы комбинации этого рода не представляли предложенные до настоящего времени или могущие появиться в будущем определения права, от сложения ошибочных идей получается и может получиться только скопление свойственных им ошибок.

Научную ценность и интерес представляет комбинация разных теорий права, выработанных юристами и философами, не в качестве определения понятия права,

а в качестве описания разных характерных проявлений и продуктов скрываемого от взоров исследователей неправильной общей постановкой вопроса существования права.

В этом смысле не беспочвенны и не лишены зерна истины вообще рассмотренные выше теории в отдельности, а их совокупность представляет довольно обстоятельное и многостороннее описание таких симптоматических явлений в области права, соединение коих дает прекрасный материал для диагноза действующей причины – существенного свойства права.

Совокупность тех явлений, которые разные теории выдвигают в отдельности как существенные признаки права, можно сравнить с совокупностью направленных в разные стороны ветвей, имеющих общий, но для этих теорий невидимый ствол и корень. Отдельные теории принимают разные ветви и веточки за исходную точку учения, развивают это учение в направлении данной побочной ветви, не видя не только корня и ствола, но и других ветвей короны дерева. Понятие атрибутивных норм обнаруживает корень и ствол этого дерева, указывает общую связь различных побочных ветвей и зависимость их от общего ствола и корня и дает возможность как синтеза и объяснения совокупности тех явлений, которые останавливают на себе внимание отдельных теорий, так и примирения и соединения этих теорий в виде характеристики правового мира.

[...] Такое отношение понятия атрибутивных норм к разным признакам, выдвигаемым современными теориями права, является одним из важных свидетельств в пользу этой теории и притом в пользу сохранения и проведения предложенного понятия права в полном его виде – без урезания его объема в угоду общей официально-практической тенденции науки права, без компромисса с современными, более узкими точками зрения на право.

Л. И. Петражицкий. Очерки философии права (1900)

№ 5.

Ознакомьтесь с приведенными ниже определениями понятия права и ответьте на следующие вопросы.

1. Есть ли связь между данными определениями понятия права? Если да, то в чем, на Ваш взгляд, эта связь выражается?

2. Содержится ли в каком-либо из предложенных определений понятия права внутреннее противоречие?

3. Отнесли бы Вы какое-либо из этих определений к интегральным и почему?

4. Какое из них, на Ваш взгляд, не является интегральным и почему?

5. Возможно ли сделать вывод об интегральном характере правовой теории, основываясь исключительно на определении понятия права?

[1.] Право есть совокупность императивно-атрибутивных норм.

Л. И. Петражицкий

[2.] Право есть исторически подвижное определение принудительного равновесия между двумя нравственными интересами – формально-нравственным интересом личной свободы и материально-нравственным интересом общего блага.

В. С. Соловьев

[3.] Право есть совокупность действующих в обществе, вследствие коллективно-психического переживания членами общества и принудительного осуществления органами власти, норм поведения, устанавливающих равновесие между интересами личной свободы и общественного блага.

А. С. Яценко

[4.] Право представляет собой попытку осуществить в данных социальных условиях идею справедливости (т. е. предварительного и по своей сущности многообразного примирения противоречивых духовных ценностей, воплощенных в данной социальной структуре) путем многостороннего императивно-атрибутивного регулирования, основанного на неразрывной связи между правопритязаниями и обязанностями; это регулирование обретает действенность через нормативные факты, которые придают регулированию социальную гарантию эффективности, и может в некоторых случаях обеспечивать выполнение своих требований посредством заранее установленного внешнего принуждения, что не предполагается как обязательное.

Г. Д. Гурвич

(Гурвич Г. Д. Философия и социология права / пер. М. В. Антонова, Л. В. Ворониной. СПб., 2004)

[5.] Право есть общеобязательная форма равенства, свободы и справедливости.

В. С. Нерсесянц

[6.] Право – это система отношений, субъекты которых на основе интерпретации социально легитимированных правовых текстов нормативно взаимодействуют путем реализации принадлежащих им прав и правовых обязанностей.

А. В. Поляков

[7.] Право – это совокупность признаваемых в данном обществе и обеспеченных официальной защитой нормативов равенства и справедливости, регулирующих борьбу и согласование свободных волей в их взаимоотношении друг с другом.

В. В. Лазарев

Тема 4. ПРАВО И ЦЕННОСТИ. ПРИНЦИПЫ ПРАВА.

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

В процессе изучения данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) ценность права; понятие и виды правовых ценностей;
- 2) понятие принципа права, его соотношение с нормой права;
- 3) нормативность и иерархичность правовых принципов; возможность действия принципов права *contra legem*;
- 4) содержание основных правовых принципов (справедливости, верховенства права; непосредственного действия прав и свобод человека; формального равенства; соразмерности (пропорциональности); надлежащей правовой процедуры; правовой определенности и др.);
- 5) понятие прав человека; правовые принципы и права человека;
- 6) поколения прав человека.

№ 1.

В государстве X меньшинство угнетает и эксплуатирует большинство. Меньшинство хотело бы и дальше пользоваться благами эксплуатации, но одновременно ему хотелось бы быть честным. Поэтому его конституционное совещание принимает следующее положение в качестве первой статьи новой конституции:

1. X является суверенной, федеративной и несправедливой республикой.

*Р. Алекси. Понятие и действительность права
(ответ юридическому позитивизму) (1992)
(пер. А. Лантева, Ф. Кальшойера. М., 2011)*

1. Содержится ли в данной статье противоречие?
2. При положительном ответе на первый вопрос поясните, доказывает ли это необходимую связь между правом и справедливостью?
3. При отрицательном ответе на первый вопрос поясните, в чем, на Ваш взгляд, заключается дефект этой статьи?

№ 2.

В Декларации независимости США 1776 года сказано:

«Мы исходим из той самоочевидной истины, что все люди созданы равными и наделены их Творцом определенными неотчуждаемыми правами, к числу которых относятся жизнь, свобода и стремление к счастью. Для обеспечения этих прав людьми учреждаются правительства, черпающие свои законные полномочия из согласия управляемых. В случае если какая-либо форма правительства становится губительной для самих этих целей, народ имеет право изменить или упразднить ее и

учредить новое правительство, основанное на таких принципах и формах организации власти, которые, как ему представляется, наилучшим образом обеспечат людям безопасность и счастье. Разумеется, благоразумие требует, чтобы правительства, установленные с давних пор, не менялись бы под влиянием несущественных и быстротечных обстоятельств; соответственно, весь опыт прошлого подтверждает, что люди склонны скорее сносить пороки до тех пор, пока их можно терпеть, нежели использовать свое право упразднить правительственные формы, ставшие для них привычными. Но когда длинный ряд злоупотреблений и насилий, неизменно подчиненных одной и той же цели, свидетельствует о коварном замысле вынудить народ смириться с неограниченным деспотизмом, свержение такого правительства и создание новых гарантий безопасности на будущее становится правом и обязанностью народа».

*Перевод О. А. Жидкова
(Соединенные Штаты Америки: Конституция
и законодательство / под ред. О. А. Жидкова. М., 1993)*

- 1. Раскройте понятие прав человека.*
 - 2. Каково, по Вашему мнению, соотношение прав человека и принципов права?*
 - 3. Относится ли к правам человека упоминаемое в Декларации право на свержение деспотического правительства?*
 - 4. При положительном ответе на поставленный вопрос определите, какое место в классификации прав человека оно занимает?*
 - 5. При отрицательном ответе на данный вопрос поясните, возможно ли такое субъективное право?*
- Оцените проблему с позиций различных типов правопонимания.*

№ 3.*

На очередных выборах в парламент государства X в предвыборную борьбу включилась Партия Свободы и Справедливости. Партия выступала за минимизацию законотворческой деятельности представительных органов власти и проведение конституционной реформы, которая предполагала поэтапную отмену действующей конституции государства и переход к построению общества непосредственно на началах справедливости. Согласно закону «О выборах в парламент государства X», в случае противоречия деятельности партии Конституции деятельность такой партии приостанавливается по решению Верховного Суда (при наличии заключения Конституционного Суда о том, что действия партии либо ее пред-

* Задание составлено при участии магистра юриспруденции Дарьи Зубаревой.

выборная программа противоречат Конституции). После вступления в силу решения Верховного Суда регистрация предвыборного списка партии аннулируется Центральной избирательной комиссией.

В процессе принятия заключения по указанному вопросу мнения судей Конституционного Суда разделились.

Первый судья: Конституция нашего государства предполагает определенный порядок принятия законов о внесении поправок в Конституцию, усложненный по сравнению с порядком принятия обычных законов. Пересмотр положений, составляющих основы конституционного строя, в порядке внесения изменений в Конституцию невозможен, однако при наличии соответствующей инициативы предусмотрена возможность принятия новой Конституции. Таким образом, через принятие новой Конституции, которая определяла бы порядок ее собственной отмены, возможна отмена Конституции как таковой. Это вместе с тем означает, что цели Партии Свободы и Справедливости прямо не противоречат действующей Конституции.

Второй судья: В данном случае решение вопроса о наличии или отсутствии противоречия Конституции зависит от того, как мы понимаем само понятие противоречия. Что значит «противоречит Конституции»? Конституция – это система принципов, без развития которых она постепенно утратит связь с постоянно изменяющимися общественными отношениями и, таким образом, лишится своего значения основы общественного устройства, перестанет выполнять социальные функции, иными словами, приобретет декларативный характер. Однако любое существенное изменение в какой-то степени противоречит существующему порядку, иначе его нельзя было бы признать изменением. Следовательно, любая деятельность, направленная на существенное обновление социального организма, в какой-то степени противоречит действующей Конституции. Вопрос в том, насколько существенное противоречие самой себе может и должна допускать Конституция? Если речь идет о противоречии основам конституционного строя, т. е. базовым принципам, то, на мой взгляд, это противоречие недопустимо, иначе это приведет к утрате стабильности конституционного порядка. Тем более, если речь идет о такой радикальной перемене, как отмена Конституции. Конституция имеет учредительный характер, таким образом, отказ от нее радикально изменит всю правовую систему нашего государства, возможно, полностью разрушит ее.

Вопрос приостановления деятельности партии – это вопрос ограничения права на свободу собраний и объединений, это право само по себе является одним из фундаментальных прав человека в демократическом обществе. Но позволю себе обратиться к одному из наших ранее принятых постановлений: «Сущность демократии в том, чтобы позволить выдвигать и обсуждать разнообразные политиче-

ские программы, даже те, которые подвергают сомнению тот порядок, согласно которому организовано в настоящее время государство, при условии, что они не наносят ущерба самой демократии». Таким образом, риск уничтожения демократии как таковой – это и есть граница для демократического свободомыслия.

Третий судья: Я понимаю Ваши опасения, но позволю себе заметить, что ценность демократии не безусловна. Демократия есть лишь механизм обеспечения периодического обновления власти, механизм, позволяющий гражданскому обществу, основанному на ценностях индивидуальной свободы, осуществлять контроль над государственной властью путем периодического выражения поддержки или недоверия ее политическому курсу. Демократия – гарантия свободы, но не сама свобода. Гарантия права, даже права основополагающего, не должна становиться самодовлеющей ценностью. Гарантия реализации субъективного права, которая его же и ограничивает, лишает это право своего содержания, ведь право включает в себя и возможность от него отказаться, в противном случае оно превращается в обязанность. К тому же демократия не сводится к той форме, в которой она существует у нас сейчас и которая имеет известные недостатки, поэтому обновление демократических институтов – вполне естественный процесс, которому нельзя препятствовать.

Четвертый судья: Конечно, демократия – это лишь гарантия свободы, но что значит право без гарантии его реализации и защиты? Пустой звук. Невозможно представить себе Конституцию, которая не стремилась бы сохранить своих основ, новые конституционные основы – это новое социальное устройство, это серьезный социальный сдвиг. Подобные сдвиги нежелательны, так как основы демократии должны быть стабильны. Отказаться от Конституции, от закона, строить жизнь по «справедливости» – это же чистой воды анархизм.

Первый судья: Целесообразно ли допускать столь существенные изменения общественного устройства – это вопросы политики, то есть не вопросы Конституционного Суда. От себя замечу, что последовательная реализация принципа справедливости в построении общества может быть проведена только в правовой форме. Справедливость – это не абстрактный принцип, это порядок отношений свободных равных субъектов, а это и есть не что иное, как право. Кстати, общество, построенное на началах справедливости, не может не предполагать и политических свобод граждан, так как принципы справедливости будут осуществляться не только в отношениях граждан друг с другом, но и в отношениях личности и государства.

Оцените доводы судей. Попытайтесь предложить собственное решение данной ситуации, в частности, ответив на следующие вопросы.

1. *Может ли содержание прав и свобод человека включать в себя право на отказ от них? Иными словами, существует ли в демократическом правовом государстве право отказа от прав человека?*

2. *При положительном ответе на первый вопрос поясните, относится ли данное право к любым правам и свободам человека?*

3. *При отрицательном ответе на первый вопрос поясните, является ли запрет на отказ от права человека ограничением соответствующего права?*

4. *Может ли демократия юридически корректным путем превратиться в диктатуру?*

5. *Может ли конституция предусматривать порядок собственной отмены?*

№ 4.

1. *Что противопоставляет А. С. Пушкин правовой свободе?*

2. *Что представляет собой правовая свобода как правовая ценность?*

Не дорого ценю я громкие права,
От коих не одна кружится голова.
Я не ропщу о том, что отказали боги
Мне в сладкой участи оспоривать налоги
Или мешать царям друг с другом воевать;
И мало горя мне, свободно ли печать
Морочит олухов, иль чуткая цензура
В журнальных замыслах стесняет балагура.
Все это, видите ль, слова, слова, слова.
Иные, лучшие, мне дороги права;
Иная, лучшая, потребна мне свобода:
Зависеть от царя, зависеть от народа –
Не все ли нам равно? Бог с ними.

Никому

Отчета не давать, себе лишь самому
Служить и угождать; для власти, для ливреи
Не гнуть ни совести, ни помыслов, ни шеи;
По прихоти своей скитаться здесь и там,
Дивясь божественным природы красотам,
И пред созданными искусств и вдохновенья
Трепеща радостно в восторгах умиленья.
Вот счастье! вот права...

А. С. Пушкин. Из Пиндемонти (1836)

№ 5.

Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 1 декабря 1997 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 1 Федерального закона от 24 ноября 1995 года «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС» ряд положений Федерального закона от 24 ноября 1995 г. «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС» были признаны нарушающими конституционно-правовую обязанность государства по возмещению вреда, причиненного чернобыльской катастрофой, и не соответствующими Конституции Российской Федерации. При этом в пункте 3 резолютивной части Постановления указывалось, что «Положения, признанные не соответствующими Конституции Российской Федерации пунктом 1 резолютивной части настоящего Постановления, за исключением абзаца первого подпункта «а», утрачивают силу по истечении шести месяцев с момента провозглашения настоящего Постановления».

1. Каким правовым принципам (ценностям) не соответствует пункт 3 решения Конституционного Суда?

2. Какие правовые принципы (ценности), по Вашему мнению, в нем отражены? Раскройте их содержание.

№ 6.

В Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 21 марта 2014 г. № 7-П предлагается следующая интерпретация принципа формального равенства применительно к рассматриваемому им делу:

«Правовое регулирование, предполагающее обязательное и безусловное расторжение контракта о прохождении службы с сотрудником органов внутренних дел и увольнение со службы сотрудника, в отношении которого уголовное преследование по делу частного обвинения в связи с примирением сторон прекращено до вступления рассматриваемого законоположения в силу, – притом что деяние, в связи с совершением которого он привлекался к уголовной ответственности, впоследствии декриминализовано – ставит его в неравное положение с сотрудниками органов внутренних дел, совершившими аналогичные деяния после их декриминализации, и в силу этого не соответствует конституционному принципу равенства всех перед законом и судом, нарушает конституционные права увольняемого лица».

1. Согласны ли Вы с данной Конституционным Судом трактовкой принципа формального равенства? Раскройте содержание данного правового принципа.

2. Если нет, то как, по Вашему мнению, может быть раскрыто содержание принципа формального равенства применительно к данной ситуации.

№ 7.

В соответствии со ст. 55 ч. 1 т. 9 Свода законов Российской империи, «употребляемые дворянами гербы утверждаются для каждого дворянского рода Высочайшею Властью, и засим уже остаются навсегда непременными, так что без особого Высочайшего повеления ничто ни под каким видом из таковых гербов не исключается и вновь в оные ничего не прибавляется (а). Употребление дворянского герба в какой либо фамилии может служить доказательством дворянства тогда только, когда вместе с тем будет доказано, что лицо, употребляющее тот герб, происходит действительно от предков, коим дворянство было пожаловано по грамоте или привилегии (б)».

На основании статьи 1 Декрета СНК РСФСР и ВЦИК от 24 ноября 1917 г. «Об уничтожении сословий и гражданских чинов» были упразднены «все существовавшие доньше в России сословия и сословные деления граждан, сословные привилегии и ограничения, сословные организации и учреждения, а равно и все гражданские чины».

1. Что представляет собой привилегия?

2. Можно ли, по Вашему мнению, рассматривать существование привилегий как нарушение принципа формального равенства и проявление дискриминации?

3. Что означает отмена привилегии – наделение всех граждан соответствующим правом или упразднение субъективного права как такового?

№ 8.

Какие принципы права выражены в данном фрагменте Постановления Конституционного Суда РФ от 24 мая 2001 г. № 8-П?

Изменение законодателем ранее установленных условий предоставления жилищных субсидий, оказывающее неблагоприятное воздействие на правовое положение лиц, нуждающихся в этих субсидиях и рассчитывающих на их получение, должно осуществляться таким образом, чтобы соблюдался принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, который предполагает сохранение разумной стабильности правового регулирования и недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм, а также предоставление

гражданам в случае необходимости возможности, в частности посредством установления временного регулирования, в течение некоего разумного переходного периода адаптироваться к вносимым изменениям, в том числе при решении вопроса о выборе места жительства и работы.

№ 9.

Одним из наиболее известных частноправовых прецедентов в английском праве XX в. является решение британской Палаты Лордов по делу *Donoghue v. Stevenson* [1932] UKHL 100 (26 мая 1932 г.), известному как «Дело о слизи из г. Пейсли», в котором истец случайно обнаружил в только что открытой бутылке лимонада, купленной в кафе, это несчастное животное. Иск был предъявлен против производителя лимонада, а не владельца кафе.

Считается, что в данном деле было сформулировано (или «открыто») правило общего права о том, что производитель, а не [только] непосредственный продавец товара несет ответственность за его качество – важное правило современного права защиты прав потребителей. Данный вывод делается на основании следующего отрывка из мнения, изложенного одним из судей:

«Если Вы, уважаемые Лорды, принимаете взгляд, согласно которому данное выступление имеет под собой основания, Вы согласитесь с утверждением о том, что, согласно как шотландскому, так и английскому праву производитель продуктов, которые продаются в такой форме, в которой они, как и задумано, должны дойти до конечного потребителя, без разумной возможности промежуточного изучения и с осознанием того, что отсутствие разумной заботы в процессе подготовки или сбора продуктов приведет к причинению вреда жизни или собственности потребителя, производитель имеет обязанность перед потребителем осуществить такую разумную заботу...».

1. Раскройте содержание принципа формальной определенности правовых норм. С каким другим общим правовым принципом связан принцип формальной определенности?

2. Реконструируйте, как минимум, еще две правовых нормы, вытекающих из данного прецедента.

3. С учетом двух предыдущих ответов сформулируйте аргументированную позицию относительно реализации принципа формальной определенности в таком источнике права, как судебный прецедент.

№ 10.

В Федеральном законе Российской Федерации от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – Закон об информации) в пункте 1 статьи 3 под названием «Принципы правового регулирования отношений в сфере информации, информационных технологий и защиты информации» указан следующий принцип: «Свобода поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом». Этот принцип находит отражение и в других положениях данного закона.

Часть 4 статьи 29 Конституции РФ определяет, что «каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. Перечень сведений, составляющих государственную тайну, определяется федеральным законом». При этом в соответствии с частью 5 данной статьи гарантируется свобода массовой информации, а цензура запрещается.

1. В чем, по Вашему мнению, состоят различия между нормой права и принципом права? Обладает ли правовой принцип таким признаком правовой нормы, как предостаточно-обязывающий характер?

2. В каком из правовых текстов – части 4 статьи 29 Конституции РФ или пункте 1 статьи 3 Закона об информации – сформулирован правовой принцип?

3. Может ли соответствующее положение Конституции РФ одновременно являться источником и правовой нормы, и правового принципа?

Тема 5. ПРАВОСОЗНАНИЕ И ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА

При изучении данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) понятие правосознания;
- 2) структура правосознания;
- 3) основные типы и виды правовых идеологий;
- 4) понятие правовой культуры;
- 5) основные типологии правовых культур.

№ 1.

Согласно Декрету о суде от 22 ноября 1917 г. «местные суды решают дела именем Российской Республики и руководятся в своих решениях и приговорах законами свергнутых правительств лишь постольку, поскольку таковые не отмене-

ны революцией и не противоречат революционной совести и революционному правосознанию».

Возможно ли в данном случае сделать вывод о том, что правосознание выступало в качестве источника права?

№ 2.

В «Основах государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан», утвержденных Президентом РФ 28 апреля 2011 г. указано следующее.

1. Развитие правового государства, формирование гражданского общества и укрепление национального согласия в России требуют высокой правовой культуры, без которой не могут быть в полной мере реализованы такие базовые ценности и принципы жизни общества, как верховенство закона, приоритет человека, его неотчуждаемых прав и свобод, обеспечение надежной защищенности публичных интересов. [...]

3. Настоящие Основы направлены на формирование высокого уровня правовой культуры населения, традиции безусловного уважения к закону, правопорядку и суду, добропорядочности и добросовестности как преобладающей модели социального поведения, а также на преодоление правового нигилизма в обществе, который препятствует развитию России как современного цивилизованного государства. [...]

10. В условиях правового государства возрастает роль закона в системе социальных регуляторов, происходит усиление правовых начал в поведении людей, в жизни общества и государства. Недостаточный уровень правовой культуры и правосознания, правовой нигилизм граждан России являются серьезной проблемой обеспечения реализации принципов верховенства права. [...]

12. На формирование правовой культуры и позитивного типа правосознания и поведения оказывают влияние следующие факторы:

1) характер воспитания и моральный климат в семье, законопослушное поведение родителей;

2) качественный уровень воспитания и обучения в образовательных учреждениях различного типа и вида, в том числе закрепление и развитие у учащихся основ правосознания;

3) распространение и использование доступных для восприятия информационных материалов, формирующих правовую грамотность и правосознание населения, в печатном, электронном, аудиовизуальном и ином виде, а также с помощью средств массовой информации;

4) доступность и понятность оказываемых в системе государственной и муниципальной службы услуг населению; доступность правосудия, судебной защиты нарушенных прав, безупречность и эффективность деятельности судов и органов, исполняющих судебные решения; строгое соблюдение государственным и муниципальными служащими норм закона и профессиональной этики;

5) понятность, доступность и эффективность законодательства, его адекватность реальной экономической и общественно-политической ситуации в стране, реализация в законодательстве принципов справедливости и равноправия, обеспечения соответствия норм права интересам и потребностям различных социальных групп;

6) систематический и качественный контроль за состоянием законодательства Российской Федерации в целях его оптимизации, выявления пробелов и противоречий, своевременной его инкорпорации и кодификации, а также контроль за правоприменением, выявление и анализ проблемных ситуаций, связанных с неправильным пониманием и применением закона;

7) эффективная, профессиональная и законная деятельность правоохранительных и иных уполномоченных органов по выявлению и пресечению преступлений и других нарушений закона, обеспечение неотвратимости соразмерного и справедливого наказания за нарушение закона;

8) обеспечение правопорядка в жизненно важных для большинства граждан сферах жизни, соблюдение нормативных требований организациями, осуществляющими реализацию товаров и оказывающими услуги населению;

9) доступность для граждан квалифицированной юридической помощи; неукоснительное соблюдение адвокатами и нотариусами, иными частнопрактикующими юристами в их профессиональной деятельности норм закона и профессиональной этики;

10) деятельность лиц творческих профессий и их объединений, средств массовой информации, организаторов эфирного и кабельного вещания, издательских организаций, производителей рекламной продукции, направленная на создание и распространение произведений, активно продвигающих в общественное сознание модель законопослушного поведения в качестве общественно одобряемого образца; ограничение распространения произведений, прямо или косвенно пропагандирующих непочтительное отношение к закону, суду и государству, правам человека и гражданина, поэтизирующих и пропагандирующих криминальное поведение.

1. Раскройте теоретико-правовые понятия правовой культуры и правосознания. Как они соотносятся с понятиями, используемыми в «Основах...»?

2. Можно ли считать перечисленный в п. 12 «Основ...» перечень факторов, влияющих на формирование правовой культуры, исчерпывающим?

3. Что, по Вашему мнению, является определяющим фактором в формировании правосознания и правовой культуры?

№ 3.

1. Прочитав приведенные ниже тексты, дайте аргументированный, основанный на обращении к текстам, ответ на вопрос о том, к каким типам и видам правовой идеологии, видам правосознания можно отнести представленные рассуждения.

2. Выделив критерии сравнения, сравните типы и виды правовых идеологий.

№ 3.1

Всякое существующее право – чужое право, право, которое мне «дают», «распространяют на меня». Но разве я могу быть прав только потому, что все признают меня правым? А между тем, что такое право, которое я в государстве или обществе обретаю, как не право, данное мне чужими? Если глупец оправдывает меня, то я начинаю колебаться в своей правоте: я не желаю, чтобы глупец оправдывал меня. Но если и мудрый оправдывает меня, это все же еще не составит моей правоты. Моя правота совершенно не зависит от решений глупцов и мудрецов. Тем не менее мы до сих пор домогались именно такой правоты. Мы ищем правоты и обращаемся с этой целью к суду. К какому? К королевскому, церковному, народному суду. Может ли султанский суд решать вопросы о правоте иначе, чем соответственно тому, что султан постановил считать правым? Может ли он признать мою правоту, если она не совпадает с понятиями султана о правоте? Например, может ли суд признать правомерным решением государственную измену, если султан не признает ее таковой? Может ли цензурный суд даровать мне свободу слова и печати, право свободно высказывать свои мнения, если султан не пожелает признать за мною такого права?

Что же этот суд может дать мне? Он отстаивает правоту султана, а не мою: я там обрету чужую правоту. И только если эта чужая правота согласуется с моей, я тоже окажусь правым на этом суде.

Государство не допускает столкновений между людьми; оно противится всякому поединку. Даже всякая драка... наказуема, за исключением тех случаев, когда не какое-нибудь я наносит побои какому-нибудь ты, а глава семейства бьет своего ребенка: семья наделена правами, и от ее имени пользуется правом также и отец, но я, единственный, никакими правами не пользуюсь.

Газеты преподносят нам «правовое государство». В нем все должно решаться судьей на суде. Высший цензурный суд признается ею тоже судом, в котором «чинят правосудие». Какое же там отстаивается право? Право цензуры. Для того чтобы приговоры этого суда признать правосудием, надо считать и цензуру правом. Но все-таки, несмотря на это, думают, что суд дает защиту.

Прав ли я или нет – об этом никто другой не может судить, кроме меня самого. Другие могут судить и толковать лишь о том, признают ли они за мною право и является ли оно правом и в их глазах.

Но рассмотрим вопрос с другой стороны. Я должен почитать султанское право в султанстве, народное право – в республике, каноническое право – в католической общине и т. д. Этим правам я должен подчиниться, должен считать их святыней. Такого рода «правосознание» и идея справедливости так прочно засели в головах людей, что даже крайние революционеры наших дней не прочь подчинить нас новому «священному праву» – «праву общества», общественности, праву человечества, «праву всех» и т. п. Право «всех» должно первенствовать над моим правом. Но, как право всех, оно было бы также и моим правом, так как и я принадлежу ко «всем»; однако то, что оно в то же время право всех, ничуть не вынуждает меня защищать его. Я стою за него не как за право всех, а как за мое право, и пусть каждый другой человек таким же образом отстаивает и свое право. Право всех (например, право есть) – право каждого в отдельности. Пусть каждый охраняет это право для себя, и тогда все будут им пользоваться, но нечего каждому заботиться о всех и яростно отстаивать это право всех.

Но социальные реформаторы проповедуют нам «общественное право», которое превращает каждого в отдельности в раба общества, получающего права лишь в том случае, если общество дает ему их, т. е. если он живет по законам общества, следовательно, если он лоялен, но лоялен ли я в деспотическом государстве или в демократическом «обществе», – это все то же бесправие, поскольку я в обоих случаях пользуюсь не моим, а чужим правом.

В области права всегда задают вопрос: «Что или кто дает мне на это право?». Ответ: «Бог, любовь, разум, природа, гуманность и т. д.». Нет, только твоя сила, твоя власть дают тебе право (твой разум, например, может также наделить тебя им). [7]

№ 3.2

Право? Право естественное, право государственное, гражданское, уголовное право, церковное, право войны, право международное...

Что же такое то, что называется этим странным словом? Если рассуждать не по «науке», т. е. не по атрибутивно-императивным переживаниям, а по общему

всем людям здравому смыслу определять то, что в действительности подразумевается под словом «право», то ответ на вопрос о том, что такое право, будет очень простой и ясный: правом в действительности называется для людей, имеющих власть, разрешение, даваемое ими самим себе, заставлять людей, над которыми они имеют власть, делать то, что им – властвующим, выгодно, для подвластных же правом называется разрешение делать все то, что им не запрещено.

Право государственное есть право отбирать у людей произведения их труда, послать их на убийства, называемые войнами, а для тех, у кого отбирают произведения их труда и которых посылают на войны, право пользоваться теми произведениями своего труда, которые еще не отобраны от них, и не идти на войны до тех пор, пока их не посылают.

Право гражданское есть право одних людей на собственность земли, на тысячи, десятки тысяч десятин и на владение орудиями труда, и право тех, у кого нет земли и нет орудий труда, продавать свои труды и свои жизни, умирая от нужды и голода, тем, которые владеют землею и капиталами.

Уголовное право есть право одних людей ссылать, заточать, вешать всех тех людей, которых они считают нужным ссылать, заточать, вешать; для людей же ссылаемых, заточаемых и вешаемых есть право не быть изгнанными, заключенными, повешенными до тех пор, пока это тем, кто имеет возможность это делать, не покажется нужным.

То же самое и по международному праву: это право Польши, Индии, Боснии и Герцеговины жить независимо от чужих властей, но только до тех пор, пока люди, распоряжающиеся большими количествами войска, не решат иначе. Так это ясно для всякого человека, думающего не по атрибутивно-императивным переживаниям, а по общему всем людям здравому смыслу. Для такого человека ясно, что то, что скрывается под словом «право», есть не что иное, как только самое грубое оправдание тех насилий, которые совершаются одними людьми над другими.

Но права эти определяются законами, говорят на это «ученые». Законами? Да, но законы-то эти придумываются теми самими людьми, будь они императоры, короли, советники императоров и королей, или члены парламентов, которые живут насилиями и потому ограждают эти насилия устанавливаемыми ими законами. Они же, те же люди и приводят эти законы в исполнение, приводят же их в исполнение до тех пор, пока законы эти для них выгодны, когда же законы эти становятся невыгодны им, они придумывают новые, такие, какие им нужно.

Ведь все дело очень просто: есть насилующие и насилуемые, и насилующим хочется оправдать свое насилие. И вот свои распоряжения о том, как они в данном случае и в данное время намерены насиловать людей, они называют законами, раз-

решение же, которое они сами себе дают совершать свои насилия, и предписания насилуемым делать только то, что не запрещается им, называют правом.

И тысячи и тысячи молодых людей старательно изучают все эти глупости – еще не беда бы была, если бы только глупости, но гадости, на которых строится этот грубый и губительный обман, и большие миллионы простых людей, доверяя тому, что им внушают «ученые», безропотно подчиняются той неестественной подавленной жизни, которая слагается для них вследствие этого проповедуемого и признаваемого «учеными» людьми обмана.

Когда какой-нибудь шах персидский, Иоанн Грозный, Чингисхан, Нерон режут, бьют людей тысячами, это ужасно, но все-таки не так ужасно, как то, что делают г-да Петражицкие и им подобные. Эти убивают не людей, а все то святое, что есть в них.

...В суеверии и обмане «права» нет ничего, кроме самого гадкого мошенничества, желания не только скрыть от людей сознаваемую всеми нравственно-религиозную истину, но извратить ее, выдать за истину самые жестокие и противные нравственности поступки: грабежи, насилия, убийства.

Поразительны при этом и дерзость, и глупость, и пренебрежение к здравому смыслу, с которыми эти г-да ученые вполне спокойно и самоуверенно утверждают, что тот самый обман, который более всего другого развращает людей, нравственно воспитывает их. Ведь говорить это можно было и то с грехом пополам, когда происхождение «права» признавалось божественным, теперь же, когда то, что называется «правом», выражается в законах, придумываемых или отдельными людьми, или спорящими партиями парламентов, казалось бы уже совершенно невозможно признавать постановления «права» абсолютно справедливыми и говорить о воспитательном значении «права». Главное же говорить о воспитательном значении «права» нельзя уже потому, что решения «права» приводятся в исполнение насилиями, ссылками, тюрьмами, казнями, т. е. поступками самыми безнравственными. Говорить теперь об этическом, воспитательном значении «права» все равно, что говорить (да и говорили это) об этическом воспитательном значении для рабов власти рабовладельцев.

Едва ли в каком-либо другом случае доходили до таких пределов и наглость лжи и глупость людей. Казалось бы, что не может быть нравственности без справедливости, доброты, сострадания, прощения обид. Тут все это нарушается во имя «права». И такие-то дела, совершаемые на основании «права» ежедневно повсюду тысячами, нравственно воспитывают людей! Воспитательное, этическое влияние «права»?!

Я ведь сам был юристом и помню, как на втором курсе меня заинтересовала теория права, и я не для экзамена только начал изучать ее, думая, что я найду в ней объяснение того, что мне казалось странным и неясным в устройстве жизни людей. Мне было тогда 18 лет, и я решил, что занятия юриспруденцией свыше моих умственных способностей, и оставил эти занятия. Но по вашему письму я, к сожалению, вижу, что «наука» эта все еще существует и продолжает совершать свое злостное дело.

Вам, молодому человеку, и всем вашим товарищам не могу не советовать как можно скорее, пока голова ваша не совсем запуталась и нравственное чувство не совсем притупилось, бросить это не только пустое и одурачивающее, но и вредное и развращающее занятие.

Знаю же я со всеми людьми, с огромным большинством людей всего мира то, что все люди свободные, разумные существа, в душу которых вложен один высший, очень простой, ясный и доступный всем закон, не имеющий ничего общего с предписаниями людей, называемыми правами и законами. Высший закон этот, самый простой и доступный всякому человеку, состоит в том, чтобы любить ближнего, как самого себя, и потому не делать другому того, чего не хочешь себе. Закон этот так близок сердцу человеческому, так разумен, исполнение его так несомненно устанавливает благо как отдельного лица, так и всего человечества и так одинаково был провозглашен закон этот всеми мудрецами мира, от Будды, Христа, Конфуция до Руссо, Канта и позднейших мыслителей, что если бы не те коварные и зловерные усилия, которые делали и делают богословы и правоведа для того, чтобы скрыть этот закон от людей, закон этот уже давно был бы усвоен огромным большинством людей, и нравственность людей нашего времени не стояла бы на такой низкой степени, на которой она стоит теперь. [8]

№ 3.3

Либерализм, как идея по преимуществу отрицательная, очень растяжима и широка. У либералов все смутно, все спутано, все бледно, всего понемногу. Система либерализма есть, в сущности, отсутствие всякой системы, она есть лишь отрицание *всех крайностей, боязь всего последовательного и всего выразительного*. Эта-то неопределенность, эта растяжимость либеральных понятий и была главной причиной их успеха в нашем поверхностном и впечатлительном обществе. Множество людей либеральны только потому, что они жалостливы и добры; другие потому, что это выгодно, потому, что это в моде: *«Никто смеяться не будет!»* К тому же и думать много не надо для этого теперь.

Либерализм в России есть система весьма легкая и незатейливая еще и потому, что охранение у всякой нации *свое*: у турка – турецкое, у англичанина – английское, у русского – русское; а либерализм у всех один (т. е. либерализм не британский *исключительный*, особый, а *общий* – демократический либерализм).

Хорошо ли нам так близко подходить к Европе и прививать себе поспешно и простодушно все ее худосочные начала?.. Может ли долго, более каких-нибудь ста лет простоять какое бы то ни было общество при равенстве и свободе?..

Послушайте! Да разве с людьми либеральными можно рассуждать *глубоко* и *всесторонне*?.. Вы покроете безмолвным презрением того, кто позволит себе выйти из круга общепринятых понятий... Прежние славянофилы пробовали это сделать. И что же вышло? Где следы их учения?.. Они стали влиятельны только тогда, когда, оставив в стороне свои заветные мечты о *славянском своеобразии*, стали заботиться лишь о самой *несвоеобразной* стороне дела, т. е. о *славянской свободе*.

До национального своеобразия и творчества, до национальной самобытности нам дела нет; мы просто утратили способность понимать, что это такое – своеобразие творчества и т. п. и каким это образом выходит, что даже рабство и всякие стеснения, во многих случаях, *развивают личность* – и *народную*, и *единичную* больше, чем общеевропейская нынешняя свобода?..

Государство держится не *одной свободой* и не *одними стеснениями и строгостью*, а неуловимой пока еще для социальной науки *гармонией* между дисциплиной веры, власти, законов, преданий и обычаев, с одной стороны, а с другой – той *реальной свободой лица*, которая возможна даже и в Китае при существовании *пытки*... «Не делай того, что запрещено, если боишься пытки... А если не боишься – как знаешь». Этот выбор возможен был во все времена, и *люди действительно выбирали*...

Быть *просто консерватором* в наше время было бы трудом напрасным. Можно любить прошлое, но нельзя *верить* в его даже приблизительное возрождение. В этом смысле я считаю себя, например, гораздо больше *настоящим* прогрессистом, чем наших либералов. И вот почему. Они видят только завтрашний день, т. е. какую-нибудь конституционную мелочь и т. п. Они заботятся только о том, как бы сделать еще несколько шагов на пути того равенства и той свободы, которые должны ускорить разложение европейских обществ и довести их, шаг за шагом, до такой *точки насыщения*, за которой эмансипировать будет уже некого и нечего... и начнется опять постепенное подвигивание в формах еще невиданных.

Каковы бы ни были эти невиданные еще формы в подробностях, но верно одно: *либеральны они не будут*. Во всяком случае, эта новая культура будет очень тяжела для многих и замесят ее люди столь близкого уже XX века никак не на сахаре

и розовой воде равномерной свободы и гуманности, а на чем-то ином, даже страшном для непривычных...

Есть также русская поговорка, которая гласит: *где суд – там и неправда...* Поговорка не говорит этим, будто *всякий* суд непременно несправедлив, но так как во всех человеческих учреждениях есть *наклонность* к неправде, то *некоторая часть* судебных решений должна быть *по духу* несправедлива... Ведь наш народ (и всякий народ, не сбитый еще с толку демократическими идеями) в царство *правды на земле* не верит...

Я не верю, чтобы жизнь могла бы когда бы то ни было стать храмом полного мира и абсолютной правды... Такая надежда, такая вера в человечество противоречат евангельскому учению; Евангелие и Апостолы говорят, что *чем дальше, тем будет хуже*, и советуют только хранить свою *личную веру и личную добродетель до конца*... Все человечество мы от бед не избавим; беды разнородные и неожиданные таятся даже и *во всех успехах науки*, точно так же, как и в невежестве, *во всех открытиях, во всех изобретениях, во всех родах учреждений и реформ*... [9]

№ 3.4

Главное и самое существенное содержание права составляет свобода. Правда, это свобода внешняя, относительная, обусловленная общественной средой. Но внутренняя, более безотносительная, духовная свобода возможна только при существовании свободы внешней, и последняя есть самая лучшая школа для первой.

Нам могут сказать, что русский народ вступил чересчур поздно на исторический путь, что нам незачем самостоятельно вырабатывать идеи свободы и прав личности, правового порядка, конституционного государства, что все эти идеи давно высказаны, развиты в деталях, воплощены, и потому нам остается только их заимствовать. Если бы это было даже так, то и тогда мы должны были бы все таки пережить эти идеи; недостаточно заимствовать их, надо в известный момент жизни быть всецело охваченными ими; как бы ни была сама по себе стара та или другая идея, она для переживающего ее впервые всегда нова; она совершает творческую работу в его сознании.

Основу прочного правопорядка составляет свобода личности и ее неприкосновенность.

Наше общественное сознание никогда не выдвигало идеала правовой личности. Обе стороны этого идеала – личности, дисциплинированной правом и устойчивым правопорядком, и личности, наделенной всеми правами и свободно пользующейся ими, чужды сознанию нашей интеллигенции.

Всякий сколько-нибудь важный новоиздающийся закон в современном конституционном государстве является компромиссом, выработанным различными партиями, выражающими требования тех социальных групп или классов, представителями которых они являются. Само современное государство основано на компромиссе, и конституция каждого отдельного государства есть компромисс, примиряющий различные стремления наиболее влиятельных социальных групп в данном государстве.

Право есть только там, где есть свобода личности. В этом смысле правовой порядок есть система отношений, при которых все лица данного общества обладают наибольшей свободой деятельности и самоопределения.

Суд есть то учреждение, в котором прежде всего констатируется и устанавливается право. Введение конституционных форм государственного устройства привело к тому, что в лице народного представительства был создан законодательный орган государства, призванный непосредственно выражать народное правосознание. Но даже законодательная деятельность народного представительства не может устранить значения суда для осуществления господства права в государстве. В современном конституционном государстве суд есть прежде всего хранитель действующего права; но затем, применяя право, он продолжает быть и создателем нового права... [10]

№ 4.

Прочитав отрывок из книги И. А. Ильина «О монархии и республике», в котором представлены характеристики, или «основные предпочтения», монархического и республиканского правосознания, пройдите тест, позволяющий определить Ваши предпочтения.

1. Монархическому правосознанию свойственна потребность олицетворения государственного дела. То, что олицетворяется, есть не только верховная государственная *власть* как таковая, но и самое *государство*, политическое единство страны, сам *народ*.

Народ есть великое, раздельное и рассеянное множество. А между тем его сила, энергия его бытия и самоутверждения требуют *единства*. Единство народа требует духовно-волевого *воплощения: единого центра, лица, персоны, живого единичного носителя*, выражающего правовую волю и государственный дух народа. Отсюда потребность олицетворять государственное дело, – и власть, и государство, и родину-отечество, и весь народ сразу. Процесс олицетворения (персонификации) состоит в том, что нечто *неличное* (в данном случае – государственная власть), или

сверхличное (родина-отечество), или *многоличное* (народ, объединенный в государство) – переживается как *личное существо*.

Это олицетворение кажется республиканскому правосознанию совершенно неубедительным и ненужным. Почему именно это *лицо* воплощает государство и государственную власть? Почему не другой кто-нибудь, более умный, более образованный, более даровитый? Почему, например, не «я»? Почему вообще кто-нибудь один, а не все мы вместе и сообща? Да и к чему это «олицетворение» вообще? В результате республиканец переживает этот процесс олицетворения как несоответствующий «идеалам» «демократии».

2. Монархическому правосознанию присуща склонность воспринимать и созерцать государственную власть как начало *священное, религиозно освящаемое* и придающее монарху особый, высший, *религиозно осмысливаемый ранг*; тогда как для республиканского правосознания характерно вполне земное, *утилитарно-рассудочное восприятие* государственной власти.

Республиканскому правосознанию нужна не персона, а *рядовой политик из обывателей*, избираемый *на срок, ответственный* перед парламентом и народом, по возможности удовлетворяющий элементарным требованиям гражданской чести, во всяком случае *публично не слишком опороченный*; ему нужно знать, что этот срочный чиновник старается руководствоваться соображениями государственной пользы и что против его возможных злоупотреблений имеются известные *гарантии*. Монархическая концепция и традиция кажется республиканцу собранием предрассудков, суеверий, и даже проявлением политической глупости.

3. В ближайшей связи с этим стоит склонность монархического правосознания к *семейственному* созерцанию государства и к *отеческому* осмысливанию верховной государственной власти. Монархическое правосознание *патриархально*; оно склонно переносить строй семьи в государство, а строй монархии в семью. Пока люди будут жить семьями и притом единобрачными (моногамия!) и особенно едино-отеческими (моноандрия!), до тех пор в человеческой душе будут вновь и вновь оживать от самой природы вложенные в нее *монархические тяготения*.

Республиканское правосознание несет с собою идею множества «рядом-жителей», человеческих «атомов», которым должны быть обеспечены – прежде всего «свобода», потом «равенство» и наконец столько «братства», сколько его останется после расщепляющей свободы и после всеснижающего равенства. Рядом-жителями атомы никогда не станут *братьями*... Республиканство есть такой уклад гражданственности, в котором водворяется не братство, а, по меткому выражению Константина Леонтьева, *уравнительное всесмешение*.

4. Характерное и устойчивое отличие монархического правосознания – это культура *ранга* в человеческих отношениях вообще и в государственном строительстве в частности.

Ранг есть прежде всего вопрос *качества*, и притом *подлинного* качества; признание ранга есть потребность искать и находить *качественное преимущество*, придавать ему полное значение, уступать ему жизненную дорогу и осуществлять это в государственной жизни. Поверхностные политики республиканского образа мыслей сводят идею ранга к тому, что в монархиях образуются «неподвижные условия», в которые нет доступа. Исторически *так* бывает, но не только в монархиях, а и в республиках. Зато история монархии знает и совершенно обратное. Именно волевые и созидающие государи обычно обнаруживают желание находить повсюду качественных людей, обладающих опытом, силою суждения, честностью, прозорливостью и волевою энергией. Монархическое правосознание склоняется к признанию того, что люди и перед лицом Божиим и от природы *разнокачественны*, *разноценны* и потому, естественно, должны быть *не равны в своих правах*.

Справедливость требует не «равенства» и не «привилегий», а *предметного уравниения и предметно-справедливых привилегий*. Справедливо, чтобы люди, совершившие однородные преступления, одинаково привлекались к суду; чтобы люди с одинаковым доходом платили одинаковый подоходный налог. И в то же время справедливо, чтобы беременные женщины имели известные привилегии; чтобы преступники и душевнобольные были лишены права голоса; чтобы государственные должности давались талантливым, умным и честным людям и т. д. Привилегии должны быть предметно-обоснованы. Необходимо умение *верно* распределять ранг. Ибо *непредметные привилегии* компрометируют начало *справедливого неравенства* и пробуждают в душах склонность к *несправедливому, непредметному уравниению всех во всем*.

Этому противостоит известный республиканский предрассудок, согласно которому люди рождаются равными и от природы равноценными и равноправными существами. *Республиканское* правосознание сосредоточивается на человеческих сходствах, особенно на сходствах в потребностях, в эгоистическом интересе, в требовании личной и политической свободы и имущественного состояния. Эти сходные потребности и претензии оно признает существенными и требует для людей *равенства*: чем больше равенства в правах и в социальных возможностях, тем справедливее данный строй. Напротив, *монархическое* правосознание сосредоточивается на человеческих несходствах, особенно на различиях рождения, наследственности, воспитания, образования, воли и одаренности. Эти различия оно признает за существенные и видит справедливость в соответствующем неравенстве.

У республиканского правосознания всегда имеется *предубеждение против всякого неравенства*, особенно связанного с рождением, наследственным правопреемством, воспитанием, образованием, талантом и волею. А у монархического правосознания обычно имеется *предубеждение против всех уравнилельных мероприятий*, особенно связанных с политическим полноправием и имущественным состоянием. Итак: монархическое правосознание склонно культивировать *ранг в ущерб равенству*, а республиканское правосознание склонно культивировать *равенство в ущерб рангу*.

5. Монархическому правосознанию свойствен известный *консервативный* уклон. Монархия как строй имеет свои определенные *традиции*, на которых она покоится, которыми она дорожит и от которых неохотно отступает. Монархическое правосознание не склонно к скорому и легкому *новаторству*; напротив, оно склонно к выжиданию, к блюдению наличных законов; оно неохотно решается на радикальные реформы и, во всяком случае, берется за них только тогда, когда они *назрели*.

Напротив, республиканскому правосознанию, не связанному ни религиозными, ни сословными, ни ранговыми мериллами, всякая реформа, благоприятствующая «свободе», уравниению и удовлетворению действительных или мнимых вожелдений простого народа, – кажется естественной. Слова «свобода», «равенство» переживаются так, как если бы каждое из них выражало некую неоспоримую «аксиому» «добра».

6. Монархическое правосознание, религиозно укорененное и олицетворяющее государственную власть, строящееся на началах семьи, ранга и традиции усваивает себе в отношении к главе государства настроение *доверия*. Монархист доверяет своему государю. Там, где это доверие колеблется, там слабеют незримые, но самые прочные нити, скрепляющие монархическое государство; и обратно: где доверие к государю прочно, там монархия может цвести и вести народ.

Доверие монархиста к своему Государю состоит в том, что подданный твердо и цельно полагается на его *намерения* и на его *способности*. Он верит в то, что монарх верен своему государству и своему народу; что он искренне желает для него добра, силы и расцвета; что он справедлив и хочет справедливости для всех; что он бескорыстен и требует бескорыстного служения от других. Вне этого монархист не представляет себе царя; не видит и не чувствует царской власти. Но монарх должен *уметь вызывать в народе доверие*. Доверие открывает сердца подданных и *вызывает их активность* и их *инициативу* в содействии монарху. Оно внушает подданному непоколебимую уверенность в том, что в государстве есть единая, правая и справедливая верховная воля, у которой можно найти всякую правду и оборону;

что есть *куда* обратиться, есть к *кому* воззвать; что государство не формальная организация и не слепой механизм, ибо *за* всем этим и *выше* всего этого имеется благая и верная воля, способная совестно оценивать вещи и дела и по правде решать споры и несогласия.

Самая идея «доверия к главе государства» кажется республиканцам вообще неуместной, противоестественной и, может быть, даже опасной. Республика есть по существу своему такой политический строй, при котором глава государства обставляется всевозможными гарантиями недоверия. Глава государства должен быть обставлен формальными гарантиями, направленными против его свободного разума и политического творчества. Вот почему президент республики *избирается*, а система и процедура избрания нередко обставляется так, что кандидат остро испытывает свою *зависимость* от партий и от массы избирателей. Предвыборная агитация ставит его нередко в положение *искателя*, массового «угодника» и демагога, речам которого внимают толпы народа, могущие выразить ему неодобрение в самых грубых и унижительных формах (например, в виде забрасывания будущего главы государства тухлыми яйцами). Кандидат старается угодить толпе, – то пожатием рук, то показыванием своей жены, то политическими обещаниями.

Там, где недоверие к главе государства выражается в системе ограничивающих и обезличивающих его «гарантий» против него самого, – там имеется налицо республика, хотя бы глава государства все еще назывался королем. Республика строится на принципиальном недоверии к главе государства, объективированном в виде системы учреждений. Понятно, что в душе республиканца это недоверие принимает не только личный, но и принципиальный характер, а в критические моменты превращается в пафос, ибо в этих «гарантиях» и ограничениях республиканское правосознание видит оплот и защиту для своих высших идей – свободы от тирании и всеобщего равенства.

7. Истинный монархизм ценит волю к *служению*, а республиканизм – волю к *личному выдвигению*.

8. Монархический уклад души умеет ценить начала *дисциплины* и *субординации*, тогда как республиканство недвусмысленно предпочитает начало личной инициативы и форму *координации*.

Это обнаруживается на всех жизненных формах и на всех ступенях бытия, особенно же в семье. Для *монархии* характерен более или менее авторитарный строй *семьи*, в котором отец – все еще домовладыка, а мать – все еще хранительница «священного очага»; здесь дети почитают родителей, считаются с их волею и приемлют от них и наставление, и наказание. *Республиканский* строй семьи тяготеет к своеобразному «равенству» двух и даже трех поколений; он противится семейной

субординации и дисциплине; естественное старшинство и первенство родителей становится какой-то устаревшей фикцией, отжившим предрассудком; моногамия и моноандрия расшатываются, а с ними вместе исчезает и монархический корень древней семьи.

*Ильин И. А. О монархии и республике (в сокращении)
(Ильин И. А. Собр. соч. в 10 т. / сост., вступит. ст.
и коммент. Ю.Т. Лисицы. Т. 4. М., 1994)*

Основные предпочтения монархического и республиканского правосознания

	Монархическое правосознание	Республиканское правосознание	
1	Олицетворение государственной власти	Деперсонификация государственной власти	
2	Религиозное восприятие государственной власти	Утилитарное, рациональное восприятие государственной власти	
3	Патриархальность	Социальный атомизм	
4	Культура ранга	Культ равенства	
5	Культ традиции	Культ новаторства	
6	Принцип доверия главе государства	Принцип недоверия главе государства, выражающийся в наличии организационных гарантий против его злоупотреблений	
7	Ценность служения	Ценность личного выдвижения	
8	Начало дисциплины и субординации	Начало личной инициативы и координации	

Тема 6. ПРАВО И ГОСУДАРСТВО

В процессе изучения данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) основные теоретико-правовые подходы к понятию государства;
- 2) основные модели соотношения права и государства, их теоретические основания и обусловленные ими практические следствия;
- 3) понятие государственного суверенитета и его историческая эволюция;
- 4) различия интерпретаций понятия государственного суверенитета в основных моделях соотношения права и государства;
- 5) концепции правового и социального государства;
- 6) форма государства;
- 7) понятие и виды государственных органов.

№ 1.

В соответствии с планом, утвержденным резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 29 ноября 1947 г. № 181, на территории Палестины рекомендовалось создание двух государств: еврейского и арабского. 14 мая 1948 г. было провозглашено создание государства Израиль. За этим последовал ряд арабо-израильских войн, в результате которых Израиль установил фактический контроль над всей территорией Палестины и частью территории соседних арабских государств. 15 ноября 1988 г. на сессии Палестинского национального совета (руководящего органа Организации освобождения Палестины) в Алжире было провозглашено создание государства Палестина. Палестина в качестве суверенного государства была признана 128 государствами, в том числе СССР. В 1995 г. между Израилем и Организацией освобождения Палестины был заключен договор о создании Палестинской национальной администрации, осуществляющей самоуправление на территории проживания арабского населения. Территория государства Палестина разделена на две части (Западный берег реки Иордан и сектор Газа), не имеющих прямой связи между собой. Значительная часть Западного берега реки Иордан занята еврейскими поселениями и полностью контролируется Израилем. У государства Палестина нет армии, но есть полиция и собственная правовая система.

1. Раскройте признаки понятия государства. Является ли государственный суверенитет признаком государства?

2. Какими признаками государства обладает Палестина? Является ли она государством?

3. Если да, то с какого момента появилось данное государство – с момента решения Генеральной Ассамблеи ООН 1947 г., с момента провозглашения государства Израиль, с момента провозглашения создания государства Палестина в 1988 г., с момента признания государства Палестина другими государствами в том же году, с момента заключения договора о создании Палестинской национальной администрации или с момента начала фактического функционирования органов Палестинской национальной администрации?

3. Если нет, то что должно произойти, чтобы Палестина стала государством?

4. Какие юридические последствия порождает признание государства другим государством?

№ 2.

1. Какие модели соотношения права и государства представлены в рассуждениях Г. Ф. Шершеневича (фрагмент № 1), Г. Еллинека (фрагмент № 2), Л. И. Петражицкого (фрагмент № 3) и Г. Кельзена (фрагмент № 4)?

2. Сформулируйте основные признаки соответствующих моделей соотношения права и государства. Каковы теоретические основания данных моделей и вытекающие из них практические следствия?

3. Какая из моделей соотношения права и государства характерна для концепции правового государства?

4. В чем, по Вашему мнению, состоят основные различия между классическим и современным юридическим позитивизмом в понимании соотношения права и государства?

[1.] Нормы права – это требования государства. Государство, являясь источником права, очевидно, не может быть само обусловлено правом. Государственная власть оказывается над правом, а не под правом. Государство есть явление первичное, право – вторичное. Такова теория первенства государства, на которой строится определение права по признаку принудительности.

Прямую противоположность ей составляет теория первенства права. Сама государственная власть носит правовой характер. В основе государственной власти лежит не факт, а право. Государство не может быть источником права, потому что оно само вытекает из права. Над государством находится право, которое поэтому его сдерживает и ограничивает.

Это не только две противоположные точки зрения на один из спорных в науке вопросов, это – два противоположных мирозерцания в области обществоведения.

В последнее время выдвинулся ряд ученых, выступивших на защиту теории первенства права. Почти все страны выставили своих представителей. Посмотрим на их доводы. Из Голландии на этот вопрос отозвался профессор университета в Гренингене Краббэ. Соотношение между обеими указанными теориями Краббэ понимает так. «Теория первенства государства имеет в своем основании представление, что сила коренится в личном праве повеления. Теория же первенства права покоится на представлении о безличной власти, свойственной нормам права именно потому, что они право. Последняя теория есть плод высшей культуры и предполагает способность к абстрактному мышлению». Основная идея теории, отстаиваемой Краббэ, та, что «сила, которую способно проявить государство, есть исключительно правовая сила». Если государство обладает принудительным аппаратом, то действие этого аппарата, магистратуры, полиции, войска, обеспечивается всецело соответствием праву. Повиновение всех, подчиненных государству, есть повиновение праву. Приложение силы, направленное к осуществлению государственной цели общего блага, есть исполнение правовой обязанности со стороны органов власти.

[...] Само право имеет своей целью общественное благо и постольку лишь обладает правовой ценностью (*Rechtswert*). Государственная власть в роли законодателя не творит право, а лишь вскрывает его. [...] «Резюмируя, мы позволяем себе утверждать, что установленные законодателем нормы являются правовыми нормами, потому что законодатель признан органом права со стороны правового порядка. Но поддерживающий это признание правовой порядок обязан своей принудительной силой соответствию его норм правовым убеждениям народа.

Как только он потеряет эту почву, так тотчас же на место существующего правового органа станет другой, в случае необходимости путем сокрушения положительного (!) права». Совершенно верно, что мало развитое мышление легче всего представляет себе государственную власть путем воплощения ее в физическом лице. Но этот психологический факт не имеет ничего общего с представлением о происхождении права из государства. На место одного лица со временем у власти становится более или менее значительное число лиц. Но представление о безличной власти не есть продукт высшей культуры, а просто плод мистицизма.

Устранение власти как источника права возбуждает сомнение, где же разница между государством и другими принудительными союзами, умещающимися в государстве, – городом, земством? До сих пор мы различали закон и обязательное постановление с точки зрения необходимости для последнего соответствовать велениям первого. Но с точки зрения Краббэ граница различия стирается, потому что оба вида норм в равной мере раскрывают вне их стоящее право. В чем искать таинственное право, стоящее над государством и лишь частично обнаруживаемое в государственных законах? По мнению Краббэ, это право коренится в народных убеждениях. Но не там ли материальный источник всех вообще социальных норм? Где же тогда различие между правом и нравственностью, правом и нравами?

Тем же мистицизмом проникнуто представление о правовой автономии. [...] ...Как можно утверждать, что «право обладает... императивным характером». Кому повелевает право? Государству? Это то, что нужно Краббэ доказать и что он боится прямо высказать. А если отдельным лицам, входящим в состав государства, то Краббэ не удастся доказать положение о первенстве права над государством. Во Франции подчинить государство праву пытается в новейшее время Дюги, профессор университета в Бордо. «Вполне возможно доказать, что и помимо своего создания государством, право имеет прочное основание, предшествует государству, вышашается над последним и, как таковое, обязательно для него». Всюду, где есть общество, имеется и право. Всюду, где есть общество, имеется и право. Люди в обществе одновременно сознают и свою индивидуальность, и свою связь с другими, которая может быть названа социальной солидарностью. Правила этой социальной

солидарности и составляют объективное право, которое не подчинено государству, но подчиняет себе государство. «Если государственная власть есть власть наиболее сильных, простой факт, то все же есть норма, которая воздействует на этих сильнейших, как и на всех вообще. Эта норма есть норма права». «Основанная на совпадении целей социальных и индивидуальных, эта норма находит свое первое проявление в совести людей, более полное выражение в обычае, в законе и свое осуществление в физическом принуждении государства, которое таким образом оказывается не чем иным, как силой, служащей праву». «Государство подчинено норме права, как и сами индивиды; воля властвующих является правовой волей, способной прибегать к принуждению только в том случае, если она проявляется в границах, начертанных нормой права». «Таким образом властвующие ограничены в своих действиях нормой права, отрицательно и положительно, отрицательно, – потому что они не могут сделать ничего противного норме права, положительно, – потому что они обязаны содействовать социальной солидарности».

Откуда явилась эта норма права, которую Дюги ставит над государством? Составляет ли это факт, данный в опыте? Дюги не стоит на том. «Если бы нельзя было установить основания права, помимо создания его государством, то следовало бы утверждать, как постулат, существование права, предшествующего государству и стоящего над ним». Дюги не стесняется заявлять, что предположение такого права нужно, «чтобы добиться ограничения действий государства». [...]

Допустим, что норма социальной солидарности стоит над государством. Тогда, казалось бы, должно быть одно общечеловеческое право? Но Дюги колеблется. Конечно, социальная солидарность охватывает всех членов человечества, но пока эти связи слабы. Как объяснит однако Дюги, что положительное право различается по государствам, если оно не зависит от государства? И если социальная солидарность будет охватывать все человечество и даст единое положительное право, то не стоит ли этот ожидаемый процесс в связи с процессом слияния государств?

[...] Трудно себе представить большую путаницу понятий, чем та, какую обнаруживает Дюги, выступивший со смелой мыслью перевернуть реальное отношение между правом и государством.

Если Краббэ и Дюги понимают отношение между правом и государством, как верховенство права над государством, то Еллинек, выразитель течений германской мысли, представляет себе это отношение в форме параллелизма. Право и государство идут нога в ногу, государственный порядок есть в то же время и правовой порядок. Созданное государством право обязывает не только подвластных, но и само государство.

[...] «Два психологических элемента обуславливают превращение государственного порядка в правопорядок. Первый, превращающий фактически осуществляемое в нормативное, есть элемент консервативный; второй, порождающий представление о праве, стоящем над положительным правом, представляет собой рационалистический, эволюционный, прогрессивный, направленный на изменение существующего порядка, элемент правообразования».

Таким образом вечный параллелизм права и государства Еллинек стремится доказать, во-первых, тем, что «фактические отношения господства должны быть признаваемы и как правовые», «превращение власти государства, первоначально повсюду фактической, в правовую всегда обуславливалось тем, что присоединялось убеждение о нормативном характере этого фактического элемента, что должно быть так, как есть». Ничего нельзя возразить против утверждения, что давно сложившиеся фактические отношения приобретают характер нормативных, правовых. Но если факт не имеет за собой никакой давности, если господство установилось только вчера, как это происходит при перевороте, откуда приобретет фактическое правовой характер? Если стоять на психологической почве, то необходимо, чтобы факт уложился в сознании, а чтобы граждане освоились с мыслью, что то, что произошло, и должно было произойти, на это требуется время. Еллинек делает совершенно неожиданный оборот и утверждает, что «осуществление государственной власти узурпатором тотчас же создает новое правовое состояние, так как здесь нет такой инстанции, которая могла бы признать факт узурпации юридически ничтожным». Итак, всякое господство властвующих имеет правовой характер, потому что нельзя оспорить правомочности захвата власти. Разве же такое утверждение не доказывает лучше всего полной несостоятельности мнения, будто государство всегда существует и действует в категории права?

С другой стороны Еллинек предвидит, что традиционный государственный порядок может разойтись с требованиями, предъявляемыми обществом к праву. Конечно, нет ничего логически невозможного в том, что между правом, поддерживаемым государством, и нравственными требованиями может возникнуть несоответствие. Но с точки зрения Еллинека здесь кроется большое затруднение. Для Еллинека «необходимым признаком всякого права является то, что оно есть право действующее», и действующим называется то право, которое соответствует «убеждению в том, что мы обязаны следовать этой норме». «На этом чисто субъективном моменте построен весь правопорядок». Но если так, то общественные требования, вытекающие из убеждения, что необходимо следовать таким-то новым, непризнанным со стороны государства, нормам, должны быть признаны действующим правом. В каком же тогда отношении окажется право, поддерживаемое государством

ной властью и расходящееся с убеждениями подвластных, к праву, отвечающему убеждениям подвластных, но не поддерживаемому или даже подавляемому государственной властью? Отрицать такие конфликты не может никто, не закрыв предварительно глаза на действительную жизнь. Но с точки зрения параллелизма права и государства они необъяснимы.

Мы рассмотрели важнейшие попытки опровергнуть то положение, что право есть произведение государства, что право держится только государством, что государственная власть, творящая право, стоит сама вне правовой досягаемости. Все эти попытки не выдерживают логической критики. Сознавая свою теоретическую слабость, защитники стремятся поставить вопрос на почву постулата. Но попытки подчинить государство праву не выдерживает и этической критики. Дело не в том, чтобы связать государство правовыми нитками подобно тому, как лилипуты связывали Гулливера. Вопрос в том, как организовать власть так, чтобы невозможен был или был доведен до *minimum*'а конфликт между правом, исходящим от властвующих, и нравственными убеждениями подвластных. Для этого не надо изображать мнимые правовые гарантии, а следует лишь раскрывать нравственный долг гражданина в связи с сознанием личного интереса.

Государство предшествует праву исторически и логически.

[...] С логической стороны важно не то, кем и когда созданы нормы поведения, признаваемые правовыми. Суть дела состоит в том, что для признания за нормами правового характера необходимо то организованное принуждение, которое только и способно отличить нормы права от всех иных социальных норм, и которое может исходить только от государства. Пусть исторически содержание некоторых норм предшествует государству, напр., в семейной области, но логически эти нормы стали правовыми только тогда и только потому, что создалось государство, обеспечивающее присущими ему силами их исполнение. Право, есть функция государства, и потому логически оно немислимо без государства и до государства.

Если право держится авторитетом государства, то чем руководствуется государство, создавая те или иные нормы права или поддерживая те или иные нормы, создавшиеся помимо него? Если государственная власть есть основанная на силе воля властвующих, то выдвигаемые ею нормы права должны прежде всего отражать интересы самих властвующих. Те, в чьих руках власть, вводят поведение подвластных в те нормы, которые наиболее отвечают интересам властвующих. Нормами права поведение подвластных приспособляется к интересам властвующих. Чем уже круг властвующих, тем резче выступает противоположность их интересов интересам остальной части государства. Чем шире этот круг, напр., в республике, тем сильнее затушевывается это значение права.

В указанном направлении эгоизм властвующих сдерживается с одной стороны собственным эгоизмом, с другой эгоизмом подвластных. Эгоизм властвующих подсказывает им благоразумие и умеренность в правовом творчестве. Они могут охранять правом свои интересы только тесно сплетая их с интересами подвластных и, по возможности, не доводя последних до сознания противоположности. Подвластные со своей стороны заинтересованы в том правовом порядке, который устанавливается властвующими, потому что порядок, хотя бы он и неравномерно распределял выгоды, все же лучше беспорядка, лишаящего каждого всякой обеспеченности. Но, сами подвластные, понимая все значение правопорядка для интересов властвующих, оказывают все больший напор на государство, требуя внимания к своим интересам. С ростом сознательности и с увеличением организованности общественных сил, давление подвластных на власть становится все сильнее, несмотря на усовершенствование государственного механизма.

Право представляет равнодействующую двух сил, из которых одна имеет своим источником интересы властвующих, а другая - интересы подвластных. Право, поддерживаемое государством, есть результат соотношения государственных и общественных сил. С развитой сейчас точки зрения вполне оправдывается положение Иеринга, что «право есть хорошо понимаемая политика силы». Благоразумие принуждает властвующих к самоограничению. В литературе нередко эта идея самоограничения власти, принадлежащая Иерингу, смешивается с идеей государственного самоограничения, выставленной Еллинеком. Но здесь нет ничего общего. Иеринг говорит о фактическом самоограничении, Еллинек – о правовом. Иеринг полагает, что в праве государство ставит себе границы, потому что это подсказывается хорошо сознанным интересом, для Еллинека государство сдерживает свои интересы в созданных им самим границах, потому что нарушению этих границ мешает право. Точка зрения Иеринга есть реальный взгляд, взятый из наблюдения и основанный на понимании человеческой природы, точка зрения Еллинека есть мистический взгляд, подсказанный политической романтикой.

Если право исходит от государства, если государство стоит над правом, то не санкционируется ли такой точкой зрения произвол? В ужасе перед таким выводом иные признают воззрение на государственную власть как надзаконную и неограниченную отзвуком абсолютного государства. [...] Но, спрашивается, кто более находится в тумане, тот ли, кто смотрит на действительность, как она представляется ему в наблюдении, или тот, кто смотрит на эту действительность сквозь очки своих пожеланий? На почве абсолютизма выработалось начало: *princeps legibus solutus est*. Оспаривать его верность в отношении государства, которое управляется волей одного лица, никто сейчас не решается. Вся критика этого начала направлена в

пользу неприменимости его к современному «правовому» государству. Но разве сущность государства изменяется с переменной формы правления? Не все ли равно для понятия о том, что такое государство, кто является органом власти, самодержавный монарх, парламент в английском значении или французская палата депутатов с сенатом? *Respublica legibus soluta est.*

Признание государства стоящим над правом, наводит на мысль, что нет разницы между властвованием и произволом. Но тогда что же отличает государство от шайки разбойников? Вот вывод, который, вследствие своей возможности, толкает в сторону теории первенства права, побуждает набросить на государство правовой покров.

Этот аргумент выставлен был еще блаженным Августином в V веке. От него идет анекдот о том пирате, который сказал Александру Македонскому, что на своем маленьком судне он делает то же, что Александр со своим большим флотом, хотя одного зовут разбойником, а другого – великим царем.

Как ни оскорбительно для слуха сопоставление государства с шайкой разбойников, однако науке нельзя отделяться чувством отвращения и брезгливости, и необходимо найти, в чем же это различие, если оно есть. Некоторые не могут признать княжество Монако государством, потому что не находят разницы между ним и игорным домом. И все же княжество Монако остается государством.

Эта граница может быть проведена в том направлении, что государство действует путем права, а шайка разбойников путем произвола. Где же различие между правом и произволом? Этот вопрос поставлен и удачно разрешен Штаммлером. Право есть правило поведения и должно быть соблюдаемо самой властью, его устанавливающей, пока оно не будет заменено новым правилом. Если же власть, установившая правило, не считает нужным его соблюдать, а действует в каждом конкретном случае по своему усмотрению, то право сменяется произволом. Здесь опять-таки нет речи о правовой связанности, а все дело в политике самоограничения, подсказанной благоразумием, хорошо сознанным интересом. Исторически иногда трудно провести то различие, которое мы ищем. Что, в самом деле, представляют собой все эти Аттииллы, Аларихи, Хлодвиги, не исключая и Вильгельма Завоевателя, как не крупных разбойников? Но утвердившись разбойнически, одним насилием, они поняли, что в их личном интересе необходимо считаться с интересами подвластных, утвердить возможность спокойного сожительства и некоторые из них сумели установить порядок, построенный на нормах. И отличие образованного таким началом государства от шайки обнаружилось в том, что власть стала проявлять свою волю в нормах, которые она сама устанавливала, сама изменяла, но и соблюдала, пока не заменила новыми. Во-вторых, основное различие между государ-

ством и шайкой то, что шайка пользуется силой для разрушительных целей, а государство обращает силу на созидательные цели.

Если государственная власть, хотя и не подчиняется праву, но фактически считается с созданным ею самой правом, то государство уходит далеко от шайки. Но все же не следует забывать, что государство нередко возникало из шайки, и что оно снова может подойти к ней, насколько в государстве право сменится произволом. Теория первенства государства находится в тесной связи с теорией принуждения в учении о праве. Кто считает отличительным признаком права момент принудительности, тот не может не разделять взгляда, что право стоит под государством, как его произведение. Государственная власть есть тот начальный факт, из которого исходят, цепляясь друг за друга, нормы права. Между тем некоторые указывают на... логическую ошибку теории принуждения [приводится аргумент Л. И. Петражицкого о бесконечном регрессе санкций]. Здесь все верно, кроме последнего слова, и тем не менее это вовсе не опровержение теории принуждения.

Такой ряд норм, взаимно связанных и образующих непрерывную цепь – несомненный факт. Чем сложнее государственный механизм, тем длиннее эта цепь, тем больше в ней звеньев. Если пристав или городской способны настаивать на исполнении нормы права (x), так это потому, что за ними, постепенно поднимаясь через ряд ступеней государственной иерархии, стоит сама государственная власть со всей присущей ей силой. Приведенное возражение имело бы значение, если бы ряд норм, поддерживающих друг друга, был на самом деле бесконечен. Но это-то и неверно. Как только мы дошли до государственной власти, мы уперлись в факт, на котором укреплена вся правовая цепь. Указание на бесконечность было бы неотразимо, если бы мы признали, что государственная власть сама держится на праве. Но, признав первенство государства, признав, что не право стоит над государством, а государство над правом, мы уничтожаем всю силу приведенного возражения.

Г. Ф. Шершеневич. Общая теория права (1910)

[2.] Государственный правопорядок есть право для тех, кто ему подвластен. Но является ли он правом и для самого государства?

Исходя из того положения, что государство вправе изменить всякую правовую норму, многие и теперь еще утверждают, что само государство не может быть связано его собственным правом. В публичном праве существуют императивы по отношению к органам государства, но государство само не может ничего предписывать самому себе. [...]

Эта проблема имеет... метаюридический характер. Но от удовлетворительного решения ее зависит возможность всякого публичного права и с тем вместе всякого права вообще.

Посмотрим сперва, к каким последствиям приводит учение, признающее государство не связанным и не могущим быть связанным его правом?

Из этого учения вытекает, что то, что для подданного – будь то частное лицо или орган государства – является правом, для самого государства не есть право. Иначе говоря, если мы смотрим с высоты государства в низины права, мы находим – лишь пустое место. Всякое право для государства не право, правовое ничто, чуждое и остающееся чуждым ему самому, но навязываемое им его подданным и таким образом возвышаемое для последних на степень права.

Подобное воззрение может быть последовательно проведено только на почве строго теократического строя. Только божество или почитаемый как божество монарх в состоянии возвыситься не поддающиеся обоснованию и изменчивые проявления своей воли на степень нормы поведения, долженствующей быть признаваемой всеми, но не им самим.

Но совершенно иначе обстоит дело там, где деятельность государства регулируется прочными правовыми нормами, возникающими и подлежащими применению только в установленных правом формах. Такая норма прежде всего обязательна для органов государства. Но с тем вместе является уже связанной и деятельность самого государства, – деятельность органов государства и есть сама государственная деятельность, другой деятельности государства, кроме осуществляемой через посредство его органов, вообще не существует. В такой норме заключается, с другой стороны, гарантия для подданных, что органы государства обязаны соблюдать ее. Уголовное право есть не только руководство для судьи, а финансовое – для податных чиновников, они в то же время гарантируют подданным, что в соответственных случаях только закон послужит основанием решения. Всякая норма дает право ожидать, что она ненарушимо будет применяться до тех пор, пока не будет правомерного основания к ее отмене. Это уверенность в ненарушимости правопорядка в значительной мере обуславливается необходима для каждого отдельного лица возможность соотносить свои действия и их последствия; она является необходимым условием культурного непрерывного развития, так как только она и создает то социальное доверие, без которого взаимные сношения между людьми были бы возможны лишь самых элементарных, зачаточных формах.

В каждом правоположении заключается, таким образом, гарантия для подчиненных этому праву, что пока оно действует, оно обязывает и само государство. Если государство требует от своих органов, чтобы они в своей деятельности руководствовались правом, то это зависит не от произвольного его усмотрения – как это выходит по противоположной теории, последовательно проведенной, – а является только исполнением его обязанности. В акте правосозидания, каким бы путем не

возникло это право, государство принимает на себя по отношению к поданным обязанность применять и осуществлять это право. [...]

Только с указанной точки зрения становится возможным представление о правах и обязанностях государства. Кто отвергает ее, тот может признать между государством и индивидом только отношения, основанные на силе, но не правоотношения.

...На высшей ступени правового развития правовой оценке подлежит и правотворческая деятельность государства. Акт правотворчества – даже в том случае, когда результат его остается в силе, – может заключать в себе нарушение права. [...]

Идея связанности государства его правом играла значительную роль при создании современных конституционных хартий. Эти последние стремятся поставить определенные пределы всемогуществу самого государства в области законодательства, не только путем установления точных норм для проявления воли государства, но, прежде всего, путем признания «гарантированных» прав индивида. Эту гарантию усматривали и признанию неизменности защищенных таким образом прав.

*Г. Еллинек. Общее учение о государстве (1900)
(пер. В. М. Гессена, Л. В. Шалланда. СПб., 1903)*

[3.] Среди разных представляемых объектов, которыми императивно-атрибутивная психика наделяет разных субъектов, имеется объект, называемый «властью». Наделение известных лиц властью лежит в основе всякой социальной организации, в том числе государственной.

Многие социологи, Спенсер и др., считают человеческие общества особыми организмами с единым управляющим нервным центром, с системой подчиненных органов, приводимых в координированное и соответствующее потребностям и благу целого движение указаниями этого нервного центра и проч.; и с этой «биологической» точки зрения, т. е. путем переноса разных положений из области анатомии и физиологии организмов в область социологии они пытаются объяснять явления человеческой общественной жизни.

Подобные же представления существуют в разных других сферах науки, в том числе в правоведении и специально в науке о государстве.

Многие государствоведы отождествляют государство, так же как социологи биологической школы – с организмом, или во всяком случае (и в случае оговорки против такого отождествления) приписывают государству разные такие свойства, которые заимствованы из области представлений органической жизни; определяют государство как единую личность, приписывают ей особую «единую» волю и силу, говорят об «органах» этой воли и проч.

Эти и т. п. учения... объясняются тем, что между явлениями государственной и вообще общественной жизни, с одной стороны, и явлениями, свойственными животным организмам, с другой стороны, действительно существуют некоторые аналогии. Главная и основная аналогия состоит в том, что в человеческих обществах имеется такое координированное и сообразованное с потребностями и благом всего общественного союза поведение разных его членов, которое состоит в руководстве и указаниях со стороны одних и подчинения этим указаниям со стороны других, подобно тому, как в животных организмах замечается координированное и приуроченное к потребностям целого функционирование отдельных органов, причем одни органы, центральные органы нервной системы, управляют движениями других органов.

Но эта аналогия и ее констатирование не есть научное объяснение государственных явлений общественной жизни, которые имеют свои причины и требуют соответствующего объяснения независимо от их сходства с другими явлениями.

Для научного объяснения общественных явлений, порождающих указанные ассоциации идей и учения, необходимо выяснить психологическую природу явлений общественного властвования и подчинения.

Вопрос о природе общественной, главным образом государственной власти обсуждается в современной науке о государстве.

Господствующее мнение конструирует *государственную власть как единую, обладающую принудительной, непреодолимой силой волю государства как особой личности*. Некоторые, впрочем, отождествляют государственную власть с волей отдельных правителей, снабженной принудительной силой, другие – просто с силой. [...]

Государственная и вообще общественная власть есть не воля и не сила, вообще не нечто реальное, а эмоциональная проекция, эмоциональная фантазма; а именно, она означает особый вид приписываемых известным лицам прав.

... Для удобства изложения сначала из (сознательно) проекционной точки зрения, мы можем определить подлежащие права как правоотношения, состоящие в обязанностях одних (подвластных) исполнять известные или вообще всякие приказания других (наделенных властью) и терпеть известные или вообще всякие воздействия со стороны этих других; обязанности этого содержания закреплены за другими как их права (притязания на послушание и правомочия на соответствующие действия, например, телесные наказания, выговоры и т. п. по отношению к подвластным).

Для определения природы государственной власти следует различать разные виды и разновидности этих правоотношений.

Прежде всего следует различать: 1) общие власти и 2) специальные.

1. Под *общими* властями или правами власти следует разуметь правоотношения, состоящие из: а) общих правовых обязанностей послушания, т. е. обязанностей повиноваться всяким велениям другой стороны, каково бы ни было их содержание, или всяким велениям за исключением некоторых, особо изъятых и б) общих обязанностей терпения воздействий, т. е. терпения всяких воздействий, в том числе, например, телесных, членовредительных наказаний, смертной казни, со стороны властителя, или всяких за исключением некоторых особо изъятых, например, смертной казни (неограниченные и ограниченные особыми изъятиями общие власти).

2. Под *специальными* властями следует разуметь соответствующие специальные, т. е. ограниченные определенной областью поведения, обязанности одних – права других. Например, власть председателя собрания ученого общества, законодательного собрания, митинга и т. п. есть специальная власть, право на терпение известных только действий и подчинение только известным распоряжениям со стороны прочих членов собрания, а именно только таких действий и распоряжений, которые относятся к соблюдению надлежащего порядка обсуждения подлежащих вопросов (а не, например, к частной, домашней жизни членов собрания). Власти университетского, гимназического, церковного, военного начальства по отношению к подчиненным и т. п. – тоже специальные власти.

Далее, власти следует делить на две категории, которые можно назвать: 1) служебными или социальными и 2) господскими властями.

1. Под *служебными* или *социальными* властями мы разумеем такие власти, с которыми сочетаются (правовые) обязанности заботиться о благе подвластных или об общем благе известного общественного союза (семьи, рода, племени и т. д.) и которые подлежат осуществлению в пределах этой обязанности и как средство ее исполнения.

2. Под *господскими* властями мы разумеем власти, подлежащие свободному пользованию со стороны господина для своих личных имущественных или иных целей и интересов. С этими властями соединяются обыкновенно обязанности подвластных служить, оказывать всяческие услуги (общая обязанность служения) или услуги определенного рода (специальная обязанность служения) господину.

В области властей первого рода субъект власти исполняет служебную роль по отношению к подвластным или к общественной группе, в которой он наделен властью для заботы об общем деле; в области властей второго рода имеется противоположное положение; субъект власти является целью, а подвластные являются средством, играют служебную роль.

Разновидностями властей последнего класса являются власть господина по отношению к рабу, помещика по отношению к крепостным, барина по отношению к лакею и иной домашней прислуге, хозяина по отношению к батракам, приказчикам и иным служащим в частном предприятии. [...] К служебным властям относится, например, власть опекуна над подопечным, власть няньки, бонны, гувернантки, директора учебного заведения, воспитательного дома и т. п. по отношению к вверенным их попечению. Право опекунской или воспитательной власти существует для заботы о подопечных или питомцах и имеет соответствующее содержание, так что пользование правом повеления, распоряжения личностью и имуществом подопечного для собственной, опекуна или воспитателя наживы или т. п. юридически исключается. Служебный по отношению к социальной группе, к общему благу ее (социальный в узком смысле) характер имеют семейные власти: отеческая, материнская, мужняя. [...] Такова же природа власти князей, королей, вообще высшей (ср. ниже) государственной власти. Это не «сила» и не «воля», а приписываемое данному лицу им самим и другими общее, социально-служебное право повеления и иного воздействия на подданных (в том числе распоряжения общими делами) во исполнение обязанности служения общему благу.

Реальные явления, лежащие в основании эмоциональных проекций – властей, принадлежащих разным лицам, т. е. приписываемых им правовой психикой, состоят в соответствующих эмоционально-интеллектуальных переживаниях правового типа: во-первых, в императивно-атрибутивном сознании одних, что им причитается от других – рабов, слуг, детей, младших в роде, подданных и т. д. – послушание, терпение обращений в повелительном тоне и иных воздействий, выговоров и иных наказаний и т. д.; и, во-вторых, в императивно-атрибутивном сознании других, что они должны повиноваться своим господам, родителям, начальству, терпеть, безропотно переносить повелительные обращения и иные воздействия с их стороны как действия с высшей санкцией, как нечто, предоставленное господам, родителям и т. д. с высшим авторитетом.

Подлежащие моторные возбуждения вызывают соответствующее координированное, индивидуальное и массовое поведение, состоящее в том, что одни повелевают, распоряжаются общими делами, наказывают провинившихся и проч., а другие безропотно это переносят, беспрекословно исполняют распоряжения первых и проч. В случае нежелания подчиняться со стороны подвластных в психике тех, которые приписывают себе власть, т. е. право на послушание и т. д., и других, психически с ними солидарных, действует свойственная правовой психике... тенденция заставить строптивых подчиниться, наказать за непокорность и т. д. Поскольку имеются другие подвластные... то кроме собственной физической силы или вместо

нее у властителя... имеются в распоряжении силы этих других подвластных, чтобы одолеть сопротивление строптивного и непокорного подвластного; он может достичь этого путем соответствующего распоряжения по адресу других подвластных. Чем больше имеется таких, которые приписывают данному лицу, хотя бы дряхлому и бессильному старцу, право на послушание с их стороны и сообразно с этим исполняют его распоряжения, тем большей коллективной силой распоряжается властитель, тем более могущественным повелителем он является. Отсюда смешивающие совершенно разнородные вещи представления государствоведов о государственной власти как «непреодолимой силе» или единой воле государства, снабженной непреодолимой силой и т. п. наивно-реалистические или фантастические представления.

Для уяснения природы социальных организаций и соответствующего индивидуального и массового поведения, в частности и в особенности для уяснения природы государства и соответствующего поведения властвующих и подвластных, напоминающего движение сложного механизма или организма, необходимо еще иметь в виду следующее.

Уже в более или менее многочисленных семьях, а тем более в родовых группах, заключающих в себе несколько семей под властью родоначальника, и тем более в государственных организациях – имеется обыкновенно не одна власть, а несколько или весьма много властей и субъектов, ими наделенных; т. е. права повеления и т. д. по отношению к подвластным приписываются двум, трем и более лицам. [...]

Сообразно с этим можно установить две категории властей: 1) *первенствующие* или *преимущественные* и 2) *последующие* или *уступающие*. [...] ...Субъекты уступающей власти обязаны по отношению к субъектам преимущественной власти к послушанию, к исполнению их указаний и, независимо от этого, к надлежащему ведению вверенного им дела. [...] Это отношение властей мы назовем иерархическим и различаем *иерархические подчиненные*, или низшие, и *иерархически господствующие*, или высшие власти.

Такую общую социально-служебную власть, над которой нет иерархически высшей власти, так что субъект этой власти является обязанным к надлежащему осуществлению своей власти и вообще к заботе об общем благе только по отношению к подвластным или подлежащей социальной группе, но не по отношению к какому-либо субъекту высшей над ним власти, мы назовем *верховой социальной властью*.

Человеческие общества, объединенные одной верховной социальной властью (т. е. приписыванием одним и тем же лицам подлежащих прав и обязанностей), мы назовем *самостоятельными* или *независимыми* социальными группами.

Кроме соответствующего императивно-атрибутивного сознания, т. е. сознания одних своего права повелевать, распоряжаться общими делами и своей обязанности заботы о благе подвластных и всей группы, сознания других – обязанности подчинения и т. д., подлежащие социальные группы объединяются и сплачиваются еще сознанием долга взаимной солидарности и верности подлежащему социальному союзу; так что, например, действия в союзе с врагами против интересов группы со стороны кого-либо из членов группы (в том числе, например, и монарха или иного субъекта верховной власти) рассматриваются как тяжкие преступления (измена). Далее, субъектам верховной власти приписывается по адресу всякого постороннего право на то, чтобы они терпели осуществление с их стороны принадлежащей им власти над подвластными, воздерживались со своей стороны от всякого вмешательства во внутренние дела группы и вообще от всякого посягательства на группу или отдельных ее членов...

Соответствующими императивно-атрибутивными мнениями и убеждениями и соответствующим координированным поведением человечество разделяется на отдельные агломераты, как бы единые, крепко сплоченные и отделенные от других тела. Иерархическое распределение властей с дающими общие директивы субъектами верховной власти во главе и с системой исполняющих эти директивы иерархически подчиненных начальств, т. е. соответствующие императивно-атрибутивные сознания и соответствующее координированное поведение вызывают представления сложного механизма с единой управляющей силой или сложного организма с «единой волей» и системой исполняющих эту волю «органов».

В действительности дело идет об особой сложной комбинации психических, эмоционально-интеллектуальных переживаний и индивидуальном и массовом поведении, вызываемом и поддерживаемом подлежащими императивно-атрибутивными моторными возбуждениями. [...]

Среди самостоятельных социальных групп, сплоченных и организованных императивно-атрибутивными мнениями и убеждениями указанного содержания... следует наряду с установленным общим классом самостоятельных социальных форм различать два подкласса, две разновидности.

Некоторые из самостоятельных социальных групп состоят или состояли в прежнее время из людей, объединенных, сверх указанных правовых убеждений, еще узами родства, т. е. соответствующими правоотношениями (сознанием взаимных обязанностей и прав) имущественного свойства (обязанностями и правами пропитания, наследования и проч.) и личного.

Сюда относятся, в частности, семейные группы в узком смысле, относительно весьма малочисленные группы людей, объединенных брачными правоотношениями

и родительской властью, и родовые группы, состоящие или состоявшие из нескольких родственных семей под властью родоначальника, патриарха (или советов старейшин), поскольку такие группы имеют или имели (до развития государственных организаций) характер самостоятельных, не подчиненных какой-либо посторонней власти групп.

Другие самостоятельные социальные группы представляют неродственные союзы, союзы между чужими, без приписывания правоотношений родства.

Психология отношений и социальная структура тех и иных групп отличаются такими существенными специфическими различиями, что наряду с общей теорией социальных организаций возможно и уместно построение специальных адекватных теорий этих двух разновидностей социальных организаций.

Самостоятельные социальные группы второго рода мы назовем *неродственными, официальными* или *государственными* группами – государствами.

По господствующему мнению существенным элементом и признаком государства считается, между прочим, наличие определенной территории.

Традиционно различаются в государстве три элемента: территория, население и государственная власть (причем не выяснена и спорна природа последнего элемента). Ввиду этого следует особо подчеркнуть, что с точки зрения психологической теории государственной организации как эмоционально-интеллектуальных явлений указанного выше рода и соответствующего координированного поведения... оседлость, наличие определенной территории, не имеет классификационного значения. И соответствующие кочевые социальные группы или бывшие оседлыми, но в данное время передвигающиеся на другие территории под властью и предводительством своих князей, царей, ханов и проч. (ср. историю Европы и Азии, эпоху передвижения народов, странствование израильского народа и т. п.). подлежат включению при наличии указанных выше других признаков в класс «государства». [...]

Государственная власть есть, как указано было выше, социально-служебная власть. Она не есть «воля», могущая делать что угодно, опираясь на силу, как ошибочно полагают современные государствоведы, а представляет собой приписываемое известным лицам правовой психикой этих лиц и других общее право повелений и «иных» воздействий на подвластных для исполнения долга заботы об общем благе.

Важнейшим служением общему благу со стороны государственной власти (субъектов подлежащих обязанностей и прав) является служение праву; и государственная власть есть власть служебная прежде всего и преимущественно по отношению к правам граждан и праву вообще.

Вообще, государственная организация, представляя явление правовой, императивно-атрибутивной психики, развивается (путем бессознательно удачного социального приспособления) сообразно потребности в прочном и обеспеченном осуществлении атрибутивной функции системы правовых норм, наделяющих отдельных индивидов и их группы известными совокупностями личных и материальных благ... и имеет служебный по отношению к соответствующему праву характер.

...Правовой психике вследствие ее атрибутивной природы свойственна потребность и тенденция добывания удовлетворения для противостоящей обязанному стороны и в случае нужды применения для этого силы, а равно потребность и тенденция возмездий в области правонарушений. Отсюда, далее, вытекает потребность в существовании высшей власти, которая бы имела в своем распоряжении достаточную силу, чтобы доставить удовлетворение атрибутивной стороне и, éventuellement, наказать нарушителя. Такую силу создает и отдает на служение праву развитие правовой психики социально-служебной власти. Субъекты этой власти могут вследствие мотивационного действия правовой психики подвластных, приписывающих им право на послушание с их стороны, распоряжаться соответствующей коллективной силой и имеют право и обязаны, сообразно долгу социального служения, пользоваться этой силой для защиты права против неправды; гражданам, членам государственного общения принадлежит право на то, чтобы властвующие пользовались предоставленной им правом властью для защиты их прав против неправды; таким образом, на сторону права и против нарушителя становится служебная коллективная сила, и это в высокой степени усиливает гарантию правильного и неуклонного осуществления атрибутивной функции права (исполнительная по отношению к праву функция государственной власти или «исполнительная власть», включающая в себя и право и обязанность наказания правонарушителей).

Затем... с атрибутивной природой правовой психики связана потребность в суде, в беспристрастном разбирательстве правовых дел и авторитетном фиксировании соответствующих прав и обязанностей. И этой потребности правовой психики служит государственная власть и удовлетворяет ее в особенно развитой и приспособленной форме. Она доставляет и обязана доставлять гражданам не только силу для защиты их прав, но «суд и расправу», упорядоченное, нормированное правом беспристрастное рассмотрение и авторитетное решение подлежащих вопросов; впрочем, для этого не требуется обоюдного добровольного согласия на судебное разбирательство двух сторон, а достаточно требования одной стороны. Применение принуждения к исполнению или репрессия, наказание нарушителя наступает здесь после судебного разбирательства обстоятельств дела со стороны субъекта общей

верховой власти, князя, короля, или со стороны особых лиц или учреждений, наделенных соответствующими специальными правами и обязанностями (судебная функция государственной власти, судебная власть).

Это, в свою очередь, дальше содействует правильному и неуклонному осуществлению атрибутивной функции права. К тому же с обязанностью доставлять гражданам суд и расправу сочетается обязанность государственной власти ограждать их от самовольного применения к ним принуждения и репрессий со стороны других и помимо установленного для этого порядка, от самоуправства и саморасправы со стороны потерпевших и т. д.; граждане имеют право на то, чтобы они не подвергались насилиям со стороны других сограждан, чтобы принуждение и репрессии могли быть к ним применяемы только со стороны надлежащих представителей общественной власти в определенных правом случаях и притом обыкновенно лишь по рассмотрении дела судом...

Это весьма важно и ценно с точки зрения общественного мира, порядка и гарантии каждому гражданину той сферы личной неприкосновенности, свободы и иных прав, которые ему предоставлены правом. Благими последствиями этого порядка пользуются не только мирные граждане, но даже и преступники; ибо последних постигает только та кара, которая полагается за данного рода деяние по закону и которую после беспристрастного рассмотрения дела постановит суд. Свыше этой меры они не терпят насилий, и прочие их права, не поражаемые законной карой, защищаются общественной властью. Расправа же с преступником со стороны потерпевшего и его друзей или со стороны народной толпы, как показывает опыт и естественно само по себе, не держится умеренных и должных границ.

Наконец, организация власти способствует и более полному удовлетворению потребности в развитии однообразного и точно определенного правового шаблона и осуществлению соответствующей унификационной тенденции, связанной... с атрибутивной природой права. Удовлетворению этой потребности и вообще совершенствованию права служит законодательная функция государственной власти или «законодательная власть», создавая позитивное правовое нормирование для тех областей и вопросов, которые прежде были лишены такового, определяя, какое позитивное право в каких областях должно быть применяемо, и т. д. [...]

...Мы убедились, что социальные организации, вызывающие впечатление как бы единых организмов с единой «волей», с единым управляющим нервным центром и системой подчиненных органов, действующих согласно потребностям и благу целого, и порождающие, на почве ассоциации идей по сходству, соответствующие социологические и государственно-правовые учения, имеющие биологи-

ческий вид, – создаются развитием особых правовых, императивно-атрибутивных психических явлений.

*Л. И. Петражицкий. Теория права и государства
в связи с теорией нравственности (1907)*

[4.] В том противопоставлении, из которого исходит традиционное учение о праве, со всей очевидностью проявляется основополагающий дуализм, который господствует в современной науке о праве и тем самым во всем нашем социальном мышлении, – дуализм государства и права. Традиционное учение о праве и государстве противопоставляет право государству как отличную от него сущность и одновременно утверждает, что государство есть правовая сущность. Такой вывод получается в результате рассмотрения государства как субъекта правовых обязанностей и правомочий, т. е. как лица, но при этом государству приписывается независимое от правового порядка существование. [...] ...Учение о государственном праве исходит из того, что государство как коллективное единство, выступающее в качестве субъекта воли и действия, существует независимо от права и даже до возникновения права. Но нас учат тому, что государство выполняет свою историческую миссию путем создания права, «своего» права, объективного правового порядка для того, чтобы затем ему подчиниться; иными словами, чтобы обязать и управомочить себя самое с помощью своего же права. Государство, как метаправовая сущность, как своего рода могучий Гулливер, как социальный организм, одновременно и обуславливает право, и, как подчиненный праву, обязанный и управомоченный через право субъект, обуславливается правом. Это известная двусторонняя теория самообязывания государства, которая, несмотря на основательные возражения, постоянно выдвигаемые против нее, несмотря на всю критику, продолжает утверждать свое с беспримерным упрямством.

Традиционное учение о государстве и праве не может отказаться от этой теории и от обнаруживающегося в ней дуализма государства и права. Ведь такой дуализм выполняет идеологическую функцию, значение которой огромно, хотя это значение и не стоит переоценивать. Государство должно быть представлено как отличный от права субъект, чтобы право могло оправдывать государство, которое одновременно и создает это право, и подчиняется ему. Право может оправдать государство только в том случае, если право есть нечто иное, отличное по своей сущности от государства, есть нечто противоположное изначальной природе государства – власти, а значит, предустанавливающее (в том или ином смысле) правильный или справедливый порядок. Тем самым государство из простого факта насилия превращается в правовое государство, которое оправдывает себя через создание права.

По мере того как религиозно метафизическая легитимация государства доказывает свою непригодность, данная теория правового государства должна становиться единственным возможным способом оправдания государства. Эта «теория» не колеблется в своих основаниях от того, что рассматривает государство как юридическое лицо, делает из государства предмет правового познания, предмет учения о государстве, и в то же самое время настоятельно подчеркивает, что государство как власть есть нечто отличное по своей сущности от права и поэтому не может быть понято с юридической точки зрения. Впрочем, противоречия, которые с необходимостью содержатся в идеологических теориях, не представляют для этих теорий никаких помех. Идеология, по сути, направлена не на углубление наших знаний, а на утверждение нашей воли. Поэтому здесь речь идет не о понимании сущности государства, а, скорее, об укреплении его авторитета.

Свободное от идеологии и за счет этого освобожденное от любой метафизики и мистики, учение о государстве может познать сущность государства не иначе, как поняв эту социальную конструкцию как некий порядок человеческого поведения. Более детальное исследование показывает, что государство есть социальный принудительный порядок и что данный принудительный порядок должен быть тождествен правовому порядку, поскольку эти два порядка характеризуются теми же актами принуждения. Одно и то же социальное сообщество не может конституироваться через два различных порядка. Государство есть правовой порядок. Но не любой правовой порядок может быть обозначен как государство, поскольку в качестве такового может быть признан только такой порядок, который для создания и применения права создает определенные, основанные на функциональном разделении труда органы. Государством называется правовой порядок, достигший известной степени централизации.

В примитивных, догосударственных правовых сообществах создание общих норм происходит через обычай, т. е. через деятельность отдельных членов правового порядка. Но при этом для установления индивидуальных норм, в особенности для их реализации через акт принуждения, изначально не существует центральных судов. Установление факта правонарушения и применение последствий правонарушения предоставлено тому, чьи защищенные правовым порядком интересы оказались нарушенными. Сын должен осуществить кровную месть за убийство своего отца в отношении убийцы и его семьи, сам кредитор должен наложить руку на имущество неисправного должника, чтобы вернуть себе данное взаймы. Это примитивные формы наказания и исполнения. Поскольку установлены соответствующие факты, то члены правового сообщества действуют в качестве органов правового порядка и конституируемого таким порядком сообщества. Они действуют, имея

правомочие от правового порядка. И поскольку в силу такого правомочия акт принуждения вменяется самому сообществу (ведь именно сообщество реагирует через акты принуждения на правонарушения), то такие акты уже не образуют новых правонарушений. Только после очень длительного развития, в результате процессов разделения общественного труда образовались центральные органы, – очевидно, что судебные и исполнительные органы образовались много раньше, чем законодательные. Но как ни был важен этот шаг с точки зрения юридической техники, он привнес лишь количественное, но не качественное различие, которое существует между децентрализованными и централизованными правовыми порядками, между примитивным и государственным правовыми сообществами.

Поскольку над государственным правовым порядком нет более высокого порядка, то государство есть высший, суверенный правовой порядок или правовое сообщество. Это в особенности означает, что отграничиваются территориальный и материальный пределы такого правового порядка, за счет чего государственный принудительный порядок фактически ограничивает свою действительность определенными пространственными и предметными пределами. Этот порядок не претендует, по меньшей мере в материальном смысле, на универсальное действие и на то, чтобы охватывать собой все человеческое поведение. В то же время данный порядок претендует на способность, не ограниченную никаким высшим правовым порядком, распространять свое действие как в территориальном, так и в материальном аспектах. Это принято обозначать как верховенство в осуществлении правовой компетенции. Но если над правовым порядком отдельного государства поднимается международный правовой порядок, то государство уже нельзя рассматривать как суверенный правовой порядок. Тогда государство можно понимать лишь как относительно верховенствующий, подчиняющийся международному праву и основанный на нем правовой порядок. [...]

Представление о том, что государство есть правовой порядок, находит свое подтверждение также в том, что те проблемы, которые до настоящего времени рассматривались в аспекте общего учения о государстве, оказываются теоретико-правовыми проблемами, проблемами действия и создания правового порядка. То, что называют «элементами» государства, – государственная власть, государственная территория, народ государства, – не что иное, как обозначение пределов действия государственного порядка в пространстве и по кругу лиц. [...]

Если в рамках принудительного порядка права рассматривать государство как порядок, а персонификацию этого порядка называть «государство как лицо», то к действительности правового порядка можно отнести все то, что обычно обозначается как «государственная власть» или «государство как власть». Такая власть, в конеч-

ном счете, выражается именно в мотивирующей силе, которая происходит от представлений, содержанием которых являются нормы правового, т. е. государственного порядка. Все те внешние проявления, в которых принято видеть государственную власть – тюрьмы и крепости, виселицы и пулеметы, – сами по себе являются мертвыми предметами. Инструментами государственной власти они становятся, только если люди пользуются ими в смысле некоего определенного порядка – постольку, поскольку представление о таком порядке, вера в необходимость действовать согласно порядку определяют деятельность этих людей.

Если все это признать верным, то разрушается дуализм государства и права. Такой дуализм предстает одним из тех удвоений понятий, которые возникают, когда познание гипостазировывает конституируемое им единство предмета; одно из выражений такого гипостазированного единства – понятие лица. Тогда дуализм государства как лица и правового порядка с точки зрения теории познания оказывается подобным столь же противоречивому дуализму Бога и мира. Государственно-правовая и политическая идеология предстает лишь как ответвление и подмена совпадающей с ней по всем ключевым пунктам теологически-религиозной идеологии. Если же осознать тождество государства и права, то становится понятным, что право (позитивное право, не отождествляемое со справедливостью) и есть тот самый принудительный порядок, который предстает познающему сознанию как государство. Этот порядок не замирает в антропоморфных образах – через шлейф персонификаций он проявляется как реальные отношения между людьми. Поэтому, в конечном счете, невозможно оправдать государство через право. Точно так же невозможно оправдать право через право, когда слово «право» используется то в смысле позитивного права, то в смысле правильного права, справедливости. Поэтому попытка легитимировать государство как правовое государство показывает свою полную бесполезность, поскольку любое государство должно быть правовым – если под «правовым государством» понимать такое государство, которое «имеет» некий правовой порядок. И не может быть никакого государства, которое (пока) не имело бы правового порядка, поскольку любое государство и есть не что иное, как правовой порядок. Такая позиция совершенно не представляет собой ценностного политического суждения. Разумеется, данное понятие правового государства не должно смешиваться с понятием, означающим вполне определенное содержание правового порядка, а именно такое содержание, которое указывает на известные институты – права и свободы, гарантии правомерности исполнения функций органами государства, демократические методы правотворчества. Видеть в таком образом конструируемой нормативной системе «истинный» правовой порядок – это естественно-правовой предрассудок. С точки зрения последовательного

позитивизма правом, равно как и государством, может быть признан только регламентирующий человеческое поведение принудительный порядок – ничего о ценностях морали или справедливости здесь не говорится. Таким образом, под государством юридически может пониматься только само право, ни больше ни меньше. [...]

Данное методолого-критическое разрушение дуализма государства и права одновременно является бесповоротным отрицанием одной из наиболее эффективных идеологий легитимности. Этим и объясняется ожесточенное сопротивление, которое традиционная теория государства и права оказывает обоснованному чистым учением о праве тезису о тождественности государства и права. Если чистое учение о праве отказывается от легитимации государства через право, то совсем не потому, что это учение вообще объявляет невозможной легитимацию государства. Отрицается только то, что наука о праве в состоянии оправдать государство через право или, что то же самое, право через государство. В особенности чистое учение о праве отрицает то, что задачей науки о праве может быть оправдание чего-либо. Оправдание означает оценку, а оценка – в силу ее субъективного характера – это задача этики и политики, но не объективного познания. Только такому познанию должна служить наука о праве, если она хочет быть наукой, а не политикой.

*Г. Кельзен. Чистое учение о праве:
Введение в проблематику науки о праве (1934)
(пер. М. В. Антонова)*

№ 3.

1. Соотнесите представленные ниже понятия государственного суверенитета с основными моделями соотношения права и государства.

2. Обобщите основные этапы в эволюции понятия государственного суверенитета.

[1.] Независимая извне, государственная власть является высшей или верховной внутри. Власть может быть признана самостоятельной, если в пределах той же территории нет власти, стоящей выше ее. Двух равных по силе властей не может быть на одном и том же пространстве, подобно тому, как одно и то же пространство не может быть одновременно занято двумя телами. Если государственная власть есть высшая, то все другие власти, действующие на той же территории, обуславливаются ею, имеют производный характер. Это свойство власти называется суверенитетом.

Идея суверенитета имеет свою историю. Она зарождается в борьбе королевской власти с властью феодальной и формулируется уже в период победы первой

во Франции в XVI веке Боденом. Эта идея являлась политическим орудием, воздействующим на народную психику в противовес физической силе, которой располагали некоторые из феодалов. Соответственно историческим условиям, суверенитет приписывался полностью абсолютному монарху. В XVIII веке суверенитет, вопреки действительности и в виде постулата, в формулировке Руссо, переносится на народ, и тем становится революционным лозунгом. В XIX столетии наука стремится сначала перенести суверенитет на само государство, а потом, ввиду новых исторических фактов, создавших затруднения в этом вопросе, решается на героическое средство совершенно отбросить идею суверенитета.

Этот новый факт – создание Германской империи 1870 года. Если суверенитет – существенное свойство государственной власти, то одно из двух: а) или германские монархии перестали быть государствами, что оскорбляло бы их самолюбие, или б) германская империя не есть государство, что психологически подрывало бы значение крупного политического акта. Связь научных сомнений с этим историческим событием обнаруживается из того, что идея суверенитета вызвала смущение именно среди германских ученых и именно в это время. [...]

Но логически немыслимо устранить суверенитет из представления о государственной власти, логически невозможно допустить несuverенное государство, потому что это *contradictio in adjecto*. [...]

Суверенитет есть необходимое свойство государственной власти, и ни отбросить его, ни сгладить невозможно из опасения не только противоречия логике, но и противоречия исторической действительности. [...] ...Нельзя согласиться с мнением, будто «суверенитет есть не абсолютная, а историческая категория» [мнение Г. Еллинека], потому что где государственная власть не обладает свойством суверенитета, там нет и государства.

Г. Ф. Шершеневич. *Общая теория права (1910)*

[2.] ...Суверенитет есть *правовое понятие*... Независимость государственной власти от какого бы то ни было другого авторитета всегда конструировалась как *правовая*, а не фактическая независимость. [...]

Попытки конструировать суверенную власть как власть, стоящую над правом, противоречат... историческому развитию теории суверенитета. [...]

Суверенитет есть... способность юридически не связанной внешними силами государственной власти к исключительному самоопределению, а потому и самоограничению путем установления правопорядка, на основе которого деятельность государства только и приобретает подлежащий правовой квалификации характер.

Суверенитет означает, таким образом... то свойство государственной власти, в силу которого она обладает исключительной способностью к правовому самоопределению и самообязыванию.

*Г. Еллинек. Общее учение о государстве (1900)
(пер. В. М. Гессена, Л. В. Шалланда. СПб., 1903)*

[3.] См. Тема 2: задание № 6, фрагмент № 2.

[4.] Даже самые ярые сторонники государственного суверенитета не признают за государством притязаний на неограниченную власть делать со своим народом все, что ему заблагорассудится. [...] Общеизвестно, что суверенитет предполагает двойную ответственность: внешнюю – уважать суверенитет других государств и внутреннюю – уважать достоинство и основные права всех людей, живущих в государстве. В настоящее время... суверенитет понимается как включающий такую двойную ответственность. Признание суверенитета как ответственности стало минимально необходимым признаком добросовестного членства в международном сообществе. [...]

...Концепция суверенитета как ответственности... имеет тройное значение. Во-первых, она подразумевает, что власти государства несут ответственность за осуществление функций защиты безопасности и жизни граждан и содействия их благополучию. Во-вторых, из нее следует, что национальные политические власти несут ответственность внутри страны *перед* гражданами, а через ООН – перед международным сообществом. И, в-третьих, она означает, что представители государства несут ответственность за свои действия, т. е. их можно *привлечь к ответу* и за их действия, и за их бездействие. [...]

...Ответственность по защите признает, что первейшая обязанность... лежит на конкретном государстве и что только в случае, если это государство не способно или не желает осуществлять такую ответственность или само виновно в создавшейся ситуации, она становится ответственностью международного сообщества, которое будет действовать вместо этого государства.

*Доклад Международной комиссии по вопросам вмешательства
и государственного суверенитета «Ответственность по защите»
на Генеральной Ассамблее ООН (2002)*

№ 4.

Конституционный Суд РФ в Постановлении от 7 июня 2000 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республи-

ки Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» отметил следующее.

Суверенитет, предполагающий, по смыслу статей 3, 4, 5, 67 и 79 Конституции Российской Федерации, верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти, полноту законодательной, исполнительной и судебной власти государства на его территории и независимость в международном общении, представляет собой необходимый качественный признак Российской Федерации как государства, характеризующий ее конституционно-правовой статус.

Конституция Российской Федерации не допускает какого-либо иного носителя суверенитета и источника власти, помимо многонационального народа России, и, следовательно, не предполагает какого-либо иного государственного суверенитета, помимо суверенитета Российской Федерации. Суверенитет Российской Федерации, в силу Конституции Российской Федерации, исключает существование двух уровней суверенных властей, находящихся в единой системе государственной власти, которые обладали бы верховенством и независимостью, т. е. не допускает суверенитета ни республик, ни иных субъектов Российской Федерации.

Конституция Российской Федерации связывает суверенитет Российской Федерации, ее конституционно-правовой статус и полномочия, а также конституционно-правовой статус и полномочия республик, находящихся в составе Российской Федерации, не с их волеизъявлением в порядке договора, а с волеизъявлением многонационального российского народа – носителя и единственного источника власти в Российской Федерации, который, реализуя принцип равноправия и самоопределения народов, конституировал возрожденную суверенную государственность России как исторически сложившееся государственное единство в ее настоящем федеративном устройстве.

Содержащееся в Конституции Российской Федерации решение вопроса о суверенитете предопределяет характер федеративного устройства, исторически обусловленного тем, что субъекты Российской Федерации не обладают суверенитетом, который изначально принадлежит Российской Федерации в целом. По смыслу преамбулы, статей 3, 4, 5, 15 (часть 1), 65 (часть 1), 66 и 71 (пункт «б») Конституции Российской Федерации в их взаимосвязи, республики как субъекты Российской Федерации не имеют статуса суверенного государства и решить этот вопрос иначе в своих конституциях они не могут, а потому не вправе наделять себя свойствами суверенного государства, – даже при условии, что их суверенитет признавался бы ограниченным.

Конституция Российской Федерации, определяя в статье 5 (части 1 и 4) статус перечисленных в статье 65 (часть 1) республик как субъектов Российской Федерации, исходит из относящегося к основам конституционного строя Российской Федерации и, следовательно, к основам конституционного строя республик принципа равноправия всех субъектов Российской Федерации, в том числе в их взаимоотношениях с федеральными органами государственной власти. Признание же за республиками суверенитета, при том что все другие субъекты Российской Федерации им не обладают, нарушило бы конституционное равноправие субъектов Российской Федерации, сделало бы невозможным его осуществление в принципе, поскольку субъект Российской Федерации, не обладающий суверенитетом, по своему статусу не может быть равноправным с суверенным государством.

1. Из какого понятия суверенитета исходил в данном случае Конституционный Суд РФ?

2. Соотнесите его позицию с уже известными Вам теоретико-правовыми подходами к понятию суверенитета.

3. Сформулируйте признаки отличия федерации от унитарного государства.

4. Является ли субъект федерации государством?

5. Возможно ли существование несuverенных государств?

№ 5.

В ст. 1 Федерального закона от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» указано следующее:

«Статус, цели деятельности, функции и полномочия Центрального банка Российской Федерации (Банка России) определяются Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами.

Функции и полномочия, предусмотренные Конституцией Российской Федерации и настоящим Федеральным законом, Банк России осуществляет независимо от других федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления.

Банк России является юридическим лицом. Банк России имеет печать с изображением Государственного герба Российской Федерации и со своим наименованием».

При этом, в ст. 7 данного закона также отмечается:

«Банк России по вопросам, отнесенным к его компетенции настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами, издает в форме указаний, положений и инструкций нормативные акты, обязательные для федеральных ор-

ганов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, всех юридических и физических лиц.

Правила подготовки нормативных актов Банка России устанавливаются Банком России самостоятельно.

Нормативные акты Банка России вступают в силу по истечении 10 дней после дня их официального опубликования в официальном издании Банка России – «Вестнике Банка России», за исключением случаев, установленных Советом директоров. Нормативные акты Банка России не имеют обратной силы.

Нормативные акты Банка России должны быть зарегистрированы в порядке, установленном для государственной регистрации нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти.

Не подлежат государственной регистрации нормативные акты Банка России, устанавливающие:

- курсы иностранных валют по отношению к рублю;
- изменение процентных ставок;
- размер резервных требований;
- размеры обязательных нормативов для кредитных организаций и банковских групп;
- прямые количественные ограничения;
- правила бухгалтерского учета и отчетности для Банка России;
- порядок обеспечения функционирования системы Банка России.

В соответствии с порядком, установленным для федеральных органов исполнительной власти, также могут не подлежать регистрации иные нормативные акты Банка России.

Нормативные акты Банка России в полном объеме направляются в необходимых случаях во все зарегистрированные кредитные организации.

Нормативные акты Банка России могут быть обжалованы в суд в порядке, установленном для оспаривания нормативных правовых актов федеральных органов государственной власти.

Проекты федеральных законов, а также нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, касающиеся выполнения Банком России своих функций, направляются на заключение в Банк России».

- 1. Раскройте понятие государственного органа.*
- 2. Является ли Банк России государственным органом?*
- 3. При положительный ответе на предыдущий вопрос, охарактеризуйте его положение в системе органов государственной власти.*

4. Могут ли в государстве, основанном на принципе разделения властей, существовать государственные органы, не относящиеся к той или иной ветви власти?

5. При отрицательном ответе на предыдущий вопрос поясните, какова природа властных полномочий Банка России?

Тема 7. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

При изучении данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) понятие и специфика правового регулирования;
- 2) виды правового регулирования (нормативное и индивидуальное, гетерономное и автономное);
- 3) предмет, способы, методы и типы правового регулирования;
- 4) стадии правового регулирования.

№ 1.

Король Рекс взшел на трон с целью осуществить реформы. Он полагал, что его предшественник наиболее существенные ошибки допустил в области законодательства. Для объединения правовой системы необходима была базовая реформа, так как судебные процедуры были слишком громоздки, нормы права были написаны на архаичном языке прошлого века, правосудие было слишком дорогим, судьи были коррумпированы. Рекс решил со всем этим покончить и войти в историю как великий законодатель.

В первую очередь он отменил все действовавшее законодательство и полный энтузиазма начал разрешать каждое дело *ad hoc*, решив обойтись без общих норм. Поняв свою ошибку, реформатор издал новые законы, содержавшие общие нормы, однако, он решил их хранить в тайне от подданных. Подумав, Рекс обнародовал изданные им законы, содержавшие общие нормы, но сообщил им ретроактивную силу. Попытавшись сделать тексты законов более доступными, Рекс наполнил их внутренними противоречиями. К этому времени недовольство подданных деятельностью монарха достигло предела, и они оставили всякие попытки следовать установленным им правилам поведения. В ответ на их неповиновение Рекс сделал свои законы более строгими. Он устранил из них противоречия, но стал требовать от своих подданных невозможных действий, причем под угрозой суровых наказаний. Через некоторое время король умерил свой пыл и стал приводить изданные им законы в порядок. Однако оказалось, что развитие общественных отношений в королевстве не стояло на месте, и ему пришлось изменить свои законы так, что они потеряли всякую связь с их предыдущими редакциями. При этом изменения вноси-

лись Рексом едва ли не каждый день и даже по несколько раз в день, обеспечивая тем самым полную невозможность их соблюдения. В итоге все-таки Рексу удалось привести свое законодательство в соответствие со сложившимися социально-экономическими условиями, и он начал применять его на практике. Однако после того как вышли первые сборники судебных решений короля, подданные были обескуражены: ни одно из них не могло быть соотнесено с изданными ранее законами. Расхождение на практике было столь разительным, что многие пришли к выводу о том, что вся законодательная деятельность Рекса была абсолютно напрасной. Пребывая в мрачайшем расположении духа, король неожиданно для всех скончался.

Его наследник Рекс II объявил, что он передает власть из рук юристов психиатрам и специалистам по связям с общественностью, дабы сделать людей счастливыми безо всяких законов.

Л. Фуллер. Моральность права (1964)

(приводится по: Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. Учебник. СПб., 2015)

1. Сформулируйте правовые принципы, которые были нарушены королем Рексом I, и раскройте их содержание.

2. Раскройте специфические признаки правового регулирования. Возможно ли существование общества без правового регулирования?

2. Оцените последствия решения Рекса II.

№ 2.

Прочитав приведенный ниже текст, ответьте на следующий вопрос: возможен ли правовой порядок, не предполагающий в качестве исходного общедозволительный принцип?

Охарактеризуйте способы, методы и типы правового регулирования.

Любой правовой спор состоит в том, что одна сторона выдвигает против другой стороны требование; удовлетворение или отклонение такого требования зависит от того, устанавливается или нет соответствующая правовая обязанность в законе, т. е. в действующей, применимой к данному конкретному случаю норме. Поскольку третьего не дано, решение в пользу той или иной стороны всегда возможно на основании закона, т. е. через применение закона. Действующий правовой порядок применяется и в случае отклонения требования. Правовой порядок обязывает людей к совершенно определенному поведению, но в данном случае делает это, предоставляя свободу по отношению к правовой обязанности. По отношению к тому лицу, которое требует от другого не обусловленного правовым порядком поведения, это другое лицо имеет закрепленное в правовом порядке «право» на невы-

полнение подобного поведения, – «право» в смысле юридически гарантированной свободы. Правовой порядок содержит в себе правило не только о том, что некто обязан к определенному поведению (поскольку отказ от такого поведения служит условием для специфического последствия правонарушения), но и о том, что если нет обязанности к действию, то есть свобода совершать или не совершать такое действие. Подобная негативная норма применяется в отказном решении, где отклоняется требование о совершении поведения, которое не вменяется в качестве обязанности.

*Г. Кельзен. Чистое учение о праве:
Введение в проблематику науки о праве (1934)
(пер. М. В. Антонова)*

Тема 8. ИСТОЧНИКИ ПРАВА

При изучении данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) понятие и виды источников права;
- 2) соотношение источника права и нормы права;
- 3) понятие и виды правового обычая, способы официально-властного санкционирования обычая, основные модели соотношения правового обычая и закона;
- 4) правовая доктрина, способы официально-властного признания доктрины в качестве источника права, действие доктрины *praeter legem* и *contra legem*;
- 5) понятие и виды правового прецедента, понятие и виды судебного прецедента; действие судебного прецедента *praeter legem* и *contra legem*, судебный прецедент и судебная практика; решения конституционных судов как источник права;
- 6) понятие и виды нормативного договора;
- 7) понятие правового акта и его виды;
- 8) понятие нормативно-правового акта и его виды, законы и подзаконные нормативно-правовые акты;
- 9) действие нормативно-правового акта во времени, в пространстве и по кругу лиц;
- 10) систематизация нормативно-правовых актов и ее виды.

№ 1.

Прочитав следующий ниже текст, ответьте на следующие вопросы.

1. Для какой правовой школы (теоретико-правового подхода) была характерна идеализация правового обычая как источника права?
2. В чем, по Вашему мнению, состоят достоинства и недостатки правового обычая как источника права?
3. Возможно ли существование правопорядка без правовых обычаев?

Обычное право является продуктом бессознательного творчества, но тем не менее не лишено ценности и не является воплощением неразумия, «слепых сил». И его развитие в течение веков не является случайным блужданием без определенного направления и смысла. Напротив, исследование развития обычного права является, по нашему убеждению, одним из самых важных приемов для открытия «закономерного» порядка и причинного объяснения развития человеческой культуры вообще, в частности и истории нравственности, религии, экономии... Но из такого общего взгляда на обычное право вовсе не следует, чтобы каждый отдельный обычай был разумным. Напротив, возможны и неразумные, вредные обычаи; человеческие обычаи имеют и свою патологию.

Из признания общей бессознательно-разумной (эмпирической) основы обычного права и возможности разных болезненных отклонений вытекает: с одной стороны, сознание пользы и необходимости этого источника права в те эпохи культуры, когда сознательный практический разум еще не достиг достаточной степени развития, чтобы люди вообще могли или могли достаточно разумно устраивать свой правовой быт сознательным путем; но, с другой стороны, рядом с общим уважением к обычному праву, как необходимому и разумному элементу и фактору человеческой культуры, из сказанного выше вытекает для нас необходимость критики отдельных проявлений обычного права и возможность отрицательного к ним отношения как к общественно-патологическим явлениям, против которых следует бороться, как и против всякой другой болезни.

Но если мы и оставим в стороне патологические явления и предположим, что есть налицо условия вполне здорового и нормального развития обычного права, и поставим вопрос принципиально – что лучше: бессознательное, эмпирическое развитие права путем обычая или сознательная политика права, действующая путем законодательства (конечно, и здесь мы предполагаем здоровое и разумное направление и развитие), – то этот теоретический и гипотетический вопрос следует решить против обычного права и в пользу сознательной политики.

Этот ответ вытекает из превосходства сознания пред отсутствием сознания. Мы только для наглядности приведем несколько примеров: система сельского хозяйства по обычаю предков и наука агрономии; народная обычная бессознательная медицина, гигиена и соответственные науки; быстрое и успешное развитие средств сообщения и техники производства под влиянием соответственных естественных и технических наук. Всматриваясь в эти и подобные явления, мы не только замечаем, что с течением времени сознательный элемент побеждает и вытесняет бессознательный, но и ясно видим проявления превосходства сознательного разума и развития. Мы видим не только замечательное ускорение и облегчение (уменьшение не-

обходимых жертв) прогресса под влиянием усиления господства сознательного элемента, но и достижение таких успехов, которых вообще путем бессознательной эмпирики сменяющихся поколений и обычая достигнуть было бы невозможно. Эти, ясно подтверждаемые опытом и наблюдением, истины остаются истинами и в области права. Сознательная правовая политика должна вести к более скорому и качественно лучшему развитию, нежели обычное право.

Пока массы общественных фактов постепенно кристаллизируются в известные чувства и инстинктивные стремления, пока эти стремления постепенно сгустятся в правовые воззрения, которые, наконец, превратятся в положительное право, должно пройти продолжительное время; это время потеряно напрасно, и его может сберечь сознательное обнаружение потребности в соответственной норме права (ускорение прогресса).

Народная эмпирика, опыт, который ведет к развитию, т. е. постепенному изменению и приспособлению обычного права к новым условиям, часто является весьма горьким опытом. Пока против какой-либо уже негодной нормы обычного права или недостатка какой-либо нормы явится достаточная враждебная реакция народного «правосознания», потребуются много жертв, много несчастья, слез и горя, достаточного накопления горького опыта, чтобы возбудить достаточное массовое неудовольствие и превозмочь инертную силу прежней, теперь уже вредной обычной нормы. Здесь законодатель может путем сознательной и разумной политики права устранить необходимость этих жертв.

Наконец, путем сознательной политики можно достигнуть таких успехов, которые по самому существу их недостижимы путем обычая. Как без научного технического мышления, путем опыта сменяющихся поколений нельзя было бы достигнуть развития телефонов, фонографов *etc.*, так и достижение многих норм права невообразимо при исключительном обычно-правовом развитии.

Из вышеизложенных положений вытекает, что в действительной исторической жизни взаимное отношение между сознательною политикою и обычаем на различных ступенях культуры должно быть различно, сообразно существованию условий для успешного действия того и другого элемента. Но во всяком случае идеал состоит в вытеснении обычного права сознательною разумною политикою, и переход к ней тем необходимее, чем быстрее изменения других явлений культуры, например, состояния производства и распределения хозяйственных благ; ибо, как мы выше упомянули, приспособление путем обычного права к новым условиям совершается медленно и требует много жертв, так что негодность обычного права с этой точки зрения прямо пропорциональна скорости развития других сторон культуры.

Того принципиального и абсолютного доверия, которым обычное право пользуется в глазах исторической школы в области вопроса о духовном развитии народа, этот вид права не заслуживает. Напротив, бесконтрольное доверие к обычному праву в этой области и бездействие законодательства было бы прегрешением против народного духа, несовместимым с нравственным и умственным благосостоянием и прогрессом народа. Основания наши вкратце следующие:

1. Мы уже выше упомянули о патологических общественных явлениях и таких же обычаях. Возможны и часто встречаются в действительности такие нормы обычного права, которые по своей интеллектуальной природе (воплощение невежества, суеверия...) или этическому характеру представляют болезненное и вредное явление в духовной жизни народа. При этом мы имеем в виду не те юридические обычаи, которые свойственны низкому уровню умственного и нравственного развития народа и которые нам, оценивающим их с точки зрения понятий и идей более высокой ступени культуры, представляются невежественными, суеверными или противными требованиям этики. С этой точки зрения можно было бы отнести абсолютно отрицательно не только к таким нормам обычного права, которые, например, санкционируют убиение лишних детей или старцев, сожжение вдов, продажу жен, рабство, кровную месть и всякого рода насилия и жестокости, бесправие иностранцев или людей низших классов, и к т. п. особенно поразительным обычным нормам низкой эпохи культуры, но ко всем или почти всем правовым обычаям соответствующего культурного типа. Но такая точка зрения была бы антиисторической, и не ее мы имеем в виду. Напротив, мы имеем в виду лишь те нормы обычного права, которые даже на, может быть, весьма сером общем фоне духовной жизни народа являются все-таки пятном, которые не соответствуют общему, может быть, весьма некультурному духу народа, являются лишь болезненным отклонением и диссонансом. Например, право первой ночи по отношению к крепостным женщинам наряду с христианской религией несомненно представляет такое исключительное и болезненное проявление эгоизма одних, унижение и обиду других, которое не может быть сочтено, подобно кровной мести и т. п., нормальным явлением данной ступени культуры. В области подобных отклонений и с точки зрения общих посылок и требований исторической школы возникает обязанность для законодателя не относиться пассивно, а зорко наблюдать и не медля действовать.

Теория гибкости и подвижности обычного права как раз противоположна истине. Типичным свойством обычного права следует признать именно косность и неподвижность, способность не поспевать за развитием народного духа, а отставать от него и стеснять его свободное движение силою инерции; точно так же как не не-

определенность, а, напротив, резкая и мелочная определенность шаблона является действительным свойством обычного права.

Следует утверждать, что в некоторых юридических обычаях, которые можно еще теперь наблюдать в деревенской жизни, содержатся переживания эпохи людоедства и употребления крови человеческой при заключении юридических сделок. В некоторых современных обычаях семейного права содержатся переживания языческой эпохи, эпохи похищения женщин, покупки жен, заключений брака не брачующимися, а их владыками и т. п. Находясь в заседании корпорации немецких студентов, мы находимся главным образом в сфере психики средних веков. Но можно здесь найти и более древние окаменелости, в частности из языческой эпохи, и даже из эпохи анимизма и каннибализма. Удивительною косностью обычаев, их способностью передавать чрез сотни и тысячи лет новому времени окаменелые продукты примитивной, древнейшей психики объясняется то явление, что обычное право в значительной степени является для самих соблюдающих или наблюдающих эти обычаи непонятным. И притом, чем более данный обычай чужд пониманию соблюдающих, тем он точнее и неуклоннее соблюдается; древние предки, понимавшие смысл обычая, могли делать разные отступления сообразно обстоятельствам; их же потомки, унаследовавшие сам обычай, но не понимание его смысла, боясь сделать малейшее отступление, ибо они не знают, что важно в данном обычае, и приписывают одинаковую важность и святость всякой мелкой подробности. Непонятность обычая и незапамятная древность его ведут обыкновенно к тому, что установление его приписывается богам. Религиозная санкция в свою очередь способствует окаменению обычая.

В случае если обычаи вследствие религиозной санкции или помимо ее достигают такой степени крепости, что не поддаются совсем или почти совсем действию времени и представляют не отдельные обломки и переживания прежних эпох среди нового течения жизни, а целую обширную окаменелую систему, железную сеть, опутывающую весь общественный организм, то может оправдаться то положение, из которого исходят теоретики обычного права, а именно положение о согласии обычного права с народным духом, но только не тем путем, что обычное право чутко и быстро поспевает за развитием народного духа, а обратным путем – вследствие того, что подавляется и останавливается развитие народного духа, что железная сеть установившихся обычных порядков не оставляет никакого простора для свободного движения и прогресса духа, что она порождает отупление, полную апатию и застой в интеллектуальной и моральной жизни народа.

Л. И. Петражицкий. [Обычное право] (1899)

№ 2.

Республика Фиджи потеряла исторический документ, который подтверждал независимость государства от Великобритании. Как сообщил в 2010 году руководитель правительственных архивов, фиджийский экземпляр Указа о независимости 1970 года, который на острова привез принц Уэльский Чарльз, потерялся примерно пять лет назад. По заявлению властей, уже были исследованы все архивы, документ искали во всех правительственных департаментах, но найти его так и не удалось.

Ответьте на следующие вопросы при допущении, что потерян был единственный оригинальный экземпляр указа.

1. Повлияла ли потеря правового акта на его действительность и / или на независимость Фиджи? Оцените данную ситуацию с точки зрения различных типов правопонимания.

2. Как соотносятся норма права и нормативно-правовой акт?

№ 3.

Указ Екатерины I от 21 апреля 1726 г., включенный в Полное собрание законов Российской Империи (ПСЗРИ I. Т. VII. 1723–1727. № 4870), определял:

«...о наследствии Монархии Российской Устав [Указ Петра I о наследии престола 1722 г.], присягу и изъявление Правды Монаршей во определении наследника Державы своя [произведение Феофана Прокоповича «Правда воли монаршей»] вновь напечатав, публиковать и во всем Государстве у приходских церквей и по монастырям по отпуске литургии [по окончании литургии], сей Наш указ, и оный Устав и присягу... в каждый Воскресный день и в праздники читать, для ведома всем вслух... И всем нашим верным поданным Всемилостивейше повелеваем: ежели кто услышит что о наследствии державы Нашей, кто будет противно вышеупомянутому уставу, и духовного и мирского главного правления изъявлению и запрещению, каким-нибудь образом рассуждать или толковать... чтоб о таких без всякой опасности объявляли Нам... за что награждены будут... Нашею милостию...».

После текста данного Указа в Полном собрании законов Российской Империи следовали 1) ссылка на Указ о наследии престола 1722 г. и присягу (ПСЗРИ I. Т. VI. 1720–1722. № 3893) и 2) упоминаемое в Указе 1726 г. произведение Феофана Прокоповича «Правда воли монаршей в определении наследника державы своей». От составителей Полного собрания было сделано следующее пояснение:

«Книга сия напечатана первоначально в 1722 году отдельно, вследствие изданного в том же году Устава о наследии престола. Здесь она помещается потому, что издана при Именном указе, которым велено оную читать во всех церквях в воскресные и в праздничные дни по окончании Литургии».

1. Можно ли сделать вывод о том, что «Правда воли монаршей» Феофана Прокоповича являлась правовой доктриной в смысле формально-юридического источника права?

2. При положительном ответе на первый вопрос поясните, каким актом была санкционирована данная правовая доктрина – Указом Петра I о наследии престола 1722 г. или Указом Екатерины I 1726 г. либо такое санкционирование произошло в результате включения произведения Феофана Прокоповича в Полное собрание законов Российской Империи?

№ 4.

В соответствии с законодательством Санкт-Петербурга размещение дополнительных элементов фасада зданий должно быть согласовано с уполномоченным государственным органом, которым является Комитет по градостроительству и архитектуре Санкт-Петербурга (далее – КГА). Общество с ограниченной ответственностью (далее – Общество) обратилось в КГА за согласованием размещения на фасаде здания вывески следующего содержания: «Пивной Хендэ Хох ресторан». КГА отказал в согласовании, сославшись на несоответствие данной вывески принципам морали и нравственности. Общество обратилось в суд с требованием признать незаконным данное решение КГА. Суды первой и второй инстанций пришли к выводу о том, что законодательство не устанавливает закрытого перечня оснований для отказа в согласовании размещения вывески и, таким образом, оставляет данный вопрос на усмотрение уполномоченного органа. Общество обратилось с кассационной жалобой, в которой сослалось на нарушение статьи 5 Гражданского кодекса, санкционирующей обычай, сложившиеся в предпринимательской и иной деятельности, так как ранее Общество уже открыло ресторан в другом районе города, вывеска на котором такого же содержания была согласована КГА.

1. Назовите признаки правового обычая. Можно ли говорить о существовании правового обычая в данном случае?

2. При положительном ответе на первый вопрос поясните, изменится ли ситуация, если после открытия первого ресторана от жителей домов, расположенных поблизости от ресторана, стали поступать в КГА и другие государственные органы жалобы на вывеску?

3. При отрицательном ответе на первый вопрос поясните, изменится ли ситуация, если рестораны с такими (согласованными) вывесками открылись ранее в нескольких районах города и работали длительное время?

4. Если допустить, что в данном случае имеет место правовой обычай, можно ли считать его обычаем *contra legem*?

5. Могло ли Общество при обращении в суд с требованием о признании незаконным решения КГА об отказе в согласовании размещения вывески сослаться на административный прецедент?

№ 5.

В постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 5 октября 2010 г. № 5153/10 указано следующее:

«Содержащееся в настоящем постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации толкование правовых норм является общеобязательным и подлежит применению при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел».

1. Является ли данное постановление Президиума ВАС РФ источником права?

2. При положительном ответе на первый вопрос укажите место постановления Президиума ВАС РФ в классификации источников права.

3. При отрицательном ответе на первый вопрос поясните, означает ли это, что нижестоящие суды не обязаны следовать толкованию правовых норм, сформулированных в постановлении Президиума ВАС РФ?

№ 6.

ООО «Титаник» обратилось в Санкт-Петербургский городской суд с требованием признать недействительным распоряжение Комитета по управлению городским имуществом Санкт-Петербурга от 26 декабря 2008 г. № 237-р. В числе доводов заявитель указал, что в преамбуле данного распоряжения указано, что оно издано во исполнение Постановления Правительства Санкт-Петербурга от 22 декабря 2008 г. № 1624 «О мерах по реализации Закона Санкт-Петербурга «О развитии малого и среднего предпринимательства в Санкт-Петербурге», которое было опубликовано и вступило в силу 29 декабря 2008 г., т. е. уже после принятия распоряжения № 237-р. Представитель Комитета возразил на это тем, что данное распоряжение было опубликовано и вступило в силу после опубликования Постановления № 1624, а дата подписания распоряжения № 237-р, в отличие от даты опубликования, не имеет правового значения.

В своем решении от 13 марта 2012 г. суд согласился с позицией Комитета, отметив, что оспариваемый нормативный правовой акт принят Комитетом по управлению городским имуществом в пределах предоставленных полномочий, опубликован в соответствии с п. 9 утвержденного Постановлением Правительства Санкт-Петербурга от 22 декабря 2008 года № 1624 Порядка ведения и опубликования перечня недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности Санкт-Петербурга, в выпуске одного из изданий, указанных в пункте 1.5 Постановления Правительства Санкт-Петербурга от 30 декабря 2003 г. № 173 «О порядке опубликования законов Санкт-Петербурга, нормативных правовых актов Губернатора Санкт-Петербурга, Правительства Санкт-Петербурга и иных исполнительных органов государственной власти Санкт-Петербурга».

1. Оцените позиции сторон. Согласны ли Вы с решением суда? Аргументируйте свою позицию.

2. Чем определяется действие нормативно-правового акта во времени?

2. Какое значение имеет преамбула правового акта?

№ 7.

Официальным опубликованием постановлений Правительства Санкт-Петербурга является электронное опубликование на сайте http://gov.spb.ru/norm_baza/npa/. Постановление Правительства от 27 сентября 2012 г. № 1039 «О Комитете по государственному заказу Санкт-Петербурга» было опубликовано на данном сайте 28 сентября 2012 г. Затем, 4 октября 2012 г. был опубликован другой текст данного Постановления. Рядом с записью от 4 октября 2012 г. с названием Постановления № 1039 появилась надпись «взамен ранее опубликованного», а рядом с записью от 28 сентября 2012 г. – «Текст с технической ошибкой». В соответствии с пунктом 8 данного Постановления, оно вступает в силу 1 января 2013 г., за исключением пунктов 5–7, вступающих в силу со дня официального опубликования Постановления. Пункты 5–8 в тексте Постановления, опубликованном 28 сентября 2012 г., не отличаются от соответствующих пунктов текста, опубликованного 4 октября 2012 г.

1. Когда вступили в силу пункты 5–7 Постановления № 1039?

2. Изменится ли Ваш ответ, если допустить, что текст указанных пунктов в публикациях различается?

2. Когда вступил в силу пункт 8 Постановления № 1039?

№ 8.

В соответствии с пунктом 1 статьи 4 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» в числе правовых актов, признаваемых утратившими силу, называется Постановление Верховного Совета РСФСР от 25 апреля 1991 г. № 1103/1-1 «О введении в действие Земельного кодекса РСФСР». В соответствии же с пунктом 5 данного Постановления Верховного Совета РСФСР утратившим силу признавался Земельный кодекс РСФСР, утвержденный Законом РСФСР от 1 июля 1970 г.

1. Влияет ли утрата юридической силы Постановлением Верховного Совета РСФСР от 25 апреля 1991 г. № 1103/1-1 «О введении в действие Земельного кодекса РСФСР» на юридическую силу Земельного кодекса РСФСР 1970 г.?

2. Являются ли положения пункт 1 статьи 4 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ и пункта 5 Постановления Верховного Совета РСФСР от 25 апреля 1991 г. № 1103/1-1 правовыми нормами? Аргументируйте свою позицию.

3. При положительном ответе на второй вопрос определите, к какому виду правовых норм они относятся?

№ 9.

Акт парламента Великобритании о Южной Африке 1909 г., установил конституцию Южно-Африканского Союза. Два его пункта (п. 35 и п. 137), которые были введены для того, чтобы исключить дискриминацию, основанную на расе и цвете кожи, а также гарантировать равный статус нидерландского и английского языков, были защищены от отмены или изменения путем обычного законодательного процесса. Эта защита была обеспечена п. 152, который был сформулирован следующим образом:

Парламент может отменить или изменить любое положение настоящего акта... устанавливающего... что никакая отмена или изменение *положений, содержащихся в настоящем пункте* или в п. 35 или 137, не будет действительна, если проект закона, устанавливающего такую отмену или изменение не будет принят двумя палатами парламента, заседающими совместно, и в третьем чтении не будет одобрен не менее чем двумя третями от общего числа членов обеих палат...

В 1952 г. правительство Южной Африки заявило, что в компетенции союзного парламента отменить эти укрепленные статьи путем обычного законодательного процесса. Это заявление было отвергнуто южно-африканскими судами, и правительство ЮАС, чтобы провести свою политику, было вынуждено фактически при-

знать действительность п. 152. Оно изменило членство в законодательном органе и «уплотнило» его так, чтобы достичь квалифицированного большинства, требуемого этим пунктом для собственной отмены.

1. Какая позиция Вам представляется правильной: парламента ЮАС или его судов?

2. Что представляет собой самореференция в праве?

№ 10.

Указом Президента РФ от 28 марта 2011 г. № 352 «О мерах по совершенствованию организации исполнения поручений и указаний Президента Российской Федерации» установлено следующее:

«Поручения Президента Российской Федерации содержатся в указах и распоряжениях Президента Российской Федерации, а также в директивах Президента Российской Федерации или оформляются в установленном порядке на бланках со словом «Поручение». Поручения Президента Российской Федерации могут оформляться в виде перечней поручений Президента Российской Федерации.

В поручении и перечне поручений Президента Российской Федерации должны быть указаны фамилия (фамилии) и инициалы должностного лица (должностных лиц), которому (которым) дано поручение (далее – исполнитель), а также срок, необходимый для его надлежащего исполнения.

Подготовка проектов поручений и перечней поручений Президента Российской Федерации осуществляется Администрацией Президента Российской Федерации.

Порядок подготовки проектов поручений и перечней поручений Президента Российской Федерации и требования к их оформлению утверждаются Руководителем Администрации Президента Российской Федерации.

3. Указания Президента Российской Федерации оформляются в виде резолюций. В случае если в указании Президента Российской Федерации не определен срок его исполнения, он устанавливается Руководителем Администрации Президента Российской Федерации либо помощником Президента Российской Федерации – начальником Контрольного управления Президента Российской Федерации.

4. Исполнитель обязан не позднее установленного срока представить доклад на имя Президента Российской Федерации, в котором должны быть отражены конкретные результаты исполнения поручения или указания Президента Российской Федерации.

В случае если поручение или указание Президента Российской Федерации дано нескольким исполнителям, доклад на имя Президента Российской Федерации

о его исполнении представляет исполнитель, указанный в нем первым. При этом он несет ответственность за своевременное представление доклада об исполнении поручения или указания Президента Российской Федерации.

Доклады, представленные на имя Президента Российской Федерации, в порядке, установленном Руководителем Администрации Президента Российской Федерации, рассматриваются в Администрации Президента Российской Федерации и докладываются Президенту Российской Федерации.

В случае если в результате исполнения поручения или указания Президента Российской Федерации в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации был внесен проект федерального закона либо был издан акт Президента Российской Федерации или Правительства Российской Федерации, то вместо доклада на имя Президента Российской Федерации в Контрольное управление Президента Российской Федерации представляется информация об исполнении».

1. Являются ли поручения и указания Президента РФ правовыми актами?

2. При положительном ответе на первый вопрос охарактеризуйте их местоположение в классификации правовых актов.

3. При отрицательном ответе на первый вопрос поясните, являются ли они юридически обязательными для лиц, которым адресованы?

Задания 11–12 направлены на развитие навыков анализа структуры нормативно-правового акта, умения правильно определять ее элементы (статьи, части, абзацы, пункты, подпункты и т. д.).

№ 11.

Найдите ошибку в ссылке на нормативно-правовой акт и дайте корректную ссылку. Предложите собственный вариант задания с ответом.

«В соответствии со ст. 244.8 (пункт 2, подпункты 1, 2, 3, 4) гл. 22.1 Гражданско-процессуального кодекса в редакции федерального закона № 69-ФЗ от 30.04.2010...».

№ 12.

Дайте корректную ссылку на положение статьи 165 Налогового кодекса Российской Федерации (заключено в квадратные скобки).

Предложите собственный вариант задания с ответом.

Статья 165. Порядок подтверждения права на получение возмещения при налогообложении по налоговой ставке 0 процентов

1. При реализации товаров, предусмотренных подпунктом 1 и (или) подпунктом 8 пункта 1 статьи 164 настоящего Кодекса, для подтверждения обоснованности применения налоговой ставки 0 процентов (или особенностей налогообложения) и налоговых вычетов в налоговые органы, если иное не предусмотрено пунктами 2 и 3 настоящей статьи, представляются следующие документы:

1) ...

3) таможенная декларация (ее копия) с отметками российского таможенного органа, осуществившего выпуск товаров в процедуре экспорта, и российского таможенного органа места убытия, через который товар был вывезен с территории Российской Федерации и иных территорий, находящихся под ее юрисдикцией (далее в настоящей статье – российский таможенный орган места убытия).

При вывозе товаров в таможенной процедуре экспорта трубопроводным транспортом или по линиям электропередачи представляется полная таможенная декларация (ее копия) с отметками российского таможенного органа, подтверждающими факт помещения товаров под таможенную процедуру экспорта.

[При вывозе товаров в таможенной процедуре экспорта через границу Российской Федерации с государством – членом Таможенного союза, на которой таможенное оформление отменено, в третьи страны представляется таможенная декларация (ее копия) с отметками таможенного органа Российской Федерации, производившего таможенное оформление указанного вывоза товаров.]

Тема 9. НОРМЫ ПРАВА

При изучении данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) понятие и виды социальных норм;
- 2) понятие и признаки правовой нормы;
- 3) логическая структура правовой нормы;
- 4) виды правовых норм;
- 5) система норм права.

№ 1.

1. Прочитав приведенные ниже отрывки из сказок Льюиса Кэрролла «Алиса в Стране Чудес» и «Алиса в Зазеркалье», сформулируйте, по крайней мере, пять признаков правовой нормы.

2. В чем, по Вашему мнению, состоят отличия социальных норм от естественных закономерностей?

3. Как Л. Кэрролл объясняет, «почему следует следовать правилам?». Предложите свой вариант ответа на этот вопрос.

[1.] Алиса прочитала всяких прелестных историй о том, как дети сгорали живьем или попадали на съедение диким зверям, и все эти неприятности происходили с ними потому, что они не желали соблюдать простейших правил... Правила эти самые простые. Если слишком долго держать в руках раскаленную докрасна кочергу, в конце концов обожжешься. Если поглубже полоснуть по пальцу ножом, из пальца обычно идет кровь. Если разом осушить пузырек с пометкой «Яд!», рано или поздно почувствуешь недомогание.

[2.] «По-моему, они играют совсем не так... Справедливости никакой... Правил нет, а если есть, то никто их не соблюдает. Вы себе не представляете, как трудно играть, когда все живое. Например, воротца, через которые мне надо сейчас проходить, пошли гулять на ту сторону площадки!»

[3.] Король: «Правило 42. Всем, в ком больше мили росту, следует немедленно покинуть зал».

И все уставились на Алису.

– Во мне нет мили, – сказала Алиса.

– Нет, есть, – возразил Король. [...]

– Никуда я не уйду, – сказала Алиса. – И вообще, это не настоящее правило.

Вы его только что выдумали.

– Это самое старое правило в книжке! – возразил Король.

– Почему же оно тогда 42-е? – спросила Алиса. – Оно должно быть первым!

[4.] – А ты не можешь не напирать? – спросила сидевшая рядом с ней [Алисой] Соня. – Я едва дышу.

– Ничего не могу поделать, – виновато сказала Алиса. – Я расту.

– Не имеешь права здесь расти, – заметила Соня.

– Ерунда, – отвечала, осмелев, Алиса...

[5.] – Тебя [Алису] я взяла бы с удовольствием [в горничные], – откликнулась Королева. – Два пенса в неделю и варенье на завтра. [...]

– Нет, я в горничные не пойду, – сказала она. – К тому же варенье я не люблю.

– Варенье отличное, – настаивала Королева.

– Спасибо, но сегодня мне, право, не хочется.

– Сегодня ты бы его все равно не получила, даже если б очень захотела, – ответила Королева. Правило у меня твердое: варенье на завтра! И только на завтра!

– Но ведь завтра когда-нибудь будет сегодня!

– Нет, завтра никогда не бывает сегодня. Разве можно проснуться поутру и сказать: «Ну вот, сейчас наконец завтра?»

Пер. Н. Демуровой (М., 2011)

№ 2.

Используя приводимый ниже отрывок из повести М. А. Булгакова «Собачье сердце», охарактеризуйте различия между правовыми и моральными нормами.

Окончательно пес очнулся глубоким вечером... как раз в то мгновение, когда дверь впустила особенных посетителей. Их было сразу четверо. Все молодые люди и все одеты очень скромно.

«Этим что нужно?» – удивленно подумал пес.

Гораздо более неприязненно встретил гостей Филипп Филиппович. Он стоял у письменного стола и смотрел на вошедших, как полководец на врагов. [...]

– Если бы сейчас была дискуссия, – начала женщина, волнуясь и загораясь румянцем, – я бы доказала Петру Александровичу...

– Виноват, вы не сию минуту хотите открыть эту дискуссию? – вежливо спросил Филипп Филиппович.

Глаза женщины загорелись.

– Я понимаю вашу иронию, профессор, мы сейчас уйдем... Только я, как заведующий культотделом дома...

– За-ве-дующая, – поправил ее Филипп Филиппович.

– Хочу предложить вам, – тут женщина из-за пазухи вытащила несколько ярких и мокрых от снега журналов, – взять несколько журналов в пользу детей Германии. По полтиннику штука.

– Нет, не возьму, – кратко ответил Филипп Филиппович, покосившись на журналы.

Совершенное изумление выразилось на лицах, а женщина покрылась клюквенным налетом.

– Почему же вы отказываетесь?

– Не хочу.

– Вы не сочувствуете детям Германии?

– Сочувствую.

– Жалеете по полтиннику?

– Нет.

– Так почему же?

– Не хочу.

Помолчали.

– Знаете ли, профессор, – заговорила девушка, тяжело вздохнув, – если бы вы не были европейским светилом, и за вас не заступались бы самым возмутительным образом... вас следовало бы арестовать.

– А за что? – с любопытством спросил Филипп Филиппович.
– Вы ненавистник пролетариата! – гордо сказала женщина.
– Да, я не люблю пролетариата, – печально согласился Филипп Филиппович... [...]

Четверо молча вышли из кабинета, молча прошли приемную, молча переднюю и слышно было, как за ними закрылась тяжело и звучно парадная дверь.

М. А. Булгаков. Собачье сердце (1925)

№ 3.

Постановлением Правительства Ленинградской области от 24 февраля 2011 г. № 29 был утвержден Кодекс этики и служебного поведения государственных гражданских служащих Ленинградской области в органах исполнительной власти и аппаратах мировых судей Ленинградской области.

Пункт 4 данного Постановления устанавливал, что

«нарушение государственным гражданским служащим положений Кодекса... подлежит моральному осуждению на заседании комиссии по предупреждению и противодействию коррупции в Ленинградской области и соответствующей комиссии... в органах исполнительной власти Ленинградской области... а в случаях, предусмотренных федеральными законами, нарушение положений Кодекса этики и служебного поведения государственных гражданских служащих Ленинградской области в органах исполнительной власти и аппаратах мировых судей Ленинградской области влечет применение к гражданскому служащему мер юридической ответственности».

1. Могут ли моральные нормы устанавливаться правовыми актами?

2. Становится ли моральная норма правовой, если за ее нарушение устанавливается юридическая ответственность?

№ 4.

1. Выявите в приведенном ниже тексте элементы логической структуры правовой нормы.

2. Укажите конкретные виды каждого из выявленных элементов логической структуры правовой нормы с указанием критерия классификации.

3. К какому виду правовых норм, выделяемых по критерию функции в механизме правового регулирования, относится данное правило?

Аргументируйте свои ответы.

Предложите свой вариант задания с ответами.

«Лица, имеющие в собственности земельный участок, вправе продавать его, дарить, отдавать в залог или сдавать в аренду и распоряжаться им иным образом постольку, поскольку соответствующие земли на основании закона не исключены из оборота или не ограничены в обороте».

№ 5.

1. Сформулируйте частноправовую диспозитивную норму с простой гипотезой и управомочивающей сложной диспозицией. Используйте прямой способ изложения.

2. Сформулируйте публично-правовую императивную норму с альтернативной гипотезой и сложной обязывающей диспозицией. Используйте отсылочный способ изложения. Возможно ли сочетание простой гипотезы и сложной обязывающей или сложной запрещающей диспозиции?

3. Сформулируйте охранительную норму со сложной гипотезой (диспозицией) и альтернативной относительно определенной санкцией. Используйте бланкетный способ изложения.

№ 6.

Определите принадлежность данной нормы к частному или публичному праву. Аргументируйте свою позицию исходя из определенной концепции разграничения частного и публичного права.

Предложите свой вариант задания с ответом.

Статья 10 Гражданского кодекса РФ. Пределы осуществления гражданских прав

Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Тема 10. ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ

При изучении данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) понятие и признаки правового отношения;
- 2) структура правового отношения;
- 3) понятие субъекта правоотношения, субъект правоотношения и субъект права, виды субъектов правоотношения;
- 4) понятие объекта правоотношения, виды объектов правоотношения;

- 5) содержание правоотношения;
6) понятие и виды юридических фактов, юридических презумпций и юридических фикций.

№ 1.

Русский философ П. А. Флоренский в своей книге «Имена» приводит следующий случай, произошедший во времена Французской революции.

Один характерный, но не подлежащий сомнению случай из времен Великой Революции весьма наглядно поясняет, насколько живо в человечестве сознание, что общественно не существует тот, у кого нет имени. К суду революционного трибунала был привлечен некто де Сен-Сир. Председатель предлагает ему обычный вопрос о его имени и фамилии. Между ними происходит следующий разговор:

- Моя фамилия де Сен-Сир, – отвечает подсудимый.
- Нет более дворянства, – возражает председатель.
- В таком случае, значит, я Сен-Сир.
- Прошло время суеверия и святошества, – нет более святых.
- Так я просто – Сир.

– Королевство со всеми его титулами пало навсегда, – следует опять ответ.

Тогда в голову подсудимого приходит блестящая мысль:

– В таком случае, – восклицает он, – у меня вовсе нет фамилии и я не подлежу закону. – Я ни что иное, как отвлеченность – абстракция; вы не подыщите закона, карающего отвлеченную идею. Вы должны меня оправдать.

Трибунал, озадаченный подобной аргументацией, действительно признал подсудимого невиновным и вынес следующий приговор:

Гражданину Абстракции предлагается на будущее время избрать себе республиканское имя, если он не желает навлекать на себя дальнейших подозрений.

*П. А. Флоренский. Имена (1923–1926)
(сост. С. Филоненко. М., Харьков, 1998)*

Как связано имя (наименование) и правосубъектность?

№ 2.

По сюжету американского фильма «Короткое замыкание» 1986 года прототип новейшего боевого робота № 5 обретает разум и собственную личность. Робот покидает лабораторию и направляется исследовать окружающий мир. Перед войсками поставлена задача уничтожить робота, поскольку он вооружен лазерной пушкой.

1. Является ли данный робот субъектом права? Аргументируйте свой ответ.

2. В случае отрицательного ответа на первый вопрос подумайте, что необходимо для обретения им правосубъектности?

3. В случае положительного ответа на первый вопрос, подумайте, к какому виду субъектов права его можно было бы отнести?

4. Будет ли уничтожение робота из задачи преступлением против личности?

№ 3.

Конституционный Суд РФ в Постановлении от 18 июля 2012 г. № 19-П отметил, что «по смыслу правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной в том числе в постановлениях от 24 октября 1996 года № 17-П и от 17 декабря 1996 года № 20-П применительно к таким являющимся самостоятельными субъектами права объединениям граждан, как юридические лица, в основе их правового статуса лежат, прежде всего, конституционные нормы, устанавливающие основные права и свободы, которые по своей правовой природе могут принадлежать как физическим, так и юридическим лицам, и потому то или иное конституционное право человека и гражданина может распространяться на юридические лица в той степени, в какой это право по своей природе может быть к ним применимо».

1. Какой теорией юридического лица руководствовался Конституционный Суд?

2. Как могли бы повлиять на решение Конституционного Суда другие теории природы юридического лица?

№ 4.

В соответствии со статьей 20 Конституции Российской Федерации каждый имеет право на жизнь.

1. Реализуется ли это право в рамках правового отношения? Иными словами, соответствует ли данному праву правовая обязанность?

2. При положительном ответе на первый вопрос охарактеризуйте это правовое отношение, раскройте его элементы.

3. При отрицательном ответе на первый вопрос поясните, каким образом реализуется данное право?

№ 5.

Один из классиков англоязычной юриспруденции И. Бентам, рассматривая юридические фикции, характеризовал их, не стесняясь в выражениях. По его мнению, юридические фикции – это «сифилис, проникающий во все вены, и несущий в каждую часть [правовой] системы принцип разложения».¹ Согласно И. Бентаму,

¹ Цит. по: Tsai R. L. Fire, Metaphor, and Constitutional Myth-Making // Social Science Research Network, URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=525822 (дата обращения: 28.11.2014).

законодательство и (или) юридическая практика, которые включают в себя фикции, несовершенно.

Критик юридического позитивизма, авторитетный американский ученый Л. Фуллер в работе «Юридические фикции» (1930) в присущей ему иронической манере предлагает следующую аллегорию, которая раскрывает мотивы, лежащие в основе аргументации в пользу создания и применения юридических фикций.

Пожилая леди неожиданно собирается на бал. Последнему вечернему платью, которое у нее есть, три года, и оно уже вышло из моды. Она решает не покупать новое, а пойти в старом. Возможны четыре объяснения, почему она это сделала. Она супруга человека, занимающего государственный пост, и хочет показать свое постоянство, верность старине и т. п. Или она считает современную моду неподходящей для себя. Ей может быть проще пойти на бал в старом платье, чем тратить время и деньги на новое. Наконец, она могла долго изучать современную моду, так и не поняв и не приняв ее эстетического смысла, и она просто не знает, что еще ей можно надеть.

По мнению Л. Фуллера, судья, по крайней мере, в системе общего права может находиться в похожей ситуации.²

1. В какой именно ситуации судья в системе общего права будет чувствовать себя как пожилая леди из аллегории Л. Фуллера? Может ли в такой же ситуации оказаться судья романо-германской правовой системы?

2. Предположите, каким может быть объяснение аллегории о пожилой леди применительно к случаям создания или применения юридических фикций. Подсказкой к этой части задания может послужить правильный ответ на первый вопрос о характере ситуации, в которой данная аллегория будет верной.

3. Найдите, как минимум, один из примеров применимости данной аллегории к известным Вам фикциям, свойственным отечественной правовой системе.

Тема 11. ПРИМЕНЕНИЕ И ТОЛКОВАНИЕ ПРАВА

При изучении данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) понятие, признаки, принципы, стадии правоприменительной деятельности;
- 2) понятие и виды правоприменительных актов;
- 3) пробелы в законодательстве и способы их восполнения;
- 4) понятие толкования;
- 5) способы и виды толкования.

² Fuller L. L. Legal Fictions. Stanford (Calif.): Stanford University Press, 1967. P. 64.

№ 1.

1. В чем состоит социальная функция суда с точки зрения П. А. Сорокина?

2. Согласны ли Вы с утверждением, что судья и суд «являются простыми побочными продуктами правовых норм, по смыслу данными в их распределяющей функции»?

... По самой своей природе правовые нормы выполняют две важные социальные функции: распределяющую и организующую. Посредством распределения прав и обязанностей между взаимодействующими индивидами правовые нормы распределяют не только специфические функции и роли, но и социальные ценности и тяготы – материальные и нематериальные. Быть управомоченным неким «правом» означает, как правило, быть управомоченным на некую желанную социальную ценность, иметь на нее право: на имущество или материальные ценности; услуги субъектов обязанностей; их подчинение и субординацию. Быть обязанным исполнить свой долг означает, как правило, принимать на себя или нести некие социальные тяготы: платить налоги, подчиняться, оказывать услуги, расставаться с состоянием или даже жизнью. Без этой распределяющей функции правовых норм нет никакой границы между «мое» и «твое», никакого различия между тем, что каждый член управомочен или обязан сделать, никакого подчинения подвластного властному, никакого аккуратного исполнения обязанностей. Социальное взаимодействие вовлеченных в него лиц будет в таком случае наполнено беспрестанными конфликтами, непрерывной борьбой с настоящим *bellum omnium contra omnes* (войной всех против всех). Посредством своей распределяющей функции – *suum cuique tribuere* (воздавать каждому свое) – правовые нормы уничтожают эту анархию и делают возможной упорядоченную и стабильную социальную жизнь. Эта роль правовых норм объясняет: а) почему, как правило, они ясны при распределении прав и обязанностей, свободны от возможности различной интерпретации; б) почему права и обязанности, которые они распределяют, редко, если вообще когда-либо, бывают неопределенными или неограниченными, но всегда являются ограниченными и четкими, показывающими, где заканчиваются права индивида и где начинаются его обязанности; в) почему они стремятся быть «объективно верифицируемы и доказываемы», приписывая права и обязанности неким внешним, определенным, легко верифицируемым характеристикам лиц или объектам, таким как правовой документ (подтверждающий право собственности лица); или определенный возраст, например, возраст в 10 лет вместо неопределенного термина «подросток»; или пол или конкретная общественная церемония и т. д. Та же самая распределяющая функция правовых норм порождает «официальное право» с его характеристиками и

официальный суд с его аппаратом правосудия и системой судебного подтверждения. Если правовая норма кажется неясной и ложной разным интерпретациям вовлеченных сторон, возникает нужда в авторитетном учреждении, которое может давать интерпретации, обязательные для всех сторон, и, следовательно, предотвратить их постоянные конфликты. Таким образом, судья и суд – учреждения, исполняющие эту функцию. Они являются простыми побочными продуктами правовых норм, по смыслу данными в их распределяющей функции. Подобным образом... правовые предубеждения разных членов взаимодействующей группы могут быть и часто бывают различными и даже противоречивыми. Каждая сторона, следуя своим собственным правовым нормам, будет постоянно сталкиваться с другими сторонами, чьи правовые нормы являются противоречащими. Никакое стабильное или определенное распределение прав и обязанностей в такой группе невозможно. Чтобы предотвратить подобную ситуацию в группе или не допустить ее, распределяющая функция правовых норм создает... ряд правовых норм, которые становятся обязательными и приобретают принудительное исполнение для всех членов группы независимо от того, совпадают ли правовые нормы определенных членов с этим «официальным правом» или противоречат ему. Необходимость такого официального права имплицитно включена в распределяющую функцию правовой нормы и становится эксплицитной в любой устойчивой группе взаимодействующих индивидов (или групп).

*П. А. Сорокин. Организованная группа (институт) и правовые нормы (1947)
(пер. А. А. Краевского, Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 /
под ред. А. В. Полякова. СПб., 2012)*

№ 2.

Перечитайте роман Ф. Кафки «Процесс» и ответьте на вопрос о том, какие принципы правоприменения были нарушены в отношении главного героя романа Йозефа К.

№ 3.

Германское торговое уложение регулировало заключение договора между присутствующими и отсутствующими лицами различными правилами, в частности, в случае заключения договора между присутствующими оферта считалась отклоненной, если она не принята немедленно, в случае же отсутствия сторон давался определенный срок. После изобретения телефона появился следующий вопрос: какие положения надлежит применять к договорам, заключенным по телефону?

1. Раскройте понятие пробела в законодательстве. Имеется ли пробел в данном случае?

2. При положительном ответе на первый вопрос определите вид пробела.

3. При отрицательном ответе на первый вопрос поясните, какую юридическую проблему отражает поставленный в задаче вопрос?

№ 4.

В соответствии со ст. 22 Положения о Народном Суде РСФСР от 30 ноября 1918 г. «при рассмотрении всех дел Народный Суд применяет декреты Рабоче-Крестьянского Правительства, а в случае отсутствия соответствующего декрета или неполноты такового руководствуется социалистическим правосознанием».

1. Означает ли данное положение, что в ситуации пробельности позитивного права судья обязан создать норму *ad hoc*?

2. Является ли, по Вашему мнению, данное положение аналогичным статье 1 Швейцарского гражданского кодекса 1907 г., которая обязывала судей в ситуации пробела «решать дела по такому правилу, которое он (судья) установил бы, если бы он был законодателем».

3. В рамках каких теоретико-правовых подходов обосновывается идея беспробельности права и в чем состоит ее содержание?

№ 5.

Какие принципы, способы и виды толкования были использованы в Постановлении Конституционного Суда РФ от 27 ноября 2008 г. № 11-П? Аргументируйте свой ответ.

Предложите свой вариант задания с ответом.

№ 6.

Какие принципы, способы и виды толкования были использованы в Постановлении Конституционного Суда РФ от 14 мая 2013 г. № 9-П?

Попробуйте выстроить аргументацию применительно к данному делу, используя «формулу веса» Р. Алекси. Изменилась ли в Вашем решении резолютивная часть?

Предложите свой вариант задания с ответом.

№ 7.

Осуществите логическое преобразование нормы.

Предложите свой вариант задания с ответом.

Статья 105. Убийство

1. Убийство, то есть умышленное причинение смерти другому человеку, – наказывается лишением свободы на срок от шести до пятнадцати лет с ограничением свободы на срок до двух лет либо без такового.

Тема 12. ПРАВОНАРУШЕНИЕ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

При изучении данной темы необходимо уяснить следующие вопросы:

- 1) понятие и признаки правонарушения;
- 2) виды правонарушений;
- 3) понятие и признаки юридической ответственности;
- 4) цели и принципы юридической ответственности;
- 5) виды юридической ответственности.

№ 1.

Перечитайте роман Дж. Оруэлла «1984» и ответьте на вопрос о том, соответствует ли «мыслепреступление», являвшееся в Океании уголовно наказуемым деянием, признакам понятия правонарушения (преступления).

№ 2.

Во времена нацистского режима в Германии судебный чиновник сообщил гестапо о надписи, которую один немецкий предприниматель тайно сделал в общественном туалете: «Гитлер – организатор массовых убийств и виновник войны». Поскольку совершенное предпринимателем деяние подпадало под признаки уголовного преступления, предусмотренного нацистским законодательством, он был осужден за государственную измену и казнен. В 1946 г., после окончания Второй мировой войны, суд присяжных г. Нордхаузен вынес приговор о пожизненном заключении судебному чиновнику, по доносу которого был осужден и казнен немецкий предприниматель.

1. Оцените приговор судебному чиновнику с позиций естественно-правового и позитивистского типов правопонимания.

2. Что изменилось бы в оценке данного приговора, если бы на момент его вынесения действовал закон, ретроактивно устанавливающий уголовную ответственность за подобное деяние?

3. Были ли нарушены какие-либо принципы юридической ответственности в первом и во втором случае?

№ 3.

Прочитав приведенные ниже отрывки из сказок Льюиса Кэрролла «Алиса в Стране Чудес» и «Алиса в Зазеркалье», ответьте на вопрос о том, какие принципы юридической ответственности были нарушены (или могут быть нарушены) в данных случаях.

[1.] А вы что помните лучше всего, – спросила Алиса [у Королевы], набравшись храбрости.

– То, что случится через две недели, – небрежно сказала Королева... – Возьмем, к примеру, Королевского Гонца. Он сейчас в тюрьме, отбывает наказание, а суд начнется только в будущую среду. Ну, а про преступление он еще и не думал.

– А если он не совершит преступления? – спросила Алиса.

– Тем лучше, – сказала Королева... – Не правда ли?

Возражать было нечего.

– Конечно, – согласилась Алиса. – Только за что же его тогда наказывать?

– Тут ты ошибаешься, – сказала Королева. Тебя когда-нибудь наказывали?

– Разве что за провинности, – призналась Алиса.

– И тебе это только пошло на пользу, правда? – произнесла торжествующе Королева.

– Да, но ведь меня было за что наказывать, – отвечала Алиса. – А это большая разница!

[2.] Цап-царап сказал мышке:

– Вот такие делишки, мы пойдем с тобой в суд, я тебя засужу.

И не смей отпираться, мы должны расквитаться,

потому что все утро я без дела сижу.

И на это нахалу мышка так отвечала:

– Без суда и без следствия, сударь, дел не ведут.

– Я и суд, я и следствие, – Цап-царап ей отвечает.

– Присужу тебя к смерти я. Тут тебе и капут.

*Пер. Н. Демуровой,
стихи в пер. С. Маршака и Д. Орловской. (М., 2011)*

№ 4.

В ходе рассмотрения одного из недавних громких уголовных дел, связанных с компьютерными преступлениями, судом было установлено, что российский гражданин, действуя в рамках большой группы правонарушителей из разных государств, осуществил взлом информационной системы крупного международного

банка, в результате чего у данного банка было похищено несколько миллионов долларов США, которые впоследствии по поддельным картам были «обналичены» соучастниками. Суд при этом фактически установил личность лишь одного лица – непосредственно «хакера».

В соответствии с процедурой, предусмотренной Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации, банк как потерпевший воспользовался своими процессуальными правами и заявил гражданский иск в уголовном деле на полный размер суммы, которая была похищена.

Суд вынес приговор, в соответствии с которым осужденному было назначено наказание в виде нескольких лет лишения свободы условно. Причиной столь мягкого приговора стало то, что осужденный раскаялся в содеянном и активно сотрудничал со следствием, а также возместил ту часть имущественного ущерба, которую смог возместить на момент вынесения приговора. Вместе с тем значительная часть похищенной суммы возмещена не была, а гражданский иск был удовлетворен полностью.

Как пояснил суд в ходе заседания, осужденный имеет право потребовать у соучастников в порядке регресса (т. е., предъявляя им то же самое требование «по печочке») сумму, необходимую для возмещения ущерба, причиненного банку.

1. Определите виды правоотношений, в которых «хакер» стал субъектом с момента совершения им преступления.

*2. К каким видам юридической ответственности он был привлечен? Сколько противоправных деяний «хакера» привели к возложению на него данных видов юридической ответственности? Не усматриваете ли Вы в данном случае нарушение принципа *non bis in idem*?*

3. Основываясь на общих принципах права и теории юридических фактов предположите, может ли осужденный потребовать у своих соучастников выплаты ему суммы, необходимой для возмещения ущерба, причиненного банку?

№ 5.

Пользователь популярного сайта в сети «Интернет» – социальной сети «В тумане», – действуя под псевдонимом «Ежик», разместил на своей персональной странице, находящейся в закрытом (предназначенном только для ограниченного количества «друзей») доступе художественный рассказ, в котором большая часть слов относилась к категории нецензурной брани.

Работник компании – владельца указанного интернет-сайта, осуществляющий модерирование контента, – проверяя содержание страниц на предмет наличия

информации, распространение которой в Российской Федерации запрещено (что допускалось в соответствии с пользовательским соглашением), обратил внимание на данный рассказ и, не запросив разрешения опубликовавшего его пользователя, скопировал его и разместил на главной странице сайта в разделе «Юридическая информация» с комментарием «Пример информации, которая не может размещаться «В тумане».

Возмущенный пользователь, заметив это, случайно обратил внимание на тот факт, что сайт «В тумане» зарегистрирован в качестве средства массовой информации как сетевое издание и подал заявление в суд в отношении интернет-компании – владельца сайта, требуя компенсацию за нарушение его авторских прав.

Рассматривая дело, судья обратил внимание интернет-компании на то, что, в соответствии со ст. 1229 Гражданского кодекса Российской Федерации, никто кроме правообладателя (т. е. автора рассказа), не может без его согласия распоряжаться своим произведением, т. е. в данном случае опубликовывать его. Суд при этом счел правомерным то, что интернет-компания просматривала рассказ, поскольку использование социальной сети означает согласие пользователя с пользовательским соглашением, предусматривающим возможность такого просмотра. В итоге суд присудил пользователю компенсацию, которую интернет-компания должна была выплатить ему за нарушение его авторских прав.

Впоследствии в отношении пользователя как одного из «соавторов» сайта как средства массовой информации судом было вынесено постановление о привлечении к административной ответственности по части 3 статьи 13.21 Кодекса об административных нарушениях Российской Федерации за изготовление продукции средства массовой информации, содержащей нецензурную брань.

1. Определите виды правоотношений, о которых говорится в условиях задачи.

2. Возможно ли, чтобы один и тот же юридический факт (или фактический состав) являлся основанием как для защиты прав пользователя, так и для привлечения его к юридической ответственности?

3. Противоречит ли каким-либо принципам права привлечение к юридической ответственности пользователей за действия, совершенные представителями компании – социальной сети, и наоборот – компании – социальной сети за действия, совершенные пользователями?

*По мотивам романа Энтони Бёрджесса «Заводной апельсин» (1962)**

Алекс, молодой, но уже закоренелый преступник, почитал насилие как стиль жизни. Будучи главой уличной банды, он совершил множество мелких и крупных преступлений: грабежи, изнасилования, разбои, хулиганства и проч. Ему нравилось видеть кровь, боль и ужас в глазах своих жертв. Он жил, как ему казалось, полной жизнью, получая истинное удовольствие от того, что он делал, пока не очутился в исправительной колонии за убийство. Но в колонии он ничуть не изменил своего мировоззрения.

Ему предложили возможность выйти на свободу при условии, что он пройдет новую экспериментальную программу ресоциализации преступников. При этом ему не сообщили, в чем именно будет заключаться такая программа. Но Алекс согласился.

В ходе программы психика Алекса подвергалась экспериментальному воздействию. В итоге у Алекса сформировали рефлекторную связь: как только у него возникало хотя бы небольшое желание причинить кому-либо боль, он начинал сам испытывать физическую боль и недомогание. Чем активнее было желание Алекса нанести кому-то вред, тем более сильную физическую боль испытывал он сам. Следует отметить, что в ходе реализации программы были использованы весьма жесткие методы физического и психического принуждения.

В результате подобного «лечения» поведение Алекса резко изменилось. Каждый раз, когда в его сознании проносилась мысль причинить кому-либо вред, он сам испытывал приступы дикой боли. Злое намерение сопровождалось сильнейшим ощущением физического страдания. Физическое страдание прекращалось тогда, когда Алекс начинал демонстрировать социально одобряемое поведение: просил прощения, оказывал тому человеку, которому только что желал причинить зло, какую-то любезность. Результатом экспериментального лечения стало то, что Алекс парадоксально понуждался к добру своим собственным стремлением совершить зло.

После курса реабилитации Алекс предстал перед комиссией, состоявшей из священника, адвокатов, полицейских чиновников, психоаналитиков, психиатров и других уважаемых членов общества, и продемонстрировал приобретенную модель поведения. На сцену вывели Алекса (при этом ему вернули все его оружие, изъятое при задержании) и еще одного человека. Это человек дразнил, унижал, оскорблял

* Задание составлено при участии магистра юриспруденции Дарьи Зубаревой.

Алекса, даже ударил его. Но Алекс буквально на коленях ползал перед своим обидчиком и униженно молил о пощаде, хотя был вооружен своим привычным арсеналом уличного бандита.

Когда демонстрация завершилась, члены комиссии высказали свои мнения.

Тюремный священник: Вы добились послушного поведения этого молодого человека, лишив его свободы! Только что мы наблюдали чудовищные акты самоуничтожения, которые он допускал не из осознания необходимости смирения и не из желания не причинять другому человеку вреда. Его заставляли боязнь боли и прочие своекорыстные соображения. Да, он перестает быть опасным для окружающих, но он также перестает быть существом, наделенным способностью нравственного выбора. Добродетель, к которой принуждают *таким* путем – это не добродетель, это величайшая катастрофа человеческой личности.

Чиновник Министерства внутренних дел: Это все лирика. Уголовное право никогда не занималось мотивацией. Уголовному кодексу безразлично, почему этот хулиган совершает преступлений, главное – чтобы на улицах было спокойно. Правомерное поведение – все нормально, неправомерное – получай наказание. Все же знают, что за преступления положена санкция. Мы лишь осуществили на деле принцип неотвратимости наказания: к каждому бывшему преступнику полицейского не приставишь, а теперь это и не нужно – полицейский сидит у него внутри.

Адвокат: Да, но наказание предусмотрено за *деяние*. А получается так, что мы наказываем человека всего лишь за намерение.

Профессор: Никто этого подростка и не наказывает. Мы привили ему условные рефлексы, присущие любому нормальному человеку. Вопрос лишь в том, почему у этого юноши не оказалось таких рефлексов, почему они не появились у него в результате воспитания. Все наше поведение стимулируется положительными и отрицательными подкреплениями: принес из школы пятерку – тебя похвалили и ты чувствуешь удовольствие, разбил соседское окно – поставили в угол. Таким образом человек и усваивает, что хорошо, а что плохо. С развитием человека эти стимулы все более усложняются и их влияние на человеческое поведение становится все более опосредованным. Но раз уж у этого мальчишки не развито элементарных связей, приходится опускаться на примитивный уровень физиологии. Обществу и государству просто приходится исправлять ошибки воспитания и стимулировать социально полезное поведение членов общества, так что о наказании речь в нашем случае вообще не идет.

Тюремный священник: Человек – это не просто разумное животное. Существо человеческое заключается в возможности выбора между злом и добром. Если бы мальчик мог сам выбирать свое поведение, он наверняка выбрал бы зло и насилие.

Но я не уверен, *что* будет большим злом – сознательный выбор зла или отсутствие выбора и принуждение к добру.

Психоаналитик: Вы полагаете, он сознательно выбирает насилие? Вы заблуждаетесь! Им движут животные страсти. Насилие, как и акты любви, – это лишь выплеск энергии, бушующей в нашем подсознании. Все, что делает культура с культурным человеком, – направляет эти животные страсти в социально одобряемое русло. И право, и нравственность, и все прочие так называемые социальные регуляторы просто не дают нам поубивать друг друга. Я не убиваю своего врага не потому, что я «сознательно» не хочу причинять вреда ближнему своему, а потому, что в раннем детстве я усвоил социальное табу на убийство благодаря родителям, воспитателям... и благодаря религии в том числе, и это табу засело в моем подсознании. Так что ни о какой свободе воли говорить не приходится.

Алекс: Вы все говорите о человеке вообще, а со мной-то что? Я всю жизнь теперь буду как собака? Вы забавлялись, когда надо мной издевался подосланный вами человек. Вам было интересно смотреть, как я получил толчок в лицо и как я, вместо того чтобы постоять за свою честь, защитить себя, молил его о пощаде. Вы скажете, это добродетель? А ведь у вас еще будет возможность самим решать, что вам делать, а у меня – нет.

Начальник колонии: Ты свой выбор сделал, когда подписывал условие досрочного освобождения из тюрьмы и согласился на участие в программе ресоциализации. Кроме того, свобода же не в том заключается, чтобы делать, что вздумается. Твоя свобода – в том, чтобы изменить свое отношение к твоему теперешнему положению. Ты можешь осознать, что творил зло, и искренне захотеть делать добро – это и будет твой нравственный выбор.

1. Прокомментируйте аргументы членов комиссии.

2. Какие правовые принципы, в том числе принципы реализации юридической ответственности, были нарушены в данном деле?

3. Как связаны правовая свобода и юридическая ответственность?

4. Можно ли охарактеризовать не нарушающее уголовно-правовых запретов поведение Алекса после прохождения им данной программы ресоциализации как правомерное?

ТЕСТОВЫЕ ЗАДАНИЯ К ОТДЕЛЬНЫМ ТЕМАМ

Тема 6. ПРАВО И ГОСУДАРСТВО

1. Правительство назначается парламентом

<input type="checkbox"/>	в дуалистической монархии
<input type="checkbox"/>	в парламентской монархии
<input type="checkbox"/>	в президентской республике
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

2. Двумя видами федераций являются

<input type="checkbox"/>	простые и сложные
<input type="checkbox"/>	односоставные и многосоставные
<input type="checkbox"/>	симметричные и асимметричные
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

3. Субъект федерации

<input type="checkbox"/>	обладает государственным суверенитетом
<input type="checkbox"/>	обладает правом нуллификации
<input type="checkbox"/>	обладает правом принятия собственной конституции (устава)
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

4. Монарх является главой исполнительной власти

<input type="checkbox"/>	в ограниченной монархии
<input type="checkbox"/>	в дуалистической монархии
<input type="checkbox"/>	в парламентской монархии
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

5. Государство всегда осуществляет свои функции посредством

<input type="checkbox"/>	органов государства
<input type="checkbox"/>	аппарата принуждения
<input type="checkbox"/>	метода убеждения
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

6. Конфедерация – это

<input type="checkbox"/>	разновидность формы правления
<input type="checkbox"/>	разновидность формы государства
<input type="checkbox"/>	союз государств
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

7. Субъект конфедерации

<input type="checkbox"/>	обладает правом нуллификации
<input type="checkbox"/>	не имеет права выхода из конфедерации
<input type="checkbox"/>	не обладает государственным суверенитетом
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

8. *Формой государственного устройства является*

<input type="checkbox"/>	империя
<input type="checkbox"/>	конфедерация
<input type="checkbox"/>	автономия
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

9. *Помощь России пострадавшим от землетрясения в Японии является примером реализации*

<input type="checkbox"/>	внешней функции государства
<input type="checkbox"/>	социальной функции государства
<input type="checkbox"/>	регулятивной функции государства
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

10. *В республиканской форме правления*

<input type="checkbox"/>	всегда существует демократический политический режим
<input type="checkbox"/>	исключена возможность установления авторитарного и тоталитарного политического режима
<input type="checkbox"/>	исключена возможность установления тоталитарного политического режима
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

11. *Методы осуществления государственной власти характеризует понятие*

<input type="checkbox"/>	функций государства
<input type="checkbox"/>	монархии
<input type="checkbox"/>	политического режима
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

12. *Признаками президентской республики является*

<input type="checkbox"/>	отсутствие должности премьер-министра
<input type="checkbox"/>	право главы государства досрочно распустить нижнюю палату парламента
<input type="checkbox"/>	возможность совмещения мандатов депутата парламента и члена правительства
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

13. *Контрасигнатура – это*

<input type="checkbox"/>	процедура подписания акта главой государства
<input type="checkbox"/>	процедура официального признания итогов референдума
<input type="checkbox"/>	скрепление акта главы государства подписью министра
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

14. *Государство отличается от потестарного общества*

<input type="checkbox"/>	правовым характером публичной власти
<input type="checkbox"/>	территориальным действием публичной власти
<input type="checkbox"/>	легитимностью публичной власти
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

15. Идея тождества государства и права

	ведет к отказу от понятия международного права
	является неотъемлемой частью концепции правового государства
	принадлежит Гансу Кельзену
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

16. Военная оккупация одного государства другим

	это утрата оккупированным государством суверенитета в период оккупации
	есть неправомерное ограничение суверенитета оккупированного государства
	не оказывает какого-либо влияния на суверенитет государства
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

17. Публичная власть в государстве отличается от публичной власти в постаршем обществе тем, что она

	распространяет свое действие на общество в целом
	является легитимной
	имеет аппаратно-организованный характер
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

18. Полномочия органа государства

	определяются компетенционными нормами
	необходимы ему для осуществления функций государства
	обладают властным характером
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

19. Президент Российской Федерации является

	единоличным органом государства
	временным органом государства общей компетенции
	выборным временным органом государства
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

20. Модель дуализма государства и права

	характерна для психологической теории права
	является составной частью концепции правового государства
	отождествляет право и правопорядок
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

Тема 7. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

1. Формула «запрещено все, кроме прямо разрешенного» не является выражением

	общезапретительного типа правового регулирования
	разрешительного типа правового регулирования
	дозволительного типа правового регулирования
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

2. Запрет является

<input type="checkbox"/>	активной правовой обязанностью
<input type="checkbox"/>	обязывающей правовой нормой
<input type="checkbox"/>	способом правового регулирования
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

3. Способ правового воздействия на отношения властеподчинения путем властного определения одного возможного варианта поведения обязанной стороны – это

<input type="checkbox"/>	обязывание
<input type="checkbox"/>	императивный метод правового регулирования
<input type="checkbox"/>	общезапретительный тип правового регулирования
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

4. Один из способов правового регулирования, выражающийся в предписании совершить определенные действия, – это

<input type="checkbox"/>	пассивная правовая обязанность
<input type="checkbox"/>	активная правовая обязанность
<input type="checkbox"/>	обязывание
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

5. Общественные отношения, которые требуют правовой регламентации и могут существовать в форме взаимосвязи субъективных прав и правовых обязанностей, определяемых правовой нормой, – это

<input type="checkbox"/>	предмет общей теории права
<input type="checkbox"/>	пробелы в правовом регулировании
<input type="checkbox"/>	предмет правового регулирования
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

6. Один из способов правового регулирования, представляющий собой возложение обязанности не совершать определенных действий – это

<input type="checkbox"/>	правомерное бездействие
<input type="checkbox"/>	обязывание
<input type="checkbox"/>	общедозволительный тип правового регулирования
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

7. Способ правового воздействия на отношения между юридически равными субъектами, не связанными друг с другом отношениями власти и подчинения, путем предоставления субъектам права выбора варианта поведения в границах, установленных правовой нормой, в том числе самостоятельно определить взаимные права и обязанности – это:

<input type="checkbox"/>	общедозволительный тип правового регулирования
<input type="checkbox"/>	управомочивание
<input type="checkbox"/>	диспозитивный метод правового регулирования
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

8. Формула «разрешено все, что не запрещено» является выражением

<input type="checkbox"/>	общезапретительного типа правового регулирования
<input type="checkbox"/>	разрешительного типа правового регулирования
<input type="checkbox"/>	дозволительного типа правового регулирования
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

9. Целенаправленное воздействие на поведение субъектов путем определения их прав и обязанностей с помощью правил поведения, адресованных неопределенному кругу лиц, – это

<input type="checkbox"/>	индивидуальное правовое регулирование
<input type="checkbox"/>	гетерономное правовое регулирование
<input type="checkbox"/>	автономное правовое регулирование
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

10. Использование субъективного права

<input type="checkbox"/>	является способом правового регулирования
<input type="checkbox"/>	определяется санкцией правовой нормы
<input type="checkbox"/>	является одним из четырех способов реализации правовых норм
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

11. Один из способов правового регулирования, выражающийся в предоставлении субъекту правомочий, – это

<input type="checkbox"/>	дозволение (управомочивание)
<input type="checkbox"/>	субъективное право
<input type="checkbox"/>	разрешительный тип правового регулирования
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

12. Целенаправленное воздействие на поведение субъектов путем определения их прав и обязанностей с помощью индивидуальных правил поведения – это

<input type="checkbox"/>	индивидуальное правовое регулирование
<input type="checkbox"/>	автономное правовое регулирование
<input type="checkbox"/>	диспозитивное правовое регулирование
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

13. Субъекты, заключив договор купли-продажи и определив в нем права и обязанности, не предусмотренные гражданским законодательством,

<input type="checkbox"/>	нарушили закон
<input type="checkbox"/>	совершили правонарушение
<input type="checkbox"/>	вышли за пределы своей компетенции
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

14. Судья, определивший меру юридической ответственности правонарушителю,

<input type="checkbox"/>	реализовал уголовно-правовой запрет
<input type="checkbox"/>	осуществил правоприменительную деятельность
<input type="checkbox"/>	реализовал свое субъективное право
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

15. Автономное правовое регулирование

<input type="checkbox"/>	осуществляется специально уполномоченными субъектами
<input type="checkbox"/>	не является нормативным правовым регулированием
<input type="checkbox"/>	является индивидуальным правовым регулированием
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

16. Индивидуальное правовое регулирование

<input type="checkbox"/>	представляет собой способ правового регулирования
<input type="checkbox"/>	не является гетерономным
<input type="checkbox"/>	свойственно разрешительному типу правового регулирования
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

17. Гетерономное правовое регулирование

<input type="checkbox"/>	имеет властно-предписывающий характер
<input type="checkbox"/>	должно осуществляться в пределах компетенции должностных лиц
<input type="checkbox"/>	может быть как индивидуальным, так и нормативным
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

18. Исполнение обязанности

<input type="checkbox"/>	представляет собой исполнение активной правовой обязанности
<input type="checkbox"/>	является видом правомерного поведения
<input type="checkbox"/>	может быть рассмотрено как способ реализации обязывающих норм
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

19. Соблюдение запрета

<input type="checkbox"/>	является способом правового регулирования
<input type="checkbox"/>	представляет собой способ реализации запрещающих правовых норм
<input type="checkbox"/>	является видом правовой обязанности
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

20. Правовое регулирование

<input type="checkbox"/>	не может быть индивидуальным
<input type="checkbox"/>	происходит исключительно путем установления общих норм
<input type="checkbox"/>	осуществляется исключительно уполномоченными органами государства
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

Тема 8. ИСТОЧНИКИ ПРАВА

1. *Собрание законодательства РФ – это пример*

<input type="checkbox"/>	официальной тематической инкорпорации
<input type="checkbox"/>	официальной хронологической инкорпорации
<input type="checkbox"/>	всеобщей кодификации
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

2. *Официальное опубликование закона*

<input type="checkbox"/>	возможно только после утверждения Президентом
<input type="checkbox"/>	не является необходимым условием для вступления акта в юридическую силу
<input type="checkbox"/>	не является юридическим фактом
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

3. *Ретроактивное действие нормативно-правового акта – это*

<input type="checkbox"/>	исключение из правила футуроспективного действия нормативно-правового акта
<input type="checkbox"/>	юридическая презумпция действия нормативно-правовых актов, смягчающих юридическую ответственность
<input type="checkbox"/>	правовой принцип функционирования современных правовых систем
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

4. *Локальные нормативно-правовые акты коммерческой организации были систематизированы по алфавитному принципу и опубликованы в сборнике для удобства пользования работников. Данный сборник*

<input type="checkbox"/>	является примером неофициальной консолидации
<input type="checkbox"/>	будет являться примером инкорпорации при условии его санкционирования в нормативно-правовом акте государства
<input type="checkbox"/>	не является актом систематизации нормативно-правовых актов, так как предметом систематизации не могут быть локальные нормативно-правовые акты
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

5. *Могут ли подзаконные нормативно-правовые акты не подлежать опубликованию?*

<input type="checkbox"/>	нет, так как это нарушает презумпцию знания законов
<input type="checkbox"/>	да, если они содержат сведения, составляющие государственную тайну
<input type="checkbox"/>	да, если они не нарушают прав и свобод человека
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

6. Ультраактивное действие нормативно-правового акта, – это

<input type="checkbox"/>	исключение из правила о ретроактивном действии нормативно-правовых актов, смягчающих юридическую ответственность или декриминализирующих деяние
<input type="checkbox"/>	распространение действия отдельных положений утратившего юридическую силу нормативно-правового акта на отношения, возникшие до его отмены
<input type="checkbox"/>	распространение действия отдельных положений утратившего юридическую силу нормативно-правового акта на отношения, возникшие в период его действия
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

7. Согласно общему правилу действие нормативно-правового акта во времени

<input type="checkbox"/>	является футуроспективным
<input type="checkbox"/>	определяется датой его официального опубликования
<input type="checkbox"/>	определяется датой его официального опубликования и датой утраты актом юридической силы
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

8. Нормативно-правовой акт

<input type="checkbox"/>	всегда издается уполномоченными органами государства
<input type="checkbox"/>	является видом правового акта-документа
<input type="checkbox"/>	является видом юридического факта
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

9. Договор является нормативным, если

<input type="checkbox"/>	его действие распространяется на неопределенный круг лиц
<input type="checkbox"/>	он заключен в письменной форме
<input type="checkbox"/>	он устанавливает обязанности субъектов
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

10. Источником права в формально-юридическом смысле является

<input type="checkbox"/>	правовая норма
<input type="checkbox"/>	правовая доктрина
<input type="checkbox"/>	обычай
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

11. Система законодательства состоит из

<input type="checkbox"/>	правовых норм
<input type="checkbox"/>	нормативно-правовых актов и возникающих на их основе правовых отношений
<input type="checkbox"/>	нормативно-правовых актов
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

12. Принцип экстерриториальности

<input type="checkbox"/>	является юридической фикцией
<input type="checkbox"/>	представляет собой исключение из футуроспективного действия нормативно-правового акта
<input type="checkbox"/>	является способом опубликования нормативно-правового акта
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

13. Правовые акты могут быть

<input type="checkbox"/>	правовыми актами-документами
<input type="checkbox"/>	правовыми актами-действиями
<input type="checkbox"/>	ненормативными
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

14. Судебный прецедент

<input type="checkbox"/>	является видом правового акта-документа
<input type="checkbox"/>	представляет собой обычай разрешения определенной категории дел
<input type="checkbox"/>	всегда восполняет пробелы в законодательстве
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

15. Закон

<input type="checkbox"/>	обладает высшей юридической силой
<input type="checkbox"/>	не подлежит официальному опубликованию, если содержит сведения, составляющие государственную тайну
<input type="checkbox"/>	является юридическим фактом
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

16. Консолидация отличается от инкорпорации тем, что

<input type="checkbox"/>	всегда имеет официальный характер
<input type="checkbox"/>	определяется методом правового регулирования
<input type="checkbox"/>	всегда предшествует кодификации
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

17. Нормативный договор

<input type="checkbox"/>	является юридическим фактом
<input type="checkbox"/>	относится к правовым актам-документам
<input type="checkbox"/>	является средством гетерономного правового регулирования
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

18. Свидетельство о рождении

<input type="checkbox"/>	является правовым актом-документом
<input type="checkbox"/>	не является юридическим фактом
<input type="checkbox"/>	представляет собой результат правоприменительной деятельности
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

19. Полное собрание законов Российской империи – это пример

<input type="checkbox"/>	кодификации законодательства
<input type="checkbox"/>	официальной тематической инкорпорации
<input type="checkbox"/>	официальной хронологической инкорпорации
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

20. К признакам нормативно-правового акта относится

<input type="checkbox"/>	общеобязательность
<input type="checkbox"/>	гетерономный характер
<input type="checkbox"/>	государственно-властная установленность
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

Тема 9. НОРМЫ ПРАВА

1. Нормы морали отличаются от норм права

<input type="checkbox"/>	устным характером
<input type="checkbox"/>	отсутствием санкции
<input type="checkbox"/>	характером обязывания
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

2. Императивная правовая норма

<input type="checkbox"/>	не может быть управомочивающей
<input type="checkbox"/>	всегда является обязывающей
<input type="checkbox"/>	не имеет предоставительно-обязывающего характера
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

3. Общий характер правовой нормы выражается в том, что данная норма

<input type="checkbox"/>	не требует наступления конкретных жизненных обстоятельств
<input type="checkbox"/>	неперсонифицирована
<input type="checkbox"/>	имеет абстрактную диспозицию
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

4. Диспозитивная правовая норма не может быть

<input type="checkbox"/>	управомочивающей
<input type="checkbox"/>	обязывающей
<input type="checkbox"/>	запрещающей
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

5. Отсылочный способ изложения правовой нормы

<input type="checkbox"/>	является свидетельством несовершенства юридической техники
<input type="checkbox"/>	предполагает необходимость обращения к какому-либо иному нормативному акту для восполнения отсутствующих в тексте элементов нормы
<input type="checkbox"/>	характерен исключительно для частного права
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

6. Коллизионная норма

<input type="checkbox"/>	восполняет отсутствующее соглашение сторон
<input type="checkbox"/>	определяет, что к спорному правоотношению должен применяться закон места исполнения обязательства
<input type="checkbox"/>	является правилом разрешения нормативных коллизий
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

7. Нормы права отличаются от иных социальных норм тем, что

<input type="checkbox"/>	предоставляют субъектам права и возлагают правовые обязанности
<input type="checkbox"/>	всегда имеют письменную форму
<input type="checkbox"/>	всегда устанавливаются законодательной властью государства
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

8. Санкция правовой нормы

<input type="checkbox"/>	устанавливается правоприменительным актом
<input type="checkbox"/>	является элементом логической структуры охранительных правовых норм
<input type="checkbox"/>	является негативным последствием личного либо имущественного характера для нарушителя диспозиции
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

9. Гипотеза правовой нормы

<input type="checkbox"/>	может быть условной и безусловной
<input type="checkbox"/>	определяет условия диспозиции
<input type="checkbox"/>	содержит конкретные жизненные обстоятельства (юридические факты)
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

10. Если статья закона содержит отсылку к правилам внутреннего трудового распорядка, то данная статья является

<input type="checkbox"/>	отсылочной
<input type="checkbox"/>	коллизионной
<input type="checkbox"/>	бланкетной
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

11. Диспозиции по количеству вариантов поведения не делятся на:

<input type="checkbox"/>	простые, сложные, альтернативные
<input type="checkbox"/>	простые и сложные
<input type="checkbox"/>	альтернативные и безальтернативные
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

12. Первичным элементом системы права является

<input type="checkbox"/>	норма права
<input type="checkbox"/>	правовой институт
<input type="checkbox"/>	статья нормативно-правового акта
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

13. Элементами отрасли права всегда являются

<input type="checkbox"/>	предмет и метод правового регулирования
<input type="checkbox"/>	правовые нормы и правовые институты
<input type="checkbox"/>	правовые институты и подотрасли права
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

14. Признаками правовой нормы не являются

<input type="checkbox"/>	формальная определенность
<input type="checkbox"/>	общеобязательность
<input type="checkbox"/>	предоставительно-обязывающий характер
<input type="checkbox"/>	Нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	Все ответы являются правильными

15. Норма, согласно которой «правопреемник залогодателя становится на место залогодателя и несет все обязанности залогодателя, если соглашением с залогодержателем не установлено иное», является

<input type="checkbox"/>	охранительной
<input type="checkbox"/>	дефинитивной
<input type="checkbox"/>	диспозитивной
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

16. Санкция правовой нормы

<input type="checkbox"/>	является обязанностью правонарушителя претерпеть негативные последствия за нарушение диспозиции
<input type="checkbox"/>	является мерой юридической ответственности, возлагаемой на правонарушителя правоохранительными органами государства
<input type="checkbox"/>	определяет негативные последствия, которые наступают для правонарушителя
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

17. Императивная правовая норма

<input type="checkbox"/>	устанавливает исключительно пассивную правовую обязанность
<input type="checkbox"/>	устанавливает исключительно активную правовую обязанность
<input type="checkbox"/>	всегда определяет санкцию за правонарушение
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

18. В соответствии с формальной концепцией критерием разграничения частного и публичного права является

<input type="checkbox"/>	охраняемый законом интерес
<input type="checkbox"/>	метод правового регулирования
<input type="checkbox"/>	предмет правового регулирования
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

19. *Бланкетный способ изложения правовой нормы*

<input type="checkbox"/>	предполагает возможность участников правоотношения самостоятельно определить свои права и обязанности
<input type="checkbox"/>	исключен в публичном праве
<input type="checkbox"/>	предполагает установление полного содержания нормы высшей судебной инстанцией
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

20. *К общим признакам всех социальных норм не относится*

<input type="checkbox"/>	возложение обязанностей на субъектов
<input type="checkbox"/>	предоставление права требовать исполнения обязанности
<input type="checkbox"/>	неперсонифицированность
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

Тема 10. ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ

1. *Критерием классификации регулятивных правовых отношений на правоотношения активного типа и правоотношения пассивного типа является*

<input type="checkbox"/>	субъектный состав
<input type="checkbox"/>	юридические факты, обуславливающие возникновение данных отношений
<input type="checkbox"/>	характер юридической обязанности
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

2. *К какому виду правоотношений относится отношение по договору розничной купли-продажи?*

<input type="checkbox"/>	регулятивное, относительное, сложное, пассивного типа
<input type="checkbox"/>	регулятивное, относительное, простое, активного типа
<input type="checkbox"/>	регулятивное, относительное, сложное
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

3. *Смерть человека в результате убийства является*

<input type="checkbox"/>	неправомерным юридическим фактом
<input type="checkbox"/>	правонарушением
<input type="checkbox"/>	относительным событием
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

4. *Юридическая ответственность за совершенное правонарушение, возлагаемая на правонарушителя правоохранительными органами государства, может быть рассмотрена как пример*

<input type="checkbox"/>	охранительного, относительного, простого правоотношения
<input type="checkbox"/>	охранительного, относительного, сложного правоотношения
<input type="checkbox"/>	реализации уголовно-правового и административно-правового запретов
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

5. Конкретное жизненное обстоятельство, с наличием которого гипотеза правовой нормы связывает возникновение, изменение либо прекращение правовых отношений

<input type="checkbox"/>	положительный юридический факт
<input type="checkbox"/>	юридический факт
<input type="checkbox"/>	альтернативная гипотеза правовой нормы
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

6. Общее (общерегулятивное) правоотношение характеризуется тем, что

<input type="checkbox"/>	субъектом правовой обязанности в данном правоотношении является определенный круг лиц
<input type="checkbox"/>	данное правоотношение возникает на основе правовых норм общей части кодифицированных правовых актов
<input type="checkbox"/>	для вступления в данное правоотношение не требуется заключения договора
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

7. К какому виду правоотношений относится отношение по перевозке пассажиров на общественном транспорте?

<input type="checkbox"/>	регулятивное, относительное, сложное
<input type="checkbox"/>	регулятивное, абсолютное, сложное
<input type="checkbox"/>	регулятивное, общее, активного типа
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

8. Правоотношение собственности является

<input type="checkbox"/>	охранительным, относительным
<input type="checkbox"/>	регулятивным, абсолютным
<input type="checkbox"/>	регулятивным, общим, пассивного типа
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

9. Субъект правового отношения – это

<input type="checkbox"/>	лицо, достигшее 18 лет
<input type="checkbox"/>	лицо, обладающее правоспособностью
<input type="checkbox"/>	любое физическое лицо
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

10. Элементом структуры субъективного права не является

<input type="checkbox"/>	право требовать исполнения активной правовой обязанности
<input type="checkbox"/>	право требовать исполнения пассивной правовой обязанности
<input type="checkbox"/>	право действовать или бездействовать в интересах обязанного лица
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

11. Юридическая фикция является

<input type="checkbox"/>	видом юридического факта
<input type="checkbox"/>	отрицательным юридическим фактом
<input type="checkbox"/>	наименее вероятным предположением о наличии юридического факта
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

12. Пожар вследствие извержения вулкана является

<input type="checkbox"/>	относительным юридическим событием
<input type="checkbox"/>	абсолютным юридическим событием
<input type="checkbox"/>	гипотезой правовой нормы, исключающей ответственность за неисполнение обязательства
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

13. Использование субъективного права

<input type="checkbox"/>	происходит только в общих и абсолютных правоотношениях
<input type="checkbox"/>	всегда происходит вне правовых отношений
<input type="checkbox"/>	является одним из четырех способов реализации правовых норм
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

14. Правоотношения делятся на простые и сложные в соответствии со следующим критерием

<input type="checkbox"/>	количество участников правового отношения
<input type="checkbox"/>	объект правового отношения
<input type="checkbox"/>	совокупность взаимных прав и правовых обязанностей
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

15. В абсолютном правоотношении конкретно определены (индивидуализированы)

<input type="checkbox"/>	субъект правомочия
<input type="checkbox"/>	субъект правовой обязанности
<input type="checkbox"/>	субъект правомочия и субъект правовой обязанности
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

16. Юридическая презумпция является

<input type="checkbox"/>	юридическим поступком
<input type="checkbox"/>	предположением о наличии юридического факта
<input type="checkbox"/>	видом юридического акта
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

17. Соблюдение запрета

<input type="checkbox"/>	происходит только в конкретных относительных правоотношениях
<input type="checkbox"/>	является способом реализации обязывающей правовой нормы
<input type="checkbox"/>	является одним из способов реализации правовых норм
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

18. В конкретном относительном правоотношении индивидуализированы

<input type="checkbox"/>	субъект публичной власти
<input type="checkbox"/>	субъект правомочия и субъект правовой обязанности
<input type="checkbox"/>	объект правового отношения
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

19. Конкретное жизненное обстоятельство, с отсутствием которого гипотеза правовой нормы связывает возникновение, изменение либо прекращение правовых отношений

	правоотрицающий юридический факт
	искусственно созданный юридический факт
	дерогационная гипотеза правовой нормы
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

20. Судебное решение о признании гражданина умершим является

	юридической фикцией
	юридической презумпцией
	правоприменительным актом
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

Тема 11. ПРИМЕНЕНИЕ И ТОЛКОВАНИЕ ПРАВА

1. Правоприменительный акт

	всегда определяет меру юридической ответственности для правонарушителя
	устанавливает индивидуальные правовые последствия для неопределенного круга субъектов
	является видом правового акта-документа
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

2. Верховный суд РФ в Постановлении Пленума дал толкование легальному понятию. К какому виду толкования оно относится?

	аутентичное и нормативное
	легальное и нормативное
	правоприменительное и казуальное
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

3. Способ восполнения пробела в законодательстве путем урегулирования отношений на основе принципов права называется

	аналогия закона
	аналогия права
	расширительное толкование
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

4. Деятельность уполномоченных органов и должностных лиц, направленная на установление, изменение или прекращение субъективных прав и правовых обязанностей,

	имеет процессуальный характер
	определяется нормами о компетенции
	является применением права
	нет правильного ответа
	все ответы являются правильными

5. Какой из перечисленных признаков отличает акт применения права от нормативно-правового акта?

<input type="checkbox"/>	издан государственным органом
<input type="checkbox"/>	имеет письменную форму
<input type="checkbox"/>	определяет индивидуальные правовые последствия
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

6. Расширительное толкование

<input type="checkbox"/>	не применяется в публичном праве
<input type="checkbox"/>	является способом восполнения пробелов в законодательстве путем аналогии права
<input type="checkbox"/>	характеризует результат толкования с точки зрения его объема
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

7. Какие из перечисленных актов являются актами применения права?

<input type="checkbox"/>	постановление Государственной Думы об амнистии
<input type="checkbox"/>	указ Президента о помиловании гражданина N.
<input type="checkbox"/>	решение о назначении пенсии
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

8. Применение права

<input type="checkbox"/>	может происходить в общих и абсолютных правоотношениях
<input type="checkbox"/>	является необходимой стадией правового регулирования
<input type="checkbox"/>	является одним из способов реализации правовых норм
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

9. Способ восполнения пробела в законодательстве путем применения правовой нормы, регуливающей сходные отношения, называется

<input type="checkbox"/>	аналогия закона
<input type="checkbox"/>	аналогия права
<input type="checkbox"/>	расширительное толкование
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

10. Частью структуры правоприменительного акта не является

<input type="checkbox"/>	вводная
<input type="checkbox"/>	мотивировочная
<input type="checkbox"/>	заключительная
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

11. Правоприменительный акт

<input type="checkbox"/>	является индивидуальным автономным актом
<input type="checkbox"/>	является индивидуальным гетерономным актом
<input type="checkbox"/>	может быть как автономным, так гетерономным индивидуальным актом
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

12. Закон Санкт-Петербурга «Об официальном толковании законов Санкт-Петербурга» является

<input type="checkbox"/>	актом аутентичного нормативного толкования
<input type="checkbox"/>	актом легального казуального толкования
<input type="checkbox"/>	видом нормативно-правового акта
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

13. Конституционный суд РФ в своем Постановлении дал толкование Конституции РФ. Определите вид толкования

<input type="checkbox"/>	аутентичное и казуальное
<input type="checkbox"/>	легальное и нормативное
<input type="checkbox"/>	легальное и аутентичное
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

14. В процессе правоприменения

<input type="checkbox"/>	осуществляется толкование правовых норм
<input type="checkbox"/>	происходит юридическая квалификация
<input type="checkbox"/>	в случае необходимости имеет место восполнение пробела
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

15. С точки зрения объема толкования характеризуется

<input type="checkbox"/>	цель толкования
<input type="checkbox"/>	результат толкования
<input type="checkbox"/>	намерение законодателя
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

16. При расширительном толковании

<input type="checkbox"/>	смысл правила шире его словесного выражения
<input type="checkbox"/>	смысл правила уже его словесного выражения
<input type="checkbox"/>	имеет место аналогия закона или аналогия права
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

17. Какой способ толкования предполагает уяснение смысла правовой нормы путем выявления целей правового регулирования?

<input type="checkbox"/>	расширительный
<input type="checkbox"/>	телеологический
<input type="checkbox"/>	системный
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

18. Буквальное толкование

<input type="checkbox"/>	является видом лексического толкования
<input type="checkbox"/>	является главной целью процесса толкования
<input type="checkbox"/>	характеризует результат толкования с точки зрения его соответствия замыслу законодателя
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

19. Юридическая оценка совокупности фактических обстоятельств дела в процессе правоприменения

<input type="checkbox"/>	невозможна в силу позиции «нормоскептиков»
<input type="checkbox"/>	невозможна в силу позиции «фактоскептиков»
<input type="checkbox"/>	представляет собой юридическую квалификацию
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

20. Ограничительное толкование

<input type="checkbox"/>	не используется в частном праве
<input type="checkbox"/>	характеризует результат толкования с точки зрения его объема
<input type="checkbox"/>	является способом установления ограничений субъективных прав
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

**Тема 12. ПРАВОНАРУШЕНИЕ
И ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ**

1. Объективную сторону состава правонарушения характеризуют

<input type="checkbox"/>	обстоятельства места и времени совершения правонарушения
<input type="checkbox"/>	общественно вредные последствия деяния
<input type="checkbox"/>	причинно-следственная связь между деянием и наступившими последствиями
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

2. Признаками правонарушения являются

<input type="checkbox"/>	объективная сторона правонарушения
<input type="checkbox"/>	противоправность
<input type="checkbox"/>	объект правонарушения
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

3. Субъективную сторону состава правонарушения характеризуют

<input type="checkbox"/>	вина, мотив, цель правонарушения
<input type="checkbox"/>	деликтоспособность
<input type="checkbox"/>	субъект правонарушения
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

4. Юридическая ответственность за совершенное правонарушение является

<input type="checkbox"/>	ретроспективной
<input type="checkbox"/>	правовосстановительной
<input type="checkbox"/>	карательной
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

5. Юридическая ответственность за совершенное правонарушение может быть рассмотрена как

<input type="checkbox"/>	принудительно исполняемая обязанность
<input type="checkbox"/>	регулятивное правоотношение
<input type="checkbox"/>	вид субъективного права
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

6. Объектом правонарушения являются

<input type="checkbox"/>	охраняемые законом материальные блага
<input type="checkbox"/>	охраняемые правом общественные отношения
<input type="checkbox"/>	правовые обязанности
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

7. Правонарушение

<input type="checkbox"/>	является юридическим фактом
<input type="checkbox"/>	не является юридическим фактом
<input type="checkbox"/>	является видом юридического акта
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

8. Какой из принципов юридической ответственности предполагает, что ответственность наступает только при установлении в деянии лица всех элементов состава правонарушения

<input type="checkbox"/>	принцип уважения законных ожиданий
<input type="checkbox"/>	принцип гуманности
<input type="checkbox"/>	принцип обоснованности
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

9. Закон, декриминализирующий деяние,

<input type="checkbox"/>	не может иметь ретроактивного действия
<input type="checkbox"/>	является актом амнистии
<input type="checkbox"/>	всегда обладает футуроспективным действием
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

10. Какой из принципов юридической ответственности предполагает, что ответственность наступает только за деяния, предусмотренные законом, и только в пределах закона

<input type="checkbox"/>	принцип <i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i>
<input type="checkbox"/>	принцип <i>res judicata</i>
<input type="checkbox"/>	принцип <i>quot delicta, tot poenae</i>
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

11. Отягчающие обстоятельства правонарушения

<input type="checkbox"/>	не подлежат расширительному толкованию
<input type="checkbox"/>	определяются законом исчерпывающим образом
<input type="checkbox"/>	учитываются при квалификации правонарушения
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

12. Юридическая ответственность

<input type="checkbox"/>	состоит в претерпевании правонарушителем предусмотренных санкцией правовой нормы лишений личного и / или имущественного характера, налагаемых правоохранительными органами государства
<input type="checkbox"/>	представляет собой принудительно исполняемую правонарушителем правовую обязанность, основанием возникновения которой является установление в деяниях лица состава правонарушения
<input type="checkbox"/>	реализуется в конкретном охранительном правоотношении между государством в лице его правоохранительных органов и правонарушителем
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

13. Презумпция невиновности

<input type="checkbox"/>	является общеправовой презумпцией
<input type="checkbox"/>	ограничена рамками уголовного процесса
<input type="checkbox"/>	означает, что обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

14. В отличие от иных видов социальной ответственности юридическая ответственность

<input type="checkbox"/>	допускает принудительное физическое воздействие
<input type="checkbox"/>	имеет в качестве своего основания правонарушение
<input type="checkbox"/>	реализуется правоохранительными органами государства
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

15. Какой из принципов юридической ответственности предполагает соответствие применяемых мер юридической ответственности тяжести правонарушения?

<input type="checkbox"/>	принцип гуманности
<input type="checkbox"/>	принцип неотвратимости
<input type="checkbox"/>	принцип соразмерности
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

16. Какой из принципов юридической ответственности предполагает, что лицо не может дважды нести юридическую ответственность за одно и то же деяние?

<input type="checkbox"/>	принцип <i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i>
<input type="checkbox"/>	принцип <i>nemo iudex in propria causa</i>
<input type="checkbox"/>	принцип <i>non bis in idem</i>
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

17. Смягчающие обстоятельства правонарушения

<input type="checkbox"/>	учитываются при квалификации правонарушения
<input type="checkbox"/>	не подлежат расширительному толкованию
<input type="checkbox"/>	обязан доказывать правонарушитель
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

18. Признаком правонарушения не является

<input type="checkbox"/>	противоправность
<input type="checkbox"/>	виновность
<input type="checkbox"/>	неотвратимость ответственности
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

19. Нормы уголовного права, содержащие описание состава преступления и санкцию,

<input type="checkbox"/>	являются охранительными
<input type="checkbox"/>	устанавливают уголовно-правовые запреты
<input type="checkbox"/>	являются императивными
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

20. Совершение правонарушения недееспособным лицом

<input type="checkbox"/>	представляет собой правомерное поведение
<input type="checkbox"/>	является объективно противоправным деянием
<input type="checkbox"/>	не исключает возложение на данное лицо юридической ответственности
<input type="checkbox"/>	нет правильного ответа
<input type="checkbox"/>	все ответы являются правильными

ИТОГОВЫЕ ЗАДАЧИ КО ВСЕМУ КУРСУ

Задача № 1

Прокуратурой было внесено в суд представление о ликвидации религиозной организации на основании абзаца 3 пункта 1 статьи 14 Федерального закона от 26 сентября 1997 года № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» в связи с систематическим осуществлением данной организацией деятельности, противоречащей целям ее создания.

В судебном заседании представитель религиозной организации, возражая против представления прокуратуры, в качестве аргумента привел правовую позицию Конституционного Суда РФ, согласно которой, «граждане и созданные ими объединения вправе обратиться с конституционной жалобой на нарушение прав, в частности, самого объединения, в тех случаях, когда его деятельность связана с реализацией конституционных прав граждан, являющихся его членами» (Постановление от 24 октября 1996 г. № 17-П). Из данной позиции им был сделан вывод о том, что ликвидация религиозной организации нарушает принадлежащее ей право на свободу совести и вероисповедания, так как именно это право ее членов реализуется через деятельность данной организации, при этом, согласно части 3 статьи 56 Конституции РФ, право на свободу совести не подлежит ограничению федеральным законом.

Представитель прокуратуры в качестве возражения также сослался на правовую позицию Конституционного Суда РФ, в соответствии с которой «то или иное конституционное право человека и гражданина может распространяться на юридические лица в той степени, в какой это право по своей природе может быть к ним применимо» (Постановление от 18 июля 2012 г. № 19-П). Право же на свободу совести является личным правом человека и гражданина, а следовательно, его субъектом не может быть организация.

Суд, удовлетворив представление прокурора, не принял аргументы сторон, основанные на правовых позициях Конституционного Суда РФ, сославшись на часть 1 статьи 120 Конституции РФ, согласно которой судьи независимы и подчиняются только Конституции и федеральному закону. Из данного положения суд сделал вывод о том, что правовые позиции Конституционного Суда РФ, содержащиеся в мотивировочной части его решений, не являются обязательными для суда, независимость которого проявляется, в том числе, в наличии свободы усмотрения при толковании и применении закона.

Аргументируйте собственную позицию в данном споре, в том числе ответив на следующие вопросы.

1. Какой теорией (или теориями) юридического лица руководствовался Конституционный Суд РФ при формулировании представленных в задании правовых позиций?

2. Существует ли коллизия между правовыми позициями Конституционного Суда РФ, приведенными в споре? При наличии коллизии поясните, как она могла бы быть разрешена?

3. Какие права человека и гражданина могут принадлежать коллективным субъектам права?

4. Какое место в системе источников российского права занимают решения Конституционного Суда Российской Федерации?

5. Как соотносятся принцип независимости суда и свобода усмотрения суда при толковании и применении закона?

Задача № 2

Гражданин К. 14 мая 2012 г. был освобожден от занимаемой им на протяжении последних 7 лет должности начальника отдела Главного управления Министерства внутренних дел РФ по городу N. и уволен со службы в полиции на основании пункта 3 части 1 статьи 29 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции», предусматривающего в качестве обстоятельства, препятствующего нахождению на службе в полиции, прекращение в отношении сотрудника полиции уголовного преследования за истечением срока давности.

Представитель гражданина К. обратился в суд с иском к Главному управлению Министерства внутренних дел РФ по городу N. о признании приказа об освобождении гражданина К. от занимаемой должности и увольнении со службы в полиции незаконным и о его восстановлении на службе в полиции в данной должности. В обоснование иска представитель гражданина К., *во-первых*, указал на то, что в данном случае в нарушение требований части 1 статьи 54 Конституции РФ соответствующим положениям Федерального закона «О полиции» была придана обратная сила. В свою очередь это привело к нарушению принципа правовой определенности, закрепленного в целом ряде решений Европейского Суда по правам человека, в частности, в являющихся обязательными для Российской Федерации постановлениях от 24 июля 2003 г. по делу «Рябых против Российской Федерации», от 12 февраля 2004 г. «Александр Сардин против Российской Федерации», от 29 июля 2010 г. «Шапошников против Российской Федерации» и др. Поясняя свою позицию, представитель гражданина К. подчеркнул, что на момент вынесения постановления мирового судьи о прекращении в отношении его доверителя производства

по уголовному делу в связи с истечением срока давности уголовного преследования на основании пункта 3 части первой статьи 24 УПК РФ в законодательстве Российской Федерации отсутствовали нормы, устанавливающие, что прекращение уголовного дела в связи с истечением срока давности уголовного преследования является препятствием для прохождения службы в органах внутренних дел, а следовательно, у гражданина К. отсутствовали основания возражать в порядке части второй статьи 27 УПК РФ против прекращения уголовного дела по данному основанию.

Во-вторых, представитель гражданина К. сослался также на то, что невозможность для его доверителя устранить данное обстоятельство, препятствующее его нахождению на службе в полиции, нарушает закрепленный частью 1 статьи 19 Конституции РФ принцип равенства граждан перед законом и судом, так как ставит его в неравноправное положение с сотрудниками полиции, имеющими гражданство иностранного государства, что также препятствует прохождению службы в полиции (пункт 8 части 1 статьи 29 Федерального закона «О полиции»), однако для продолжения службы они имеют возможность отказаться от гражданства другого государства и продолжить службу.

Таким образом, *в-третьих*, имевший место в прошлом факт прекращения в отношении его доверителя уголовного преследования за истечением срока давности превращается в пожизненное клеймо, что унижает его достоинство, гарантированное частью 1 статьи 21 Конституции РФ, а также нарушает предусмотренное частью 1 статьи 37 Конституции право свободного распоряжения своими способностями к труду.

Прокурор, поддерживая позицию ответчика о законности и обоснованности оспариваемого приказа, в качестве возражения представителю гражданина К., в частности, заявил, что решения Европейского Суда по правам человека, в которых сформулирован принцип правовой определенности, были приняты по другим делам, не являющихся аналогичными рассматриваемому делу, а потому сформулированные в них правовые позиции не являются обязательными для суда в данном деле. Кроме того, по его мнению, истец, состоя на службе в органах внутренних дел, обязан был проявить должную предусмотрительность и при наличии со своей стороны возражений не должен был соглашаться на прекращение производства по уголовному делу в связи с истечением срока давности уголовного преследования.

Суд, частично приняв доводы истца, пришел к выводу о том, что в данном случае имеет место пробел в законодательстве, а следовательно, суд может восполнить его путем аналогии права, непосредственно применив положения Конституции РФ. При этом суд сослался на правовую позицию Конституционного Суда РФ, выраженную в Постановлении от 16 июня 1998 г. № 19-П, в соответствии с которой

«обязанность судов в случаях, если они приходят к выводу о неконституционности закона, для официального подтверждения его неконституционности обращаться в Конституционный Суд РФ не ограничивает непосредственное применение ими Конституции РФ, которая призвана обеспечивать реализацию конституционных норм прежде всего при отсутствии их законодательной конкретизации». Соответственно суд удовлетворил иск о признании приказа об освобождении гражданина К. от занимаемой должности незаконным на основании того, что применение в отношении истца пункта 3 части 1 статьи 29 Федерального закона «О полиции» противоречит требованиям части 1 статьи 54 Конституции РФ.

Главное управление Министерства внутренних дел РФ по городу N. подало апелляционную жалобу на решение суда первой инстанции. Суд апелляционной инстанции отменил данное решение и признал приказ об освобождении гражданина К. от занимаемой должности и увольнении со службы в полиции соответствующим требованиям федерального закона «О полиции».

После вступления в силу решения суда апелляционной инстанции Конституционный Суд РФ принял Постановление от 21 марта 2014 г. № 7-П, в котором предметом обжалования являлись положения пункта 7 части 3 статьи 82 Федерального закона от 30 ноября 2011 года № 342-ФЗ «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в той мере, в какой они служат основанием расторжения контракта с сотрудником органов внутренних дел о прохождении службы в органах внутренних дел и увольнения его со службы в случаях, если в отношении него уголовное преследование по делу частного обвинения прекращено в связи с примирением сторон до вступления данного пункта в силу, в том числе когда инкриминируемое сотруднику органов внутренних дел деяние к моменту увольнения декриминализовано. Оспариваемые нормативные положения были признаны не соответствующими Конституции РФ, в той мере, в какой они предполагают обязательное и безусловное расторжение контракта о прохождении службы с сотрудником органов внутренних дел и увольнение его со службы, если в отношении него уголовное преследование по делу частного обвинения прекращено в связи с примирением сторон до вступления данного законоположения в силу, а также в той мере, в какой они допускают наступление предусмотренных ими неблагоприятных последствий в связи с совершением сотрудником органов внутренних дел деяния, которое на момент решения вопроса о расторжении с ним контракта о прохождении службы и увольнения его со службы не признается преступлением.

Представитель гражданина К. в порядке ст. 392 ГПК РФ обратился с заявлением в суд о пересмотре ранее вынесенного в отношении его доверителя судебного решения в связи с новыми обстоятельствами, каковыми он посчитал данное Постановление Конституционного Суда РФ.

Аргументируйте собственную позицию в данном споре, оценив доводы сторон и ответив в том числе на следующие вопросы.

1. Можно ли в данном случае сделать вывод о придании обратной силы положением пункта 3 части 1 статьи 29 Федерального закона «О полиции»?

2. Были ли нарушены приказом об освобождении сотрудника полиции К. от занимаемой должности какие-либо права человека и гражданина и (или) правовые принципы?

3. Как, по Вашему мнению, соотносятся понятия «норма права», «правовой принцип», «права человека»?

4. Имела ли, на Ваш взгляд, в данной ситуации конкуренция прав человека и, соответственно, есть ли основания для нахождения их баланса, и в чем, по Вашему мнению, он должен состоять?

5. Имел ли место в данном случае пробел в законодательстве и соответственно были ли у суда основания для использования аналогии и непосредственного применения положений Конституции?

6. Охарактеризуйте постановления Европейского Суда по правам человека как источник права. Какое место занимают данные акты в системе источников российского права?

7. Подлежит ли удовлетворению заявление представителя гражданина К. о пересмотре ранее вынесенного в отношении его доверителя судебного решения в связи с новыми обстоятельствами? Подлежат ли решения Конституционного Суда РФ применению по аналогии?

Задача № 3

Решением Верховного суда РФ от 28 марта 2002 г. № ГКПИ 2002-178 Постановление Правительства РФ от 28 августа 1992 г. № 632 «Об утверждении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воздействия» было признано незаконным (недействительным) как противоречащее ст. 57 и ч. 3 ст. 75 Конституции РФ, ст. 6 Налогового кодекса РФ и п. 1 ст. 16 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды».

Правительство РФ обратилось в Конституционный суд РФ с запросом о проверке конституционности Постановления от 28 августа 1992 г. № 632.

В определении Конституционного суда РФ от 10 декабря 2002 г. № 284-О «По запросу Правительства Российской Федерации о проверке конституционности Постановления Правительства Российской Федерации «Об утверждении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воздействия» и статьи 7 Федерального закона «О введении в действие части первой Налогового кодекса Российской Федерации» была выражена следующая правовая позиция.

«Решение суда общей юрисдикции, которым нормативный акт Правительства Российской Федерации признан противоречащим федеральному закону, не является подтверждением недействительности нормативного акта Правительства Российской Федерации, его отмены самим судом, тем более лишения его юридической силы с момента издания, а означает лишь признание его недействующим и, следовательно, с момента вступления решения суда в силу не подлежащим применению...

Решение суда общей юрисдикции о том, что нормативный акт Правительства Российской Федерации противоречит федеральному закону, не препятствует возможности проверки конституционности как федерального закона, так и нормативного акта Правительства Российской Федерации по инициативе соответствующих органов государственной власти в порядке статьи 125 (части 2 и 3) Конституции Российской Федерации, если заявитель вопреки решению суда общей юрисдикции считает его подлежащим действию. При этом, принимая решение, на основании которого признанные неконституционными нормативные правовые акты, в том числе Постановления Правительства Российской Федерации, в силу прямого указания Конституции Российской Федерации (статья 125, часть 6) утрачивают юридическую силу, Конституционный Суд Российской Федерации выступает в качестве судебной инстанции, окончательно разрешающей такие публично-правовые споры».

В своем особом мнении судья Конституционного суда РФ Г. А. Гаджиев не согласился с решением Конституционного суда, отметив, в частности, следующее.

«В соответствии со статьей 85 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» запрос о проверке конституционности нормативного акта является допустимым, если заявитель считает его «подлежащим действию вопреки официально принятому решению федеральных органов государственной власти об отказе применять и исполнять его как не соответствующий Конституции Российской Федерации».

Принятие Конституционным Судом Российской Федерации к рассмотрению

запроса Правительства Российской Федерации означает, что имеется официальное решение Верховного Суда Российской Федерации об отказе применять и исполнять Постановление Правительства Российской Федерации от 28 августа 1992 г. № 632 «Об утверждении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воздействия». Между тем такого решения не было и не могло быть – прежде всего потому, что Верховный Суд Российской Федерации не является субъектом исполнения данного Постановления Правительства Российской Федерации. Исполнение правовых норм всегда предполагает высокую степень активности субъектов права и заключается в обязательном совершении предусмотренных этими нормами действий, в выполнении государственно-властных императивных требований.

Применение права представляет собой властную индивидуально-правовую деятельность, которая направлена на решение юридических дел органами государства, обладающими соответствующей юрисдикцией (см.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 321–322). В данном случае Верховный Суд Российской Федерации, принимая решение, и не исполнял, и не применял Постановление Правительства Российской Федерации, поскольку оно выступало в качестве объекта проверки в процедуре судебного нормоконтроля.

В соответствии со статьей 23 Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации» Верховный Суд Российской Федерации проверяет законность норм, содержащихся в нормативных решениях Правительства Российской Федерации, т. е. их соответствие федеральным законам. Данная процедура в настоящее время осуществляется судами общей юрисдикции в рамках административного судопроизводства. Как следует из представленных материалов... Верховный Суд Российской Федерации... пришел к выводу, что Постановление Правительства Российской Федерации «Об утверждении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воздействия» противоречит Федеральному закону от 10 января 2002 года «Об охране окружающей среды». Таким образом, Верховный Суд Российской Федерации не принимал решения об отказе применять данное Постановление как противоречащее Конституции Российской Федерации.

Предусмотренная статьей 85 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» процедура позволяет Конституционному Суду Российской Федерации вопреки официально принятому решению федерального органа государственной власти принять решение о признании нор-

мативного акта подлежащим действию, признав его соответствующим Конституции Российской Федерации. Однако даже если исходить из того, что Верховный Суд Российской Федерации применял Постановление Правительства Российской Федерации, т. е. согласиться с выводом, к которому пришло большинство судей Конституционного Суда Российской Федерации, то и в этом случае необходимо учитывать, что в данной процедуре Конституционный Суд Российской Федерации не вправе отменять решение Верховного Суда Российской Федерации в части, касающейся несоответствия Постановления Правительства Российской Федерации нормам статьи 16 Федерального закона «Об охране окружающей среды».

- 1. Что представляет собой юридическая сила правового акта?*
- 2. Существуют ли различия между отменой правового акта, лишением правового акта юридической силы и признанием правового акта недействующим?*
- 3. Какова юридическая природа абстрактного судебного нормоконтроля?*
- 4. Является ли судебный нормоконтроль видом правоприменения?*

КЕЙС «ДЕЛО СПЕЛЕОЛОГОВ»

Этот казус Л. Фуллер опубликовал в 1949 г. С той поры текст Фуллера изучается на юридических факультетах университетов и привлекает внимание многих исследователей. Как пишет С. В. Моисеев, возник даже жанр подражаний Фуллеру, когда суть различных направлений в философии права раскрывается в виде продолжения «Дела спелеологов», т. е. через новые вымышленные мнения других членов Верховного суда государства Ньюгарт по данному делу. В 1999 г. в США состоялся симпозиум, посвященный пятидесятилетию этого произведения, и мнения выступавших снова разделились: некоторые виднейшие юристы и высокопоставленные судьи высказались за то, чтобы оставить приговор в силе, некоторые – за его отмену. Казус приводится в сокращенном переводе С. В. Моисеева (*Моисеев С. В. Философия права. Новосибирск, 2004*).

Дело спелеологов (Верховный суд Ньюгарта, 4300 г.)

Обвиняемые, признанные виновными в убийстве, были приговорены к повешению судом по общим делам графства Стоуфилд. Они подают апелляцию в данный суд. Факты дела изложены в мнении Трупенни – Главного судьи.

Главный судья. Четверо обвиняемых являются членами любительского общества спелеологов – организации, занимающейся изучением пещер. В начале мая 4299 г. они совместно с Роджером Ветмором, тогда также членом общества, проникли внутрь известняковой пещеры. Когда экспедиция находилась в глубине пещеры, произошел оползень, и тяжелые валуны полностью закрыли единственный известный спелеологам путь вверх. Обнаружив свое положение, люди расположились у заблокированного входа, ожидая спасателей. Когда их наконец освободили, стало известно, что на тридцать третий день после входа экспедиции в пещеру Ветмор был убит и съеден своими компаньонами.

Из свидетельских показаний обвиняемых, принятых присяжными, следует, что именно Ветмор первым предложил использовать для пропитания, без которого спасение было невозможным, плоть одного из их числа. Также именно Ветмор предложил использовать для выбора жертвы метод бросания жребия, обратив внимание всех на пару игральных костей, которая оказалась у него.

Однако прежде чем кости были брошены, Ветмор объявил, что он выходит из игры, так как по размышлению решил подождать еще неделю перед тем, как прибегнуть к такому ужасному и отвратительному средству. Остальные обвинили его в нарушении слова и начали бросать кости. Когда подошла очередь Ветмора, кости

были брошены за него одним из компаньонов. Бросок оказался роковым для Ветмора, после чего он был убит и съеден своими компаньонами.

Спасенных спелеологов обвинили в убийстве Роджера Ветмора. После завершения прений председатель присяжных (юрист по профессии) запросил суд о том, могут ли присяжные вынести особый вердикт, оставляющий суду право окончательно решить, являются ли подсудимые на основании известных фактов виновными. После некоторой дискуссии прокурор и советники обвиняемых обозначили свое признание этой процедуры, и она была принята судом.

В пространном особом вердикте присяжные нашли, что факты таковы, как они были изложены выше, и что если на основании этих фактов подсудимые виновны в преступлении, в котором их обвиняют, то присяжные находят подсудимых виновными. Затем судья приговорил обвиняемых спелеологов к повешению (закон нашего Содружества не оставлял ему выбора). После освобождения присяжных от их обязанностей, они коллективно обратились к Президенту с ходатайством о смягчении наказания до шести месяцев тюремного заключения. Судья обратился к Президенту с аналогичным ходатайством.

Мне представляется, что, рассматривая такое необычное дело, присяжные и судья действовали не только справедливо и мудро, но и следовали единственным путем, открытым перед ними законом. Текст нашего статута хорошо известен: «Тот, кто преднамеренно лишит жизни другого, должен быть наказан смертью» (N.C.S.A. § 12-A). Этот статут не допускает никаких исключений применительно к рассматриваемому случаю, хотя наши симпатии могут вести нас к тому, чтобы принять во внимание трагические обстоятельства, в которых оказались эти люди.

В делах, подобных этому, принцип милосердия со стороны исполнительной власти наилучшим образом подходит для того, чтобы смягчить строгость закона, и я предлагаю моим коллегам последовать примеру присяжных и судьи низшего суда, присоединившись к их ходатайствам, адресованным Президенту. Я думаю, мы можем рассчитывать на какое-то проявление милосердия по отношению к ответчикам. И в этом случае справедливость будет достигнута без нарушения буквы и духа наших законов и без поощрения пренебрежения законом.

Судья Фостер. Я поражен тем, что Главный судья, пытаясь избежать затруднений, связанных с этим трагическим случаем, должен был принять и предложить своим коллегам столь убогую и столь очевидную меру. Я полагаю, что нечто большее предстало перед судом в этом деле, чем судьба несчастных исследователей, а именно – законы нашего Содружества. Если суд объявит, что согласно нашим законам эти люди совершили преступление, то сами наши законы будут осуждены три-

буналом Здравого смысла независимо от того, что произойдет с подавшими апелляцию. То, что закон, которого мы придерживаемся и которому даем толкование, заставляет нас прийти к постыдному для себя заключению, а избежать этого мы можем только апеллируя к милости, зависящей от личной прихоти Президента, кажется мне равнозначным признанию того, что закон нашего Содружества больше не пытается содержать справедливость.

Лично я не верю, будто наше право делает неизбежным чудовищный вывод о том, что эти люди – убийцы. Напротив, я полагаю, что закон объявляет их незапятнанными никаким преступлением. Я делаю это заключение, исходя из двух независимых оснований, каждого из которых достаточно, чтобы оправдать обвиняемых.

Первое основание невинности исходит из посылки, которая может вызвать возражения, пока не будет беспристрастно изучена. Я придерживаюсь того взгляда, что писанный или позитивный закон нашего Содружества, включая все статуты и прецеденты, неприменим к этому случаю, который вместо этого управляется тем, что древние авторы в Европе и Америке называли «естественным правом».

Мой вывод основывается на том положении, что наше позитивное право исходит из возможности сосуществования людей в обществе. Если возникает ситуация, в которой сосуществование людей становится невозможным, то условие, лежащее в основе всех наших прецедентов и статутов, перестает существовать. Когда это условие исчезает, тогда, по моему мнению, с ним исчезает сила нашего позитивного права. Мы не привыкли применять максиму *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex* (когда перестает существовать разумное основание закона, перестает существовать и сам закон) ко всему нашему писаному праву, но я полагаю, что рассматриваемое нами дело – именно тот случай, когда данная максима должна применяться.

Положение о том, что все позитивное право основывается на возможности сосуществования людей, звучит необычно не потому, что странна содержащаяся в нем истина, наоборот, эта истина настолько очевидна и убедительна, что именно поэтому мы редко выражаем ее словами. Она как воздух, которым мы дышим и о существовании которого забываем, пока нас неожиданно его не лишат. Какие бы конкретные цели не ставили перед собой различные отрасли нашего права, по размышлении становится ясно, что все они нацелены на облегчение и улучшение сосуществования людей, на честное и справедливое регулирование их совместной жизни. Если исходное допущение о том, что люди могут жить вместе, теряет свою истинность, как это произошло в рассматриваемой нами чрезвычайной ситуации, где жизнь стала возможной только через отнятие жизни, значит, основные положения всего правового порядка потеряли свой смысл и силу.

Если бы трагические события произошли за пределами нашего Содружества, никто не претендовал бы на то, что наш закон применим к ним. Мы признаем, что наша юрисдикция имеет территориальную основу. Основания этого принципа никоим образом не являются очевидными и редко подвергаются изучению. Я полагаю, территориальный принцип поддерживается допущением, что возможность установить единый правовой порядок для группы людей существует, только если они живут совместно в пределах данного участка поверхности земли. Тогда посылка о том, что люди будут сосуществовать в группе лежит в основе территориального принципа, как и всего права.

Теперь я заявляю, наш случай может быть устранен из сферы действия правового порядка как морально, так и географически. Когда обвиняемые принимали свое роковое решение, они были так же удалены от нашего правового порядка, как если бы находились в тысяче миль от границ Содружества. Даже в физическом смысле их подземная тюрьма была отделена от наших судов и повесток прочным скальным занавесом, устраненным только после чрезвычайных затрат времени и энергии.

Я заключаю, таким образом, что в то время, когда жизнь Роджера Ветмора была прекращена ответчиками, они, используя старомодный язык авторов XIX века, находились не в «состоянии гражданского общества», но в «естественном состоянии». А значит, к ним неприменимо право, введенное в силу и установленное для нашего Содружества, но право, выводимое из тех принципов, которые уместны для их ситуации. Я несколько не колеблюсь, утверждая, что, согласно этим принципам, они невиновны ни в каком преступлении.

Поступок обвиняемых был совершен в соответствии с соглашением, первоначально предложенным самим Ветмором и всеми принятым, так как ясно, что чрезвычайное положение сделало неприменимым обычные принципы, регулирующие отношения людей друг с другом, и требовалось составить новую хартию правления, уместную в создавшейся ситуации.

Со времен античности признается, что наиболее фундаментальный принцип права или государства должен быть обретен в идее договора, или соглашения. Мыслители древности, особенно в период с 1600 по 1900 гг., как правило, основывали само государство на некоем первоначальном общественном договоре. Скептики указывали, что теория общественного договора противоречит известным фактам истории, и нет никаких научных свидетельств того, что хоть какое-то государство когда-либо основывалось предписываемым теорией образом. В ответ моралисты указывали, что если договор и был фикцией с точки зрения истории, то сама его идея обеспечивает единственно возможное нравственное обоснование власти госу-

дарства, включая его право отнимать жизнь. Полномочия государства могут быть морально оправданы только на том основании, что это те полномочия, с которыми согласились бы разумные люди, поставленные перед необходимостью создать заново некоторый порядок, обеспечивающий их совместную жизнь.

К счастью, Содружество не стоит перед затруднениями, преследовавшими древних. Мы принимаем как историческую истину тот факт, что наше государство основано на договоре, или свободном согласии людей. Согласно убедительным археологическим данным, в первый период после Великой Спирали выжившие в катастрофе добровольно собрались вместе и составили новую хартию власти. Софистически настроенные авторы поднимают вопросы о праве этих далеких от нас во времени договаривающихся сторон накладывать обязанности на будущие поколения. Тем не менее остается фактом: наше государство сохраняет непрерывную преемственность по отношению к этой первоначальной хартии.

Поэтому то, что наши палачи имеют право лишать людей жизни, шерифы – выставлять на улицу неплатежеспособных жильцов, а полиция – подвергать заключению буйных пьяниц, морально оправдывается первоначальным договором наших предков.

Таким образом, если мы не способны найти более высокий источник своему правовому порядку, какой высший источник должны были несчастные голодающие найти порядку, принятому для себя? Я полагаю, изложенные мной аргументы позволяют понять, что на этот вопрос нет рационального ответа. Я понимаю, у многих это мнение, вероятно, вызовет некоторый дискомфорт и они будут склонны подозревать некую скрытую софистику в основе всего сказанного, так как оно ведет к столь многим непривычным выводам. Однако найти источник этого дискомфорта легко.

Обычные условия человеческого существования делают нас склонными воспринимать человеческую жизнь как абсолютную ценность, которой нельзя пожертвовать ни при каких обстоятельствах. Вместе с тем каждая скоростная магистраль, каждый туннель, каждое здание, которое мы проектируем, представляет риск для жизни людей. Взяв эти проекты все вместе, мы можем подсчитать с некоторой точностью, как много смертей повлечет их строительство; данные статистики укажут стоимость в человеческих жизнях тысячемильной магистрали с движением в четыре ряда. Но тем не менее мы сознательно и намеренно платим эту цену, исходя из того, что польза для тех, кто остается в живых, перевешивает потери. Если так заведено в обществе, живущем обычной и нормальной жизнью над землей, то что мы должны сказать о якобы абсолютной ценности человеческой жизни применительно

к той отчаянной ситуации, в которой оказались обвиняемые и их компаньон Ветмор?

Этим заканчивается изложение первого основания моего решения. Мое второе основание гипотетически отвергает все те послышки, из которых я только что исходил. Для целей аргументации я допускаю, что ошибаюсь, утверждая, что положение этих людей устранило их из сферы действия позитивного права, и исхожу из того, что Консолидированные Статуты имеют право проникнуть через пятьсот футов скальной породы и распространяются на этих голодающих людей, сгрудившихся в своей подземной тюрьме.

Конечно, совершенно ясно, что поступок обвиняемых нарушает буквальную формулировку статута, согласно которому тот, кто преднамеренно лишит жизни другого, является убийцей. Но вспомним одно из самых древних проявлений юридической мудрости: человек может нарушить букву закона, не нарушая сам закон. Каждое положение позитивного права, содержащееся в статуте или судебном прецеденте, должно интерпретироваться разумно, в свете его явных целей. Это настолько очевидная истина, что едва ли нужно о ней распространяться. Примеры ее бесчисленны и могут быть найдены во всех областях права.

В деле «Содружество против Сеймура» ответчик был осужден в соответствии со статутом, объявляющим преступлением парковку автомобиля в некоторых местах на протяжении более двух часов. Ответчик пытался, но не смог убрать свою машину, так как улицы были заполнены участниками политической демонстрации, в которой он не принимал участия и которую не имел оснований ожидать. Приговор был отменен судом, хотя случай полностью подпадал под буквальную формулировку статута.

Находящийся перед нами статут никогда не применялся буквально. Сотни лет назад было установлено, что убийство при самозащите не подлежит осуждению. Вместе с тем формулировка сама по себе не предполагает этого исключения. И хотя не раз делались попытки примирить юридический подход к самообороне со словами статута, по моему мнению, все это лишь остроумная софистика. Правда в том, что исключение в пользу самозащиты согласуется не со словами статута, но лишь с его целью.

Подлинное согласование оправдания самозащиты со статутом, провозглашающим преступлением убийство другого человека, должно быть найдено в следующей линии рассуждений. Одна из принципиальных целей любого уголовного законодательства – удержать людей от совершения преступлений. Очевидно, что если бы закон объявил лишение жизни при самообороне убийством, то такое правило не могло бы выполнять сдерживающую функцию. Человек, жизнь которого находится

под угрозой, будет давать отпор агрессору, что бы ни говорил закон. Поэтому, учитывая общие цели уголовного законодательства, мы можем с полным правом утверждать: этот статут не предназначался для применения в случае самообороны.

Когда сформулировано рациональное основание для исключения в пользу самозащиты, становится ясно, что точно такая же аргументация применима и в рассматриваемом нами случае. Если в будущем какие-то люди окажутся в трагической ситуации этих обвиняемых, мы можем обоснованно полагать, что их решение жить или умереть не будет контролироваться содержанием нашего уголовного кодекса. Соответственно, если мы прочитаем этот статут разумно, то ясно, что он неприменим к рассматриваемому случаю. Устранение ситуации из сферы действия данного статута оправдано теми же соображениями, которые столетия назад использовали наши предшественники в отношении самообороны.

Я безоговорочно принимаю, что суд ограничен статутами нашего Содружества. Аргументация, которую я привел выше, не заставляет сомневаться в верности принятым законам, хотя может поставить вопрос о различии между разумной и неразумной верностью. Исправление очевидных ошибок или упущений законодателей не подменяет законодательную волю, но придает ей больше эффективности.

Поэтому я заключаю, что согласно любой точки зрения, с которой может рассматриваться это дело, обвиняемые невиновны в убийстве Роджера Ветмора и приговор должен быть отменен.

Судья Таттинг. По мере того как я анализирую мнение, только что высказанное моим братом, я нахожу, что все оно пронизано ошибками и противоречиями. Начнем с первого положения: утверждается, что обвиняемые не подлежат действию наших законов, они были не в «состоянии гражданского общества», но в «естественном состоянии». Мне неясно, почему это так. Из-за толщины скалы, преградившей им выход? Из-за терзавшего их голода? Или потому что они установили новую «хартию правления», которая заменила обычные нормы закона на бросание костей? Появляются и другие трудности. Если люди перешли из нашей юрисдикции в юрисдикцию «естественного права», то в какой момент это произошло? Когда вход в пещеру был заблокирован или когда угроза голодной смерти достигла некоторой неопределенной степени интенсивности? А может быть уже после заключения договора о бросании костей? Эти неясности доктрины, выдвинутой моим братом, способны породить реальные затруднения.

Предположим, к примеру, что у одного из обвиняемых двадцать первый день рождения был тогда, когда он находился заточенным в пещере. Можем ли мы считать, что он достиг совершеннолетия в то время, когда, согласно гипотезе, находился вне сферы действия наших законов, или это произошло только после освобожде-

ния из пещеры (когда он снова стал подлежать действию «позитивного права»)? Эти трудности могут показаться несерьезными, но они только служат тому, чтобы выявить несерьезный характер породившей их доктрины.

Нет необходимости исследовать эти тонкости дальше, чтобы продемонстрировать абсурдность позиции моего брата. Судья Фостер и я являемся назначенными судьями суда Содружества Ньюгарта, принесшими присягу и наделенными полномочиями отправлять правосудие этого Содружества. Какой властью мы превращаем себя в Суд Естества? Если обвиняемые действительно подлежали естественному праву, откуда происходит наша власть толковать и применять это право? Несомненно то, что мы не в естественном состоянии.

Обратимся к содержанию естественного кодекса, который мой брат предлагает принять в качестве нашего собственного и применить к рассматриваемому случаю. Какой это одиозный и поставленный с ног на голову кодекс! Это кодекс, в котором договорное право более фундаментально, чем законы об убийстве. Это кодекс, согласно которому человек может заключить имеющее силу соглашение, наделяющее его товарищей правом есть его тело. Более того, согласно положениям этого кодекса, такое соглашение, будучи однажды заключенным, неотменяемо, поэтому если одна из сторон захочет выйти из него, другие вправе взять исполнение закона в свои руки и реализовать договор с помощью насилия, ибо, хотя мой брат обходит удобным молчанием результат отказа Ветмора, это является необходимым следствием его аргументации.

Принципы, излагаемые моим братом, содержат и другие нетерпимые следствия. Он утверждает, что когда обвиняемые напали на Ветмора и убили его, они только осуществляли права, полученные в результате их соглашения. Предположим, однако, что Ветмор спрятал у себя револьвер и, увидев, что обвиняемые готовы убить его, застрелил их, чтобы спасти свою жизнь. Аргументация моего брата применительно к этой ситуации сделала бы Ветмора убийцей, так как оправдание самообороны было бы неприменимо к нему. Если нападающие действовали правомерно, стремясь лишить его жизни, то, конечно, Ветмор имел не более оснований для оправдания, чем приговоренный к повешению, который сразил палача, законным образом пытавшегося надеть петлю ему на шею.

Все эти соображения не позволяют мне согласиться с первой частью аргументации моего брата. Я не могу принять ни его идею, что эти люди подлежали действию естественного кодекса, который суд обязан применять к ним, ни одиозные и извращенные положения этого кодекса. Теперь я перехожу ко второй части аргументации моего брата, в которой он старается показать, что обвиняемые не нарушили положений N.C.S.A. § 12-A. Здесь его путь, вместо того чтобы быть ясным,

становится туманным и двусмысленным, хотя он сам, похоже, не осознает затруднений, присущих его доводам.

Суть аргументов моего брата может быть выражена в следующем: ни один статут, что бы в нем ни говорилось, не должен применяться таким образом, который противоречит его цели. Одна из целей любого уголовного кодекса – не допустить преступление. Применение кодекса, объявляющего преступлением убийство, к особым обстоятельствам рассматриваемого случая противоречит этой цели, ибо невозможно поверить, что содержание уголовного кодекса будет сдерживать людей, стоящих перед выбором между жизнью и смертью. Основания для такого прочтения кодекса, замечает мой брат, те же, которые делают самозащиту оправдательным обстоятельством.

Теперь позвольте мне кратко обрисовать то недоумение, в которое я прихожу, когда более детально изучаю доводы моего брата. То, что статут должен применяться в свете его цели и что одной из целей уголовного законодательства является предупреждение преступлений, – верно. Трудность в том, что и другие цели также приписываются законам о преступлениях. Так, еще одна его цель – обеспечить упорядоченный выход инстинктивному человеческому требованию возмездия. Часто целью называется исправление преступника. Предлагаются и другие теории. Исходя из того что мы должны интерпретировать статут в свете его цели, что нам делать, когда он полифункционален или когда его цели спорны?

Аналогичная трудность связана с тем фактом, что, хотя данная моим братом интерпретация самообороны как оправдывающего обстоятельства имеет вес, есть авторитетные мнения, приписывающие этому оправданию другие основания. Обычная доктрина, изучаемая на юридических факультетах, звучит следующим образом: положения статута об убийстве требуют, чтобы это было преднамеренное действие. Человек, который отражает агрессию, угрожающую его жизни, действует не преднамеренно, а импульсивно, согласно инстинкту самосохранения.

Таким образом, это обычное, только что изложенное понимание самообороны как оправдывающего обстоятельства очевидным образом неприменимо к этому случаю. Обвиняемые действовали не просто преднамеренно, но с большой предусмотрительностью, после многих часов обсуждения. Опять же мы стоим перед выбором: одна линия рассуждений ведет нас в одном направлении, другая – в полностью противоположном. Затруднение в данном случае усугубляется тем, что мы должны противопоставить одно объяснение, содержащееся в практически неизвестном прецеденте этого суда, другому объяснению, составляющему часть правовой традиции, преподаваемой в наших юридических вузах но, насколько мне известно, никогда не использовавшейся ни в одном судебном решении.

Мне трудно утверждать, что решение суда признать обвиняемых виновными в убийстве полностью лишено предупреждающего эффекта. Думаю, вполне вероятно, что если бы эти люди знали о противозаконности поступка – убийства, то выждали бы, по крайней мере, несколько дней перед тем, как осуществить свой план. В это время могла прийти помощь.

Есть еще и иная проблема в предложении моего брата Фостера вычитывать в статуте исключение, благоприятное для этого случая. Каков должен быть масштаб этого исключения? В нашем случае люди бросали жребий, и жертва первоначально сама была участником соглашения. А как нам следовало поступить, если бы Ветмор с самого начала отказался поддержать этот план? Имело ли право большинство игнорировать его несогласие? Или, предположим, не было принято никакого плана вообще, а просто обвиняемые сговорились убить Ветмора, оправдываясь, что он находится в самом худшем физическом состоянии. Или же они все-таки следовали какому-то методу выбора, но исходили из иных оснований, например, будучи атеистами, настояли на том, что Ветмор должен умереть, как единственный верящий в загробную жизнь. Можно увеличивать число примеров, но было сказано достаточно, чтобы показать, в какое болото скрытых проблем заводит аргументация моего брата.

Чем больше я изучаю это дело, тем глубже оно захватывает меня. Мой ум запутывается в хитросплетениях тех самых сетей, которые я бросаю в помощь себе. Я нахожу, что почти каждому соображению, влияющему на решение этого дела, есть противовес – противоположное соображение, ведущее в противоположном направлении. Я не могу найти для себя какой-либо формулы, способной разрешить двусмысленности, осаждающие меня со всех сторон.

Я отдал этому делу все мыслительные усилия, на которые только способен. Я почти не спал с того времени, как оно начало дебатироваться здесь. Принять аргументацию моего брата Фостера мне не позволяет то, что она интеллектуально не обоснована. С другой стороны, когда я склоняюсь к тому, чтобы оставить в силе приговор, меня поражает его абсурдность: отправить на смерть людей, спасенных ценой жизнью десяти героических спасателей. У меня вызывает сожаление, что прокурор посчитал уместным требовать осуждения за убийство. Если бы в наших статутах было положение, объявляющее преступлением употребление в пищу человеческой плоти, это было бы более подходящим основанием для обвинения. Если бы никакого другого обвинения, соответствующего данной ситуации, нельзя было выдвинуть против обвиняемых, я полагаю более мудрым вообще не выносить обвинения. К сожалению, обвинение было предъявлено, и люди предстали перед судом, в результате мы оказались вовлечены в это несчастное дело.

Поскольку я совершенно не способен разрешить сомнения, преодолевающие меня по поводу правовой оценки этого дела, я, с сожалением, объявляю о шаге, насколько мне известно, беспрецедентном в истории этого трибунала. Я объявляю о том, что устраниюсь от решения этого дела.

Судья Кин. Я хотел бы вначале отставить в сторону два вопроса, решать которые не дело этого суда. Во-первых, вопрос о том, должно ли помилование со стороны исполнительной власти быть применено к обвиняемым в случае подтверждения приговора. В нашей государственной системе это вопрос к Президенту, а не к нам. Поэтому я не одобряю Председателя суда там, где он по сути указывает Президенту, что тот должен делать, и намекает на нечто неправомерное, которое произойдет, если Президент инструкциям не последует. Это путаница в понимании функций государственных органов, в которой судебная власть должна быть менее всего повинна. Хочу констатировать, что если бы я был Президентом, то пошел бы дальше в проявлении милосердия, чем предлагают адресованные ему ходатайства. Я бы полностью помиловал обвиняемых, так как считаю, что они уже пострадали достаточно, чтобы оплатить любое возможно совершенное ими преступление. Я хочу, чтобы было понятно: эту ремарку я делаю как частное лицо, которое благодаря своей должности близко ознакомилось с фактической стороной дела. Мои обязанности судьи не предусматривают адресовать Президенту указания, а также учитывать то, что он может или не может сделать при принятии своего собственного решения, которое должно полностью руководствоваться законом нашего Содружества.

Второй вопрос, который я хочу отставить в сторону, это вопрос о том, было ли поведение этих людей «правильным» или «неправильным», «порочным» или «благим». Это не имеет отношения к выполняемым мною обязанностям судьи, принесшего присягу применять не свои представления о морали, но закон страны. Думаю, что могу также спокойно оставить без комментариев первую, более поэтическую часть мнения моего брата Фостера. Элемент фантазии, содержащийся в развиваемой им аргументации, был достаточно раскрыт в несколько торжественной попытке моего брата Таттинга принять эти аргументы всерьез.

Единственный вопрос, который мы должны решить, это действительно ли обвиняемые, в том смысле, в каком это понимается в N.S.C.A. § 12-A, преднамеренно лишили жизни Роджера Ветмора. Точная формулировка статута следующая: «Тот, кто преднамеренно лишит жизни другого, должен быть наказан смертью». Я могу полагать, что любой искренний наблюдатель, желающий извлечь из этих слов их

естественное значение, обязан будет сразу признать, что обвиняемые действительно «преднамеренно лишили жизни» Роджера Ветмора.

Откуда же тогда возникают все трудности этого дела и необходимость столь длительного обсуждения того, что должно быть столь очевидным? Трудности, в каком бы мучительном виде они ни представляли, происходят из одного источника – неспособности отличить правовые аспекты дела от моральных. Грубо говоря, моим братьям не нравится тот факт, что писаное право требует осуждения обвиняемых. Не нравится это и мне, но, в отличие от моих братьев, я уважаю обязанности своего поста, которые требуют от меня отбросить личные предпочтения, когда я толкую и применяю законы нашего Содружества.

Конечно, мой брат Фостер не признает, что им движет личная неприязнь к позитивному праву. Вместо этого он развивает знакомую линию аргументации, согласно которой суд может пренебречь четким языком статута, когда нечто, не содержащееся в самом статуте и называемое его «целью», применимо для того, чтобы оправдать тот результат, который суд считает уместным. Поскольку это старый спор между мной и коллегой, я хочу перед тем, как обсудить конкретное применение им этого подхода к фактам данного дела, сказать кое-что об истории этого вопроса и его следствиях для права и государства в целом.

Сейчас мы имеем ясно выраженный принцип приоритета законодательной ветви нашей власти, согласно которому судьи обязаны ревностно проводить в жизнь писаное право и интерпретировать его в соответствии с его точным смыслом, абстрагируясь от личных желаний или представлений о справедливости. Меня сейчас не интересует вопрос о том, является ли принцип, запрещающий судебную ревизию статутов, правильным или неправильным, желательным или нежелательным. Я всего лишь отмечаю, что этот принцип стал посылкой по умолчанию, лежащей в основе всего правового и государственного порядка, поддерживать который я принес присягу.

Нам всем знакома последовательность, согласно которой осуществляется судебская реформа попавших в немилость постановлений законодательной власти. Процедура требует трех этапов. Первый – гадание о некоей единственной цели, которой служит статут. Это делается, несмотря на то что вряд ли один статут из ста имеет единственную цель (целевые установки почти каждого статута неодинаково интерпретируются различными группами его сторонников).

Второй этап – обнаружить, что некий мифический «законодатель», стремясь к этой воображаемой цели, что-то просмотрел или оставил некий пробел или несовершенство в своей работе. Затем начинается последняя и наиболее «бодрящая»

часть задачи (третий этап) – это, конечно, заполнить таким образом созданное пустое место.

Невозможно найти лучший пример для иллюстрации обманчивой природы «заполнения пробелов», чем тот, что перед нами. Мой брат Фостер полагает, будто точно знает, к чему стремились люди, объявляя убийство преступлением, он называет это «предупреждением». Мой брат Таттинг уже показал, как много упускается этой интерпретацией. Но я думаю, что проблема глубже. Я очень сомневаюсь в том, что наш статут, объявляющий убийство преступлением, действительно имеет цель в каком-то обычном понимании этого слова. В первую очередь такой статут отражает глубокое убеждение людей о том, что убийство есть зло, поэтому что-то должно быть сделано с тем, кто его совершает. Если бы нам пришлось более четко формулировать идеи по этой теме, мы, возможно, прибегли бы к более утонченным теориям криминологов, которыми, конечно, не пользовались те, кто разрабатывал наш статут. Мы могли бы также заметить, что люди будут более успешно трудиться и жить более счастливой жизнью, если их защитить от угрозы насилия.

Если мы не знаем цели N.S.C.A. (n.s.) § 12-A, как мы можем сказать, что в нем есть некий пробел? Как мы можем знать, что разработчики его думали об ответственности за каннибализм? Остается более чем ясным то, что ни я, ни мой брат Фостер не знаем, какова цель N.S.C.A. (n.s.) § 12-A.

Соображения, аналогичные тем, что я только что привел, применимы и к исключению в пользу самообороны, которое играет столь большую роль в рассуждениях моих братьев Фостера и Таттинга. Как и тогда, когда мы имеем дело со статутом, в случае с исключением вопрос не в догадках о цели нормы, но в ее (нормы) масштабе. Масштаб исключения в пользу самозащиты, как оно применялось этим судом, ясен: оно применимо к случаям сопротивления агрессивной угрозе своей жизни. Поэтому более чем ясно, что рассмотренный нами случай не охватывается этим исключением, поскольку Ветмор никак не угрожал жизни обвиняемых.

Ущербные попытки моего брата Фостера прикрыть переделывание писаного права фиговым листком легитимности трагически обнаруживают себя в мнении моего брата Таттинга. Судья Таттинг мужественно борется за объединение расплывчатых морализмов своего коллеги и собственного чувства верности писаному праву. Результат этой борьбы может быть только таким, который и имел место: полная неспособность осуществлять обязанности судьи. Просто невозможно одновременно и применять статут в соответствии с тем, что в нем написано, и переделывать его так, чтобы он соответствовал твоим собственным желаниям.

Я знаю, что эта линия рассуждений неприемлема для тех, кто ждет немедленных результатов решения, а значит и проигнорирует долгосрочные последствия

права судей освобождать себя от ответственности. Трудные решения всегда непопулярны. В литературе прославляют хитроумное умение судей придумывать некоторые уловки, с помощью которых судящийся может быть лишен своих прав, когда публика думает, что для него неправильно утверждать эти права. Но я верю, что судебное освобождение от ответственности в долгосрочной перспективе принесет больше вреда, чем трудные решения. Трудные случаи могут даже иметь некоторую нравственную ценность, возвращая людям понимание их собственной ответственности в отношении права, которое, в конечном итоге, – их творение, и напоминая им, что не существует принципа личной благодати, которая может исправить ошибки их представителей.

Более того, я намерен пойти дальше и утверждать, что излагаемые мной принципы не только наиболее здравые в наших нынешних условиях, но если бы этим принципам мы следовали с самого начала, то унаследовали бы лучшую правовую систему от наших предков. Например, если бы по отношению к самообороне как оправданию, наши суды твердо придерживались формулировок статута, результатом, несомненно, был бы его пересмотр законодателями. Такая ревизия опиралась бы на помощь натурфилософов и психологов, в результате чего предписания по этому вопросу получили бы понятные и рациональные основы, вместо мешанины слов и метафизических различий, которые возникли из рассмотрения его судьями и профессиональными юристами.

Заключительные ремарки, конечно, выходят за пределы моих обязанностей по отношению к данному делу, но я включаю их, потому что чувствую: мои коллеги недостаточно осознают опасности, присущие тому пониманию обязанностей судьи, которое поддерживает мой брат Фостер. Я заключаю, что приговор должен быть оставлен в силе.

Судья Хэнди. Я с изумлением слушал вымученные мудрствования, которые породило это простое дело. Я никогда не устаю поражаться способности моих коллег набрасывать темный покров легализмов на почти каждое дело, представленное им для решения. Сегодня мы слушали высокоинтеллектуальные рассуждения о различии между позитивным и естественным правом, формулировками статута и целью статута, функциях судебной и исполнительной власти, судебном и законодательном законодательстве.

Какое отношение все это имеет к данному делу? Проблема, стоящая перед нами, в том, что мы как представители власти должны решить, что сделать с этими обвиняемыми. Это вопрос практической мудрости, и она должна проявляться в контексте не абстрактной теории, но человеческих реалий. Если данное дело рас-

смаатривать в таком свете, оно станет, я думаю, одним из самых легких из когда-либо представавших перед этим судом.

Перед тем, как высказать мои собственные выводы о данном деле, я хотел бы вкратце обсудить некоторые из затронутых им фундаментальных проблем – проблем, по которым мое мнение и мнение моих коллег расходится с того момента, как я занял эту должность.

Я никогда не мог дать моим коллегам понять, что государство – это дело рук человеческих и что людьми правят не слова на бумаге или абстрактные теории, но другие люди. Правят хорошо, когда правители понимают чувства и представления масс, правят плохо, когда такое понимание отсутствует.

Из всех ветвей государственной власти, судебная больше всего подвержена опасности потерять контакт с обычными людьми. Причины, конечно, вполне очевидны. Массы, реагируя на ситуацию, обращают внимание на некоторые ее яркие особенности, мы любую представшую перед нами ситуацию разбираем на мелкие части. Обе стороны нанимают юристов, чтобы анализировать и критиковать. Судьи и адвокаты соперничают друг с другом в том, кто сможет обнаружить больше трудностей и различий в одном наборе фактов. Каждая сторона пытается найти примеры, реальные или вымышленные, которые поставят в неловкое положение доводы другой стороны. Чтобы избежать этой неловкости, изобретаются и привносятся в эту ситуацию иные различия. Если набор фактов подвергается такой обработке достаточное время, все жизненные соки вытягиваются из него, и перед нами остается лишь горсть праха.

Я понимаю, что везде, где есть правила и абстрактные принципы, юристы хотя бы в состоянии делать различия. До некоторой степени то, что я описывал, есть неизбежное зло, сопровождающее любую формальную регуляцию дел человеческих. Но я думаю, что размеры той сферы, которая действительно нуждается в такой регуляции, сильно преувеличены.

Конечно, есть несколько фундаментальных правил игры, их следует принять, чтобы игра вообще продолжалась. Я бы включил в них правила, регулирующие проведение выборов, назначение официальных лиц и продолжительность пребывания в должности. Признаю, что здесь чрезвычайно важны некоторые ограничения на произвол и освобождение от ответственности, некоторая приверженность форме, некоторая скрупулезность в отношении того, что подпадает и что не подпадает под правило. Возможно, сфера фундаментальных принципов должна быть расширена и включить некоторые другие правила.

Но за пределами этой сферы, я полагаю, все официальные лица, включая судей, лучше справятся со своей работой, если будут рассматривать формальности и

абстрактные понятия как средства. Я думаю, что в качестве нашей модели мы должны взять хорошего администратора, способного приспособлять процедуры и принципы к конкретному делу, выбирая из возможных формальных процедур наиболее пригодные для достижения должного результата.

Самое очевидное преимущество этого метода управления в том, что он позволяет нам работать над каждодневными задачами эффективно и со здравым смыслом. У моей приверженности этой философии, однако, более глубокие корни. Я верю, что только с тем видением, которое это философия дает нам, мы можем сохранить гибкость мышления, принципиально важную для того, чтобы удержать наши действия в разумном согласии с чувствами тех, кем мы правим. Больше всего было разрушено государств и причинено несчастий людям из-за отсутствия такого согласия. Стоит один раз вбить клин между массами и теми, кто руководит их правовой, политической и экономической жизнью, и наше общество погибло. Тогда ни естественное право Фостера, ни верность писаному праву Кина не спасут нас.

Используя эти концепции, решить наше дело совершенно легко. Чтобы продемонстрировать это, я должен охарактеризовать некоторые реалии, которые мои братья посчитали уместным обойти молчанием, хотя они столь же прекрасно осведомлены о них, как и я.

Первая реалья – данное дело вызвало огромный общественный интерес в нашей стране и за границей. Почти каждая газета и журнал опубликовали статьи о нем; колумнисты поделились с читателями конфиденциальной информацией о следующих шагах правительства; напечатаны сотни писем редактору. Одна из крупнейших газет провела опрос общественного мнения. На вопрос: «Как вы думаете, что Верховный суд должен сделать со спелеологами?» – примерно девяносто процентов ответили, что они должны быть помилованы или получить символическое наказание. Таким образом, совершенно ясно, что думает общественность об этом деле. Конечно, мы могли заключить это и без опроса, на основании здравого смысла, или даже заметить, что в этом суде примерно четыре с половиной человека – те же девяносто процентов – разделяют общее мнение.

Это делает очевидным, как мы должны поступить, чтобы сохранить разумное и достойное согласие между нами и общественным мнением. Объявляя этих людей невиновными, мы не обязаны прибегать к каким-то недостойным уловкам или трюкам. Не требуется никакого принципа конструирования статута, несовместимого с предыдущей практикой этого суда. Несомненно, ни один обычный человек не подумает, что, отпуская этих людей, мы толкуем это статут более расширительно, чем наши предки, оправдавшие самооборону. Если требуется более подробная демонстрация того, каким способом можно примирить наше решение со статутом, я могу

довольствоваться аргументами, изложенными во второй, менее визионерской части мнения моего брата Фостера.

Я знаю, мои братья придут в ужас от предложения, чтобы суд учитывал общественное мнение. Они скажут, что общественное мнение основано на эмоциях и капризно, что оно базируется на полуправде и прислушивается к свидетелям, непригодным для перекрестного допроса. Они скажут, что суды окружают рассмотрение подобных дел продуманными мерами предосторожности, разработанными для того, чтобы истина стала известна, и каждое рациональное соображение, касающееся этого дела, было учтено. Они предостерегут, что все эти предосторожности обратятся в ничто, если мнению массы, сформировавшемуся за пределами этой системы, будет позволено иметь хоть какое-то влияние на решения суда.

Но посмотрим честно на некоторые реалии отправления нашего правосудия. Когда человек обвинен в преступлении, для него есть, говоря в общем, четыре пути избежать наказания. Один из них – решение судьи, что, согласно действующему законодательству, обвиняемый не совершил преступления. Это, конечно, решение, принимаемое в довольно формальной и абстрактной атмосфере. Но посмотрим на три других пути избежания наказания: решение прокурора не просить о предъявлении обвинения; признание присяжными обвиняемого невиновным; помилование или смягчение наказания исполнительной властью. Может ли кто-нибудь делать вид, что эти решения принимаются в рамках жесткой и формальной системы правил, предотвращающей фактические ошибки, исключая эмоциональные и личностные факторы и гарантирующей, что все формальные процедуры права будут соблюдены?

Конечно, в случае с присяжными мы пытаемся ограничить их обсуждение сферой юридически релевантного, но не нужно обманывать себя по поводу того, что эти попытки действительно успешны. При обычном ходе событий дело, которое перед нами, перешло бы прямо к присяжным. В этом случае мы можем быть уверены: имело бы место признание невиновными или, по крайней мере, голоса разделились, что сделало бы вынесение приговора невозможным.

Если бы присяжных проинструктировали, что голод и соглашение людей защищают от обвинения в убийстве, их вердикт, по всей вероятности, проигнорировал бы эту инструкцию и содержал еще больше искажений буквы закона, чем то решение, которое может искушать нас. Конечно же, единственная причина, что так не случилось при рассмотрении данного дела, – то случайное обстоятельство, что председатель присяжных оказался юристом. Его образование позволило ему найти формулировку, которая освободила присяжных от ответственности.

Мой брат Таттинг раздражен тем, что прокурор, не требуя предъявления обвинения, в сущности, не решил дело вместо него. Будучи таким строгим в соблюдении требований теории права, он вполне удовлетворен возможностью решить судьбу этих людей прокурором за пределами суда на основании здравого смысла. Главный судья, с другой стороны, хочет отложить применение здравого смысла до самого конца, хотя, как и Таттинг, он не хочет никак лично участвовать в этом.

Это подводит меня к заключительной серии моих замечаний, которые относятся к помилованию, осуществляемому исполнительной властью. Перед тем как прямо перейти к обсуждению этой темы, я хочу сделать ремарку по поводу опроса общественного мнения. Как я сказал, девяносто процентов опрошенных хотели бы, чтобы Верховный суд полностью оправдал обвиняемых либо назначил им номинальное наказание.

Десять процентов несогласных с решением большинства представляют собой очень причудливую группу людей с крайне странными и непохожими друг на друга взглядами. Хотя почти каждое мыслимое мнение и оттенок мнения были представлены в этой группе, не было, насколько мне известно, среди них никого, кто сказал бы: «Я думаю, было бы прекрасно, если бы суды приговорили этих людей к повешению, а затем другая ветвь государственной власти вмешалась бы и помиловала их». Но именно это решение так или иначе доминировало в наших дискуссиях, и его наш Главный судья предлагает как способ избежать несправедливости, в то же время сохранив уважение к закону.

Можно уверить Главного судью в том, что, если он заботится о сохранении чего-то морального духа, то это его собственный моральный дух, а не публики, ничего не знающей о проводимых им разграничениях. Я упоминаю об этом, так как хочу еще раз подчеркнуть риск заблудиться в стереотипах нашей мысли и забыть, что шаблоны часто не отбрасывают ни малейшей тени на внешний мир.

Теперь я подхожу к самому важному факту этого дела, факту, известному всем нам в этом суде, хотя мои братья, похоже, считают удобным скрывать его под своими мантиями. Речь идет о пугающей вероятности того, что если вопрос передать Президенту, он откажется помиловать этих людей или смягчить приговор. Как мы знаем, наш Президент – человек весьма преклонного возраста и очень строгих принципов. Протесты публики обычно действуют на него так, что он принимает решение, противоположное требуемому от него. Как я говорил моим братьям, случайно оказалось так, что племянница моей жены – близкий друг секретаря Президента. Я узнал этим косвенным, но, я полагаю, вполне надежным путем, что он твердо настроен не смягчать приговора, если будет установлено, что эти люди нарушили закон.

Должен признаться, что чем старше я становлюсь, тем больше меня поражает отказ людей решать проблемы права и государства с позиции здравого смысла, и этот подлинно трагический случай углубил мое разочарование и смятение. Я желаю только убедить братьев в мудрости тех принципов, которые я применял на посту судьи с самого начала вступления в должность, и заключаю, что эти люди невиновны и что обвинение и приговор должны быть отменены.

Так как мнения членов Верховного суда разделились поровну, обвинение и приговор суда по общим делам остаются в силе. Решено, что исполнение приговора будет иметь место в 6 часов утра в пятницу 2 апреля 4300 г., в какое время государственному палачу указано приступить к повешению каждого из обвиняемых за шею до наступления смерти.

Постскриптум. Теперь, когда суд вынес решение, читателю, удивленному выбором даты, можно напомнить, что нас отделяет от 4300 г. примерно столько же веков, сколько прошло со времен эпохи Перикла. Видимо, нет необходимости говорить, что «Дело спелеологов» замыслено не как сатира и не как предсказание в сколько-нибудь обычном смысле слова. Судьи, являющиеся членами суда Трупенни, конечно, настолько же мифические, насколько и факты, и прецеденты, с которыми они работают. Это дело было сконструировано исключительно, чтобы привлечь внимание к различным философиям права и государства. Эти философии ставят перед людьми животрепещущие вопросы, требующие выбора со времен Платона и Аристотеля. Возможно, они будут продолжать делать это и после того, как наша эпоха скажет о них свое слово. Если в данном деле есть элемент предсказания, оно не выходит за рамки предположения о том, что эти вопросы принадлежат к числу вечных проблем человечества.

1. Какие подходы к толкованию права можно обнаружить в аргументации судей?

2. Дайте собственную оценку аргументации судей.

3. Попробуйте дополнить, развить аргументацию кого-либо из судей и / или выработать собственную позицию по данному делу.

КЕЙС «КАЗУС АЛИСЫ»

Данный казус, автором которого является один из современных сторонников теории естественного права Энтони Д'Амато, приводится в сокращенном переводе С. В. Моисеева (*Моисеев С. В.* Философия права. Новосибирск, 2004).

Маленький ребенок выбегает на дорогу из-за припаркованной машины (т. е. до последнего мгновения его не было видно) прямо перед быстро движущимся автомобилем. У водителя есть одна возможность не задавить ребенка – мгновенно свернуть налево. Но тогда водитель пересечет параллельные белые линии посередине дороги, а это запрещено правилами дорожного движения. На встречной полосе в момент инцидента никого нет.

Итак, водитель А (Алиса) в последнее мгновение видит ребенка, сворачивает налево, пересекает параллельные линии и, объехав ребенка, возвращается на свою полосу. Это видит полицейский, который останавливает Алису и вручает ей повестку в дорожный суд. Между ними происходит следующий диалог.

Алиса. Почему вы вручаете мне повестку? Я спасала жизнь ребенка.

Полицейский. Я знаю. Я рад, что вы так поступили. Но вы все-таки нарушили правила дорожного движения.

Алиса. Вы хотите сказать, что мне следовало оставаться на моей полосе и переехать ребенка?

Полицейский. Вы должны понять, что, спасая ребенка, вы нарушили закон. Я понимаю, вы чувствовали, что так надо поступить.

Алиса. Да, я чувствовала. А вы?

Полицейский. Да, так надо было поступить. Я уверен, что судья в дорожном суде согласится, что это было чисто техническое нарушение.

Алиса. Тогда зачем вручать мне повестку?

Полицейский. Но это было нарушение. Так или иначе, вы нарушили закон. Мое дело – арестовывать всякого, кто нарушит закон. Это не мое дело – рассуждать о том, почему вы сделали то, что сделали, пусть даже я и думаю, что вы поступили правильно.

Следующий диалог происходит в дорожном суде.

Судья. Обвиняемая виновна в пересечении параллельных линий. Заплатите клерку штраф пятьдесят долларов.

Алиса. Подождите. Вы хотите сказать, что мне следовало переехать ребенка?

Судья. В этом суде мы не даем юридических консультаций. Но позвольте мне сказать кое-что от себя. Меня удивляет ваше поведение. Вы почему-то считаете, что закон должен делать лично для вас исключение. Законы одинаковы для всех: для вас, меня и любого другого.

Алиса. Но, судья, я совершила морально правильный поступок.

Судья. Вы действительно верите, что совершили морально правильный поступок?

Алиса. Да.

Судья. Тогда почему вы жалуетесь на штраф? Ради спасения жизни невинного ребенка можно заплатить пятьдесят долларов! Если вы так уверены в своих убеждениях, вам следует с радостью заплатить штраф и идти домой с сознанием того, что вы спасли жизнь и поступили правильно. Следующий!

Но Алиса не желает признавать себя нарушителем закона, когда она не сделала ничего плохого. Она изучает правила дорожного движения, действующие в ее штате. Статья 205 гласит: «На дорожное полотно должна быть нанесена четкая разметка в целях регулирования дорожного движения.

1. Если на дорожное полотно нанесена продольная разметка в виде прерывистой белой линии, водителям разрешается пересекать эту линию в тех случаях, когда это не сопряжено с опасностью и только после подачи сигнала о намерении пересечь эту линию.

2. Если на дорожное полотно нанесена продольная разметка в виде непрерывной белой линии, водителям не разрешается пересекать эту линию, за исключением чрезвычайных ситуаций, и только тогда, когда это не сопряжено с опасностью.

3. Если на дорожное полотно нанесена продольная разметка в виде двойных (параллельных) белых линий, водителям запрещено пересекать эти линии».

Алиса подает апелляцию. Она утверждает, что в ее случае пункт 3 статьи 205 привел к несправедливости и суду следовало бы сделать исключение для случая с выбегающим ребенком.

Ниже приводятся отрывки из постановления апелляционного суда.

«Апеллянт утверждает, что статья 205 в том виде, как она была применена, служит несправедливости. Апеллянт заявляет, что был несправедливо наказан за техническое нарушение правила параллельных линий, в то время как его целью было спасение жизни ребенка.

Текст правила, однако, ясен и не допускает никаких исключений. В статье 205 нет ничего, что могло бы быть истолковано как допускающее возможность исключения в случаях, когда, по мнению водителя, есть необходимость нарушить правило.

Мы знаем о мужественном решении апелланта нарушить закон для спасения жизни ребенка. Но факт остается фактом: она нарушила закон. Штраф, налагаемый

законом, как отметил и судья в дорожном суде, это небольшая цена за спасение жизни ребенка.

Дорожный суд не имеет полномочий изменять законы. Такие полномочия принадлежат законодательным органам. Задача суда – применять те законы, которые имеются. Нет сомнений, если бы мы считали, что суд вправе отступать от ясного текста закона, то в данном случае были бы наибольшие основания для этого. Тем не менее за отступление от ясного текста закона пришлось бы заплатить большую цену. Была бы подорвана уверенность населения в ясности значения законов. Была бы подорвана уверенность законодателей в судебной власти. Мы сделали ли бы суды высшими (и при этом неизбираемыми, недемократичными) арбитрами в понимании того, что такое закон.

Суды должны уважать ясный смысл законов. Правило параллельных линий – это правило, утвержденное законодательным органом. Если возникает ситуация, когда применение данного правила приводит к несправедливости, суд не может использовать это как основание для отмены закона. У суда нет конституционного права отменять законы или, во имя справедливости, вписывать в них исключения, когда текст законов исключений не допускает. В конституционном демократическом государстве только законодательный орган, представляющий волю народа, имеет право принимать, дополнять и изменять законы и исключения из них. Если суд примет на себя роль законодательного органа, то тем самым он поставит под угрозу свое существование. Возникнет такая неопределенность, которая будет значительно хуже, чем время от времени возникающая несправедливость, когда закон применяется точно в соответствии с его текстом.

Мы рекомендовали бы апелляции ходатайствовать перед законодательным органом об изменении правила параллельных линий, вместо того чтобы просить дорожный суд выступать в качестве законодательного органа».

Тем временем происходит новое дорожно-транспортное происшествие. Водитель *Б* (Брюс) в аналогичной ситуации переезжает выбжавшего на дорогу ребенка. Присутствующий на месте полицейский вызывает «скорую помощь» (что уже не имеет значения — ребенок мертв), но не вручает Брюсу повестку в суд за нарушение правил дорожного движения. Алиса, Брюс, родители погибшего ребенка и один из законодателей приглашаются на телевизионное шоу. Ниже приводятся отрывки из их ответов на вопросы.

Ведущий. Подумали ли вы о том, чтобы пересечь параллельные белые линии для того, чтобы не задавить ребенка?

Брюс. И да, и нет. Поймите, я не тот человек, который нарушает закон. Я никогда не нарушал даже правил дорожного движения. Я снова и снова думаю об

этом случае, о несчастном ребенке, но тогда какой-то внутренний голос запрещал мне пересечь линии.

Ведущий. Если бы это произошло снова, вы бы пересекли их?

Брюс. Конечно. Но легко это говорить сейчас. Если вы законопослушный гражданин, вы инстинктивно повинуетесь законам. Надеюсь, что я смогу поступить иначе, если это, не дай Бог, повторится, но не могу быть в этом полностью уверенным.

Голос из зала. Законодатели, которые приняли такие правила, разве не они настоящие убийцы этого ребенка?

Законодатель. Мой комитет вскоре проведет слушания об этом правиле.

Ведущий. Когда вы принимали этот закон, вы имели в виду, что линии нельзя пересекать даже для спасения жизни?

Законодатель. Мы не подумали об этом. Но ответ на ваш вопрос – конечно же, нет.

Ведущий. Вы предвидели возможность того, что за пересечение линий для спасения жизни водитель будет оштрафован судом?

Законодатель. Конечно же, нет.

Ведущий. Но вы приняли правило без исключений.

Законодатель. Да. Но мы приняли правила в надежде на то, что человеческие существа, люди, называемые судьями, будут применять их разумным образом. Так называемые судьи в деле Алисы действовали как роботы, как компьютеры. Если бы мы хотели, чтобы закон применяли компьютеры, то сэкономили бы кучу денег. Но у нас есть для этого судьи, потому что мы хотим, чтобы они применяли законы в свете требований справедливости.

Ведущий. А компьютеры не могут этого?

Законодатель. Да. Единственное, на что мы не можем запрограммировать компьютеры, – это чувство справедливости.

Ведущий. Так вы полагаете, что было несправедливо оштрафовать Алису на пятьдесят долларов?

Законодатель. Меня беспокоят не пятьдесят долларов (я думаю, и Алису тоже).

Ведущий. Тогда что же?

Законодатель. Созданный прецедент. Из-за дела Алисы людям внушается: пересекать параллельные линии всегда противозаконно. И люди (такие, как Брюс) усваивают это. Они, раз суд говорит им, что данное действие незаконно, никогда не сделают это. У них возникает инстинктивная реакция: никогда не делать этого, даже для спасения жизни.

После телепрограммы в обществе растет неодобрение в адрес решения апелляционного суда. Алиса обращается в Верховный Суд штата. Тем временем начинаются слушания в конгрессе по поводу пересмотра правил дорожного движения. Сторонники Алисы предлагают принять пункт 3 статьи 205 в следующей формулировке: «Если на дорожное полотно нанесена продольная разметка в виде двойных (параллельных) белых линий посередине, водителям запрещено пересекать эти линии, за исключением тех случаев, когда это не сопряжено с опасностью и абсолютно необходимо для спасения жизни выбежавшего на дорогу ребенка».

Выясняется, однако, что изменить правила дорожного движения очень непросто. Ряд выступающих указал на серьезные недостатки новой формулировки. Что значит «абсолютно необходимо»? Водители типа Брюса будут колебаться по этому поводу, и их промедление может оказаться фатальным. Почему речь идет именно о выбежавшем на дорогу ребенке? А если он просто стоит на дороге? Один из депутатов предлагает убрать «абсолютно необходимо» и «выбежавшего». Но другой указывает, что получившаяся фраза «для спасения жизни ребенка» может быть понята как «для спасения жизни находящегося в машине ребенка» (например, если его везут в больницу).

Другие говорят о том, что формулировка «для спасения жизни» неудачна потому, что не следует требовать от водителя не наезжать на ребенка, если у него есть основания полагать, что в результате столкновения ребенок будет только серьезно ранен, но не убит.

Третьи ставят вопрос о том, почему в предложенном тексте упоминается только ребенок? Ведь в такой ситуации может оказаться и подслеповатый старик. Человек может упасть из кузова грузовика или выпрыгнуть из багажника, где его держали похитители, и, без всякой своей вины, оказаться прямо перед движущимся на него автомобилем. Поэтому предлагается заменить слово «ребенка» на слово «человека».

Но тут на сцену выходят защитники животных. Почему нельзя пересечь линии, если это нужно для спасения жизни белки или кошки? Им отвечают, что лучше переехать белку, чем позволять водителям пересекать белые линии с риском для человеческой жизни. Ведь для предотвращения такого риска и были придуманы эти линии. Но защитники животных заявляют, что формулировка «когда это не сопряжено с опасностью» решает проблему.

После нескольких дней дискуссий один из законодателей предлагает найти выход, используя общее понятие «чрезвычайная ситуация». Двойные белые линии могут быть пересечены только в чрезвычайной ситуации. Да, но тогда, как указывает другой законодатель, двойные белые линии становятся тем же, чем одинарная

белая линия, а пункт 3 статьи 205 тем же, чем и пункт 2. Может быть, тогда и упростить правила, просто отменив пункт 3? Однако один из законодателей замечает, что должна быть причина, по которой были введены двойные белые линии, и нельзя менять законодательство, не разобравшись, какая это была причина.

Небольшой экскурс в историю законодательства показал, что первоначально на дорогах была только одинарная разделительная белая линия. Пересекать ее разрешалось в случае чрезвычайной ситуации, не сопряженной с риском для жизни. Однако вскоре обнаружилось, что на практике водители стали пересекать эту линию слишком часто, оправдываясь, будучи остановленными полицией, тем, что у них «чрезвычайная ситуация». «Чрезвычайные ситуации» включали: необходимость успеть в аэропорт, необходимость спасти белку, вовремя прибыть на очень важное совещание и т. д. Поэтому законодатели решили ввести двойные белые линии.

Итак, на слушаниях в комитете выяснилось, что эти линии выполняют полезную функцию. Однако как быть с делом Алисы? Как можно сформулировать исключение для этого случая, но не применять общих понятий типа «чрезвычайная ситуация», которые поддаются чрезвычайно широкому толкованию и порождают массу проблем? Как ни старались законодатели, ничего у них не получилось, и тогда они пригласили эксперта по психолингвистике.

Эксперт объяснила, что «слова, символы и знаки, такие, как двойная белая линия, имеют для людей смысл только в контексте. Например, сигнал «стоп» на углу улицы был бы непонятен для пришельца из космоса. Остановить что? Дыхание? Функционирование внутренних органов? Как долго стоять остановившись? И только наблюдая за дорожным движением, пришелец смог бы установить, что знак «стоп» означает «остановись, потом двигайся дальше», что он применяется только к автомобилям, но не пешеходам и т. д. Другими словами, пришелец начал бы осознавать контекст и понимать смысл знака «стоп».

Любой закон обязательно носит общий характер. Даже если закон содержит исключение, то само исключение тоже носит общий характер. Законы, как и слова, сигналы и знаки, могут иметь только общее значение. Реальные люди, живущие в реальном мире, могут использовать эти обобщения только как руководство к действию в определенном контексте, в котором они неизбежно интерпретируют обобщения. Например, Алиса интерпретировала двойные белые линии как устанавливающие общий запрет на определенные перемещения при вождении автомобиля. Но она расценила этот общий запрет как потерявший силу в условиях непредвиденного появления ребенка на проезжей части. Почему она интерпретировала эти линии как не принуждающие ее к тому, чтобы переехать ребенка? Просто ей пока-

залось абсурдным, что правило дорожного движения требует от нее сознательно убить ребенка. Поэтому она интерпретировала это правило как *не* требующее от нее убить ребенка.

Мы используем общие понятия, знаки и символы и принимаем общие правила, так как это наиболее эффективный способ сообщать людям о ситуациях в целом. Но общая эффективность не должна равняться общему принуждению. Двойные белые линии эффективны как раз потому, что они несут определенное послание водителям. Это послание примерно такое: не пересекайте линии, если только нет объективных непреодолимых оснований, основанных на справедливости, чтобы сделать это. «Но, – заключила эксперт, – вам не следует включать в текст закона то, что я сказала, иначе вы уничтожите послание, которое должны сообщать белые линии. Вы откроете дверь удобным для водителей объяснениям того, что такое объективно непреодолимые основания. Мое мнение: разделительные белые линии и так содержат это самое послание, если разумно интерпретируются разумными водителями и разумными судьями».

Тем временем дело Алисы поступает в Верховный Суд ее штата. Суд единогласно отменяет постановление апелляционного суда и выносит решение в пользу Алисы. Вот отрывки из постановления Верховного Суда. «Рассмотрим вопрос о том, какие правила принял бы законодательный орган, если бы законодатели предвидели возможность ситуации с выбежавшим на дорогу ребенком. Законодательная власть могла бы поступить двояким образом. Она могла либо вписать в правила исключение для данной ситуации, либо сознательно подчеркнуть, что правило не имеет исключений, даже для данной ситуации. Рассмотрим каждую из этих возможностей».

Начнем с первой из них (здесь Суд повторяет аргументацию, имевшую место в ходе слушаний в конгрессе, и заканчивает тем, что соглашается с доводами психолога).

Поэтому мы заключаем, что наилучшей формулировкой исключения было бы «если этого требует справедливость». Но если исключение записать в текст правила именно так, то водители истолкуют его слишком широко. Поэтому мы должны полагать, что данное исключение должно конструироваться судьями как часть данной системы правил. В этом смысле это правило ничем не отличается от других законов. Единственно разумный способ интерпретации законов любым судом заключается в том, чтобы интерпретировать их в контексте справедливости. В частности, суды не должны понимать и принимать законы буквально, если буквальная интерпретация вредит требованиям справедливости. Законы пишут на основе социальной справедливости, а не в отрыве от общественных и человеческих соображений

(словно это компьютерные программы).

Соображения справедливости, о которых мы говорим, конечно, будут меняться в зависимости от ситуации и ее контекста. Но это не слабость, а сила закона. Суды должны интерпретировать законы не механически, но как люди, столкнувшись с новыми ситуациями (многие из которых не были предусмотрены законодателями) и разумно их осмысляющие.

Для правил дорожного движения таким контекстом является безопасность и эффективность движения. Каждое правило — это попытка законодателей обеспечить баланс между эффективностью движения и безопасностью водителей и пешеходов. Так, двойные белые линии введены для того, чтобы водители двигались по своей полосе и не выезжали на другие полосы (что поставило бы под угрозу безопасность их самих и других водителей).

Но правило двойных белых линий не будет выполнять свою функцию обеспечения безопасности, если его интерпретация ставит под угрозу жизнь пешеходов. Интерпретировать правило как требующее переезжать выбежавшего на дорогу ребенка, когда водитель может безо всякой опасности избежать этого, означает противоречить общей цели законодателей, принявших правила дорожного движения. Никакое правило интерпретации, исходящее из «ясного смысла текста», не должно препятствовать суду интерпретировать закон в соответствии с фундаментальными требованиями справедливости, лежащими в основе общих целей законодательства.

Но допустим, что законодатели поступят иначе и специально не допустят исключения из правила. Например, пункт 3 статьи 205 мог бы звучать так: «Если на дорожное полотно нанесена продольная разметка в виде двойных (параллельных) белых линий, водителям запрещено пересекать эти линии, даже для спасения жизни выбежавшего на дорогу ребенка».

Последняя формулировка звучит чудовищно. Невероятно, что какой-либо законодательный орган мог принять такое правило. Но именно такую интерпретацию дали существующей статье 205 полицейский и дорожный суд. Сказать, что воображаемая формулировка чудовищна, — это сказать другими словами, что для любого суда чудовищно полагать, будто законодатели хотели, чтобы существующая статья 205 (3) толковалась так, словно в ней содержится бесчеловечное положение.

Но мы можем пойти еще дальше. Предположим, законодатели действительно предложили чудовищную формулировку. Естественно, что это вызвало бы возмущение народа. Поэтому крайне маловероятно, что такая формулировка вообще была бы предложена и тем более принята.

Но в конце концов, давайте предположим чудовищное. Допустим, законодатели приняли именно эту воображаемую формулировку. Если именно она была бы

в правилах дорожного движения, был ли должен дорожный суд признать подателя петиции [т. е. Алису] виновной в нарушении правил дорожного движения?

Мы полагаем, что нет. Суд должен провозгласить такое положение правил недействительным, противоречащим элементарным соображениям справедливости, лежащим в основе правовой системы в целом. Когда государство приговаривает кого-либо к смерти, обвиняемый имеет право на честное и открытое судопроизводство. Обвиняемый должен быть признан виновным в совершении преступления, караемого смертью. Соответственно, любые правила дорожного движения, которые приговаривают к смерти невинного ребенка, когда этого можно было легко избежать, нарушают общественные представления об элементарной справедливости. Человек не может быть приговорен к смерти правилами дорожного движения.

В силу всех этих причин, мы заключаем, что не имеет смысла интерпретировать статью 205 так, как это сделали суды низших юрисдикций. Настоящий смысл статьи 205 – смысл, который ей придали принявшие ее законодатели, – не содержат слова статьи 205 в отрыве от социального контекста. Напротив, настоящий смысл определяется тем, каким образом правовая система в целом влияет на общество – а именно помогает обеспечивать в этом обществе справедливость. Не учитывать соображения честности и справедливости при интерпретации законов – значит не понимать смысл законов».

1. Какие подходы к толкованию права можно обнаружить в аргументации судей и законодателей?

2. Дайте собственную оценку аргументации полицейского, судей и законодателей.

3. Попробуйте дополнить, развить аргументацию кого-либо из судей и / или выработать собственную позицию по данному делу.

Перечень использованных источников,
не упомянутых в тексте заданий

- [1] *Локк Дж.* Опыт о человеческом разумении / пер. А. Н. Савина // Локк Дж. Соч.: в 3 т. / ред. кол.: М. Б. Митин (пред.) и др. Т. 2. М.: Мысль, 1985.
- [2] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: в 2 т. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1910–1912. Т. 1, вып. 1. 1910.
- [3] Основы социальной концепции Русской Православной Церкви. М.: Отдел внешних церковных связей Московского Патриархата, 2008.
- [4] *Кельзен Г.* Чистое учение о праве: Введение в проблематику науки о праве / пер. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2012.
- [5] *Сорокин П. А.* Организованная группа (институт) и правовые нормы / пер. А. А. Краевского // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2012.
- [6] *Петражицкий Л. И.* Очерки философии права // Петражицкий Л. И. Теория и политика права / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб.: Юрид. Книга, 2010.
- [7] *Штирнер М.* Единственный и его собственность / пер. Б. В. Гиммельфарба и М. Л. Гохшиллера. СПб., 1907.
- [8] *Толстой Л. Н.* Письмо студенту о праве (1909)
- [9] *Леонтьев К. Н.* Чем и как либерализм наш вреден (1880)
- [10] *Кистяковский Б. А.* В защиту права // Вехи. Сборник статей о русской интеллигенции. М., 1909.

Подписано в печать 02.03.2015 г.
Формат 60x84 1/16. Бумага офсетная. Печать офсетная.
Усл. печ. л. 11,6. Тираж 110 экз.
Заказ № 3735.

Отпечатано в ООО «Издательство “ЛЕМА”»
199004, Россия, Санкт-Петербург, 1-я линия В.О., д.28
тел.: 323-30-50, тел./факс: 323-67-74
e-mail: izd_lemma@mail.ru
<http://www.lemaprint.ru>