

Т. В. Кашанина

СТРУКТУРА ПРАВА

Монография

- Права человека
- Принципы права
- Референдумное право
- Законодательство
- Корпоративное право
- Договорное право



Татьяна Кашанина

Структура права

«Проспект»

Кашанина Т. В.

Структура права / Т. В. Кашанина — «Проспект»,

ISBN 978-5-39-208262-9

Дается новый подход к осмыслению права. Если ранее право понималось исключительно как творение государства, то сегодня это не отвечает реальности. Законодательство - крупный и значимый, но не единственный блок права. Наряду с ним существуют и такие блоки как права человека, принципы права, референдумное, корпоративное, договорное право. Защита не только законодательных, но других норм права является главной задачей государства нашей эпохи. В книге детально рассматриваются основные параметры права (понятие, признаки, сущность, содержание, форма), показывается его современная структура, подробно исследуются все блоки модернизированной структуры права. Для студентов, обучающихся по специальности "Юриспруденция" (магистров, изучающих курс "Актуальные проблемы права" и пишущих квалификационную работу, а также бакалавров, желающих углубленно изучить теорию государства и права и подготовить творческую курсовую работу), преподавателей, научных работников, докторантов, аспирантов и всех, кто стремиться к фундаментальному познанию права.

ISBN 978-5-39-208262-9

© Кашанина Т. В.

© Проспект

Содержание

ВВЕДЕНИЕ	6
Раздел I	8
ГЛАВА 1	8
Конец ознакомительного фрагмента.	47

Татьяна Васильевна Кашанина
Структура права
Монография



[битая ссылка] ebooks@prospekt.org

ВВЕДЕНИЕ

Глобализация – это всемирный процесс, охватывающий все стороны жизни общества и увязывающий национальные государства в единую общественную систему.

Традиционно считается, что основная роль в развитии глобализации принадлежит социально-экономическим процессам. Однако с развитием человечества накапливается интеллектуальный потенциал, и духовные факторы, в частности право, приобретают не меньшее значение. Но для того чтобы активно влиять на общественные процессы, право должно само преобразоваться таким образом, чтобы соответствовать сложившимся реалиям.

Применительно к России, которая является очень значимым игроком в современном мире, речь идет о модернизации ее правовой системы для того, чтобы она отвечала современным вызовам.

Модернизация права – это качественное изменение правовой системы государства, которое использует опыт правовых систем западного типа, одновременно сохраняя преемственность в своем правовом развитии, что позволяет праву наиболее эффективно выполнять свое назначение в обществе.

Иллюзий по поводу модернизации права строить не следует: это процесс длительный, многоплановый, глубоко затрагивающий не только все пласты права, но систему правовых ценностей, что переживается крайне тяжело не столько народом, сколько политической элитой, привыкшей действовать в разрезе прежней парадигмы, когда право формировалось исключительно государственными органами. И тем не менее процесс модернизации российского права уже запущен. В чем это проявляется?

Во-первых, *расширены права и свободы граждан*, многие из них наполняются реальным содержанием, по крайней мере теперь проблема прав человека не подвергается остракизму, как прежде.

Во-вторых, *изменяются принципиальные установки* в обществе, и такие из них, как свобода, гуманизм, социальная справедливость, юридическое равенство граждан, свобода предпринимательства, свобода договора, свобода труда и др., из разряда просто записанных на бумаге постепенно превращаются в реальные. Общеизвестные принципы и нормы международного права и международные договоры стали составной частью российской правовой системы.

В-третьих, *идут изменения в политической области* (хотя и не так быстро, как хотелось бы): формируется разделение властей, широкие массы населения включаются в политический процесс (выборы, референдумы 1990-х годов, митинги и шествия), развивается многопартийность и др.

В-четвертых, *кардинально изменился и процесс законотворчества*: законы теперь принимаются парламентом, действующим на профессиональной основе.

В-пятых, сегодня частная собственность составляет основу рыночной экономики, и *частное право становится полноправным элементом правовой системы*.

Однако еще предстоит отрегулировать с помощью права множество новых процессов, происходящих в обществе. Так, развитие демократии в России делает актуальным вопрос о референдумном праве, а современный акцент на проблеме прав человека делает необходимым глубокую разработку гуманитарного права, которое на сегодня претендует на подотрасль конституционного права.

Возникающие в связи с развитием экономики, изменениями в политической и социальной сфере новые общественные отношения требуют своего правового урегулирования. По этой причине появляются все новые отрасли, подотрасли и институты права. И если в 40-е годы

насчитывалось только 10 отраслей права, то сейчас их уже порядка 30, а в науке идет широкое обсуждение о формировании все новых отраслей права.

Таким образом, российское право усложняется. В нем появляются новые автономные образования, что влечет за собой изменение структуры права в целом. При этом развиваются и прежние элементы его структуры.

Интеллектуально опередить этот процесс, с тем чтобы сделать его управляемым, – задача данной работы.

Раздел I

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА СТРУКТУРЫ ПРАВА

ГЛАВА 1

Право и его основные параметры

1. Причины появления права

Общественные потребности – основа возникновения права

Право возникает на определенном этапе человеческого развития. Люди первобытно-общинного строя не знали права и руководствовались в своей деятельности обычаями и традициями. Большую роль в их жизни играли мифы, ритуалы, обряды. В тот далекий период зарождались и религиозные нормы. Право появилось гораздо позднее, и его судьба в значительной мере связана с появлением такого важного института социальной жизни, как государство.

Возникновение государства и права обусловлено общественными **потребностями**, а именно:

- необходимостью *установления стабильности* в отношениях новой общности людей – народа, населяющего ту или иную территорию;
- необходимостью *поддержания единого порядка в условиях разделения общества на отдельные слои* (касты, сословия, классы), имущественное и социальное положение которых стало различаться, что вызывало неустрашимые противоречия и конфликты;
- необходимостью *ограничения и смягчения враждебного военного противостояния народов*, нуждавшихся в развитии постоянного обмена и соседских взаимоотношений и защите своих интересов мирными средствами.

На исторической арене государство и право в основном присутствуют вместе. Это свидетельствует об их генетической связи. Поэтому нет ничего удивительного в том, что и причины, вызвавшие их появление, во многом взаимосвязаны. Рассмотрим их по порядку.

Экономические факторы

Первые государства на земле возникли примерно 6–7 тыс. лет назад, и, как правило, в долинах рек (Нил, Тигр, Евфрат, Янцзы, Инд).

Именно в этих местностях сложились наиболее благоприятные условия для земледелия. Затем процесс создания государств стал распространяться по средиземноморскому бассейну и далее.

Этот небывалый человеческий прогресс обусловил закон специализации, являющийся всеобщим для развития окружающего мира. Специализация присуща уже миру биологии. Появление в живом организме различных клеток, а затем и различных органов – это результат специализации. Опять-таки по этой причине, т. е. в зависимости от степени специализации его клеток, организм занимает место в биологической иерархии: чем более в нем специализированы его функции, тем выше его место в биологическом мире, тем он лучше приспособлен к жизни.

В социальном мире также действует закон специализации, и здесь он усиливается еще более. Как только человек проявил себя как нечто отличное от животных, он практически сразу же вступил на путь социальной специализации.

Разделение труда в сфере экономики – это первый вид социальной специализации. Его начала можно видеть уже в присваивающей экономике (когда мужчины занимались преимущественно охотой, а женщины – собиранием корней и плодов). Производящая эконо-

мика – это прыжок человечества на более высокую ступень. Она постепенно набирала темпы, и наступил такой момент, когда и производственный труд стал специализироваться. В ее пределах выделяются несколько разновидностей крупных общественных разделений труда. Еще Ф. Энгельс, вслед за другими учеными-историками, отмечал три крупных разделения труда:

- отделение скотоводства от земледелия;
- выделение ремесла;
- появление торговли.

Но это было только начало. В современном мире специализация в экономической сфере очень обширна. Наряду с сельским хозяйством, промышленностью, торговлей в особый вид деятельности выделились финансы, здравоохранение, образование, туризм и др.

Но и в пределах каждой из разновидностей экономической специализации просматривается специализация в отдельных областях деятельности. Так, только в промышленности насчитывается несколько десятков отраслей (геологоразведка, угле-, нефтедобыча, металлургия, машиностроение, электротехника и т. п.).

Уже начальные разновидности экономической специализации (отделение скотоводства от земледелия, выделение ремесла, появление торговли) дали мощный толчок развитию как самого производства, так и общества в целом.

Во-первых, возрос интеллектуальный багаж общества: специализированное освоение видов производства происходило на качественно новой высоте.

Во-вторых, в результате повышения производительности стал накапливаться общественный продукт сверх того, что необходимо было для потребления самим производителем.

В-третьих, усложнились взаимоотношения между членами общества или неизмеримо увеличился социальный объем.

Понятно, что средства социального регулирования, используемые ранее (ритуалы, обряды, обычаи, религиозные нормы и др.), в новых условиях перестали быть эффективными. Им на смену должны были прийти новые. Основную регулятивную функцию на этом этапе развития человечества стало брать на себя право.

Регулятивная теория, объясняющая процесс происхождения права, распространена в азиатских странах и в евроазиатской России. Причиной особой приверженности ученых этих стран именно регулятивной теории является то, что они при осмыслении вопроса о происхождении права опирались в основном на условия, в которых находятся страны Азиатского континента. Жесткие климатические и географические условия в данной части планеты обусловили особую роль государства. С самого начала она была огромной и заключалась в обеспечении порядка и стабильности, которые были крайне шаткими в таких трудных условиях.

И действительно, право в этих регионах возникает для установления и поддержания единого порядка для всей страны. Порядок – понятие комплексное, охватывающее многие сферы человеческой жизнедеятельности, расширившейся и гигантски усложнившейся в связи с переходом общества к производящей экономике.

Какие же вопросы общественной жизни стало необходимо регулировать с помощью принятия норм права?

На первом этапе развития человеческого общества, вероятно, лишь небольшой круг вопросов требовал упорядочения посредством правовых норм: распределение территории при вынужденной передислокации народа (заключение своего рода договора между племенами); определение порядка использования водоема (например, установление запрета на сбрасывание в него отходов); разрешение санитарно-гигиенических вопросов (например, установление порядка захоронения); установление правил экзогамии, запреты инцестов, другие.

Зачаточное развитие производства не позволяло пока полностью отойти от собирательства, а поэтому существовали правила-запреты на охоту (сбор плодов) в определенных местах

или на определенных животных (растения). Запрещались также убийства, телесные повреждения, колдовство, воровство, увод чужих жен и др.

В традиционном обществе с развитием производства возникает необходимость регламентировать уже не только порядок приобретения землевладения, но и сельскохозяйственное производство. Например, вассалы, помещики своими распоряжениями устанавливали такие правила в отношении крестьян – нормы манориального (крепостного) права. Так, в частности, существовало такое правило, касающееся разделения труда, – мужчины косят, женщины подгребают траву, стогуют. Важно и распределение созданного продукта (большая часть труда крестьян доставалась вассалу или помещику, определенную часть изымал сюзерен или правитель-государь, устанавливая налоги и сборы). Появлялись и правила, касающиеся сотрудничества и взаимопомощи (община, справившись со своими задачами, шла на помощь соседней крестьянской общине). Строительство крупных сооружений (иригационных, фортификационных) вынуждало князя определять правила участия в них (поголовное участие или подворное).

Основанием для таких обобщений служат прежде всего письменные источники права. Да, в первых письменных источниках права доминируют нормы уголовного права, однако обобщение типичных, противоправных ситуаций и установление за них санкций – это тоже регулирование, но только превентивное. Кроме того, уже и в этих источниках есть нормы, регулирующие сугубо экономические вопросы, как, например, собственность, порядок заключения договоров (с помощью клятвы), просматриваются и наследственные, семейные и другие нормы права.

При переходе общества к рыночной экономике, когда развитие производства перешло на новый уровень и обмен продуктами труда стал носить массовый характер, в дополнение начинают регулироваться меры весов, устанавливаются денежные системы, ограничения цен на особо важные товары. Развитие средств сообщения и других средств производства вызвало к жизни установление правил мореплавания, лоции, норм цехового (гильдейского) права. Множество и других вопросов получают опосредование с помощью права.

Одним словом, по мере необходимости все сферы жизни людей (экономическая, политическая и социально-бытовая) охватываются правовым регулированием. Оно становится все плотнее и плотнее. В этом следует усматривать экономические причины появления права.

Политические факторы

Экономические предпосылки создания государства и возникновения права чрезвычайно важны, но не только они определили переход общества к государственности. Человек – существо общественное, и поэтому ему приходится иметь дело, занимаясь производственной деятельностью, не только со средствами производства, но и, хочет он того или нет, вступать в отношения с соплеменниками. Можно предположить, что земледельцу, скотоводу, ремесленнику или торговцу отчетливо или на уровне подсознания пришло понимание того, что ему более выгодно наличие безопасных условий его деятельности, нежели постоянное участие в конфликтных отношениях. Поскольку органы управления первобытного общества не справлялись с этой ролью, постепенно стали формироваться органы государственной власти, которые взяли на себя обеспечение безопасности людей внутри человеческого сообщества и, в частности, *урегулирование спорных взаимоотношений между соплеменниками*. Постепенно создаются судебные органы, поскольку старейшины, которые заботились об интересах прежде всего своего рода, а не племени в целом, более не годились на роль беспристрастного арбитра. Таким образом, начинает осознаваться полезность надродовой власти, стоящей выше частных и родовых интересов.

Помимо разрешения споров между людьми возникает необходимость в существовании стабильного порядка для гарантированного и устойчивого осуществления производства. Но поскольку правильного поведения не приходится ждать от всех членов сообщества, возникает

потребность силой заставлять тех, кто действует вразрез с интересами большинства, подчиниться установленному порядку. Одним словом, речь идет о *легализованном принуждении*, применении насилия во благо общества. И эту роль опять-таки прежние органы управления при чрезвычайно развившихся экономических связях, выходящих за пределы общин и даже отдельных племен, уже не могли выполнять.

Однако применение принуждения не было самоцелью даже в те далекие времена. Поскольку главной целью было установление порядка в обществе, то упор делался прежде всего на примирение сторон.

Примирительная теория, объясняющая процесс происхождения права, очень популярна на Западе. Ее поддерживают английский ученый Г. Берман, шведский ученый Э. Аннерс и др. Пристрастие к этой теории у западных исследователей вполне объяснимо: западные страны развивались эволюционным путем, причем социальные институты там создавались «снизу», т. е. по мере выявления какой-либо общественной потребности люди начинали думать, как дать достойный ответ на вызов объективной реальности. Создание права – один из таких ответов.

Суть этой теории довольно проста. Согласно ей право начинало зарождаться не для урегулирования отношений внутри рода, а для упорядочения отношений между родами. Внутри рода миротворческую роль исполнял наиболее уважаемый представитель рода. Каждый отдельный индивид еще не представлял собой субъекта. Ведь род обеспечивал ему безопасность и защиту. Сила рода, таким образом, была силой каждого его члена, и поэтому в интересах любого индивида было не противопоставлять себя роду.

Однако между родовыми группами конфликты случались, и довольно часто. Их улаживание было в интересах племени. И вот почему. Племя являлось прежде всего единицей военной. Его сила в то далекое время определялась прежде числом, а не умением. Именно поэтому было крайне невыгодно терять людей в результате внутренних конфликтов.

Конфликты же между родами являлись делом обычным. Ведь у родовых групп были свои особенные интересы (занять лучшее место на стоянке, использовать более выгодную территорию, приобрести большее число женщин и др.). Причины их кроются в биологически заложенном желании человека выжить, т. е. в желании, содержащем некую стихийную готовность к возмездию. Именно из этого и родилась сама идея кровной мести, уносившая жизнь многих древних людей. Более того, сам риск быть подвергнутым кровной мести оказывал сильное давление на членов рода в плане стремления к миру между различными родовыми группами, поскольку нельзя было предугадать, чем закончится вражда, не будут ли уничтожены члены конфликтующих родов до последнего человека, т. е. кровная месть имела истребительный характер.

Именно из договоров о примирении, заключаемых первоначально с помощью народного собрания, затем совета старейшин, возникло, как считают приверженцы этой теории, примирительное право. Со временем договоры примирения в силу повторения ситуаций однородного характера постепенно переросли в правовые нормы, непременным атрибутом которых уже являлись санкции, где устанавливались суммы штрафа за нанесение телесных повреждений и других правонарушений.

Поначалу не проводилось разницы между видами проступков. Нанесено ли телесное повреждение, захвачена ли часть имущества рода либо не исполнен договор обмена и т. д. – все это давало повод для кровной мести, а когда она была заменена денежными взысканиями – для применения виры (штрафа). Не имело также значения и то, наступила ли смерть в результате умысла, или она явилась следствием несчастного случая.

Однако постепенно правила примирения стали дифференцироваться. На основе разрешения целого ряда ситуаций самого различного характера возникла целая система правовых норм. Из поколения в поколение она продолжала совершенствоваться в традиционной для тех времен устной форме, а затем начала оформляться в форме законодательства, т. е. в форме

провозглашения их от имени государства с правом применения санкций со стороны государственных органов.

Обратившись к анализу первых письменных источников права, мы получим очень убедительный аргумент в пользу того, что именно политические причины были главными: практически весь их объем заполняется нормами уголовно-правового характера. В них речь идет об установлении санкций за правонарушения.

Психологические факторы

Изменившиеся экономические условия формируют новый духовный облик людей, возникает новый тип самосознания. На начальном этапе развития общества постепенно, и пока лишь в очень небольшой дозе, людьми *начинают осознаваться общие интересы*. Чрезвычайно способствуют *осознанию таких интересов военное нашествие и необходимость защиты*. Возникает понимание, что эти общие интересы больше некому реализовать, кроме как централизованной структуре, осуществляющей координацию различных сторон жизни общества. И лишь только *в развитом обществе общая цель осознается как правовая цель, т. е. развитие и обеспечение права*, в том числе и контроль за властью, осуществляющей принуждение.

2. Стадии развития права

Эволюционный характер права

Все социальные явления отличаются одной очень важной особенностью: в отношении подавляющего большинства из них нельзя указать с определенностью тот день, год, а иногда и столетие, когда они появились. Процесс их зарождения происходил постепенно и по протяженности занимал большой промежуток времени: годы, десятилетия, столетия, а иногда и тысячелетия. Это в полной мере относится и к процессу появления права, которое в результате этого имеет эволюционный характер.

Право зародилось в недрах первобытного общества, на заключительном этапе его развития, когда стали образовываться вождества или, как их еще называют, протогосударства. Находясь тогда в самом зародышевом состоянии, право было еще трудно отличимо от обычаев, являвшихся одним из основных средств регулирования жизни первобытного общества. Постепенно отличия становились все более явными, но все же до нашего представления о праве как социальном явлении еще было далеко. И лишь тогда, когда сложились соответствующие социально-экономические условия, право в полный рост вышло на авансцену человеческого бытия и заявило свои претензии на роль главного средства социального регулирования. Одним словом, детство, юношество и зрелость – стадии развития человека – вполне могут быть выделены и применительно к процессу развития права.

Итак, какие же стадии можно усмотреть в процессе правового развития?

Первая стадия (стадия детства) может быть названа **архаичным правом**. Хронологические рамки его трудно обозначить, особенно если речь идет о его возникновении. Однако, говоря о завершающем периоде стадии существования архаичного права, можно указать, да и то весьма приблизительно, **на IX–XI вв.** Применительно к этой стадии развития права допустимы и такие названия, как право племенное, народное, обычное, варварское, примитивное, вульгарное. Следует пояснить, почему допускаются применительно к праву архаичному такие синонимы.

Главной его особенностью является то, что нормы человеческого общежития в этот период имеют локальный, местный характер. Одним словом, что ни община, деревня, племя, народ, то «свой норов», т. е. своя система норм (отсюда название *племенное право*).

Вырабатываются нормы архаичного права «снизу», самим народом (отсюда происходит термин *народное право*).

Возможно, поэтому нормы чаще всего принимают характер обычаев, т. е. правил поведения, сложившихся исторически, на протяжении жизни многих и многих поколений, и став-

ших всеобщими в результате многократного повторения (отсюда проистекает альтернативное их наименование *обычное право*). Однако эти обычаи начинают охраняться не самими соплеменниками, как ранее, а выделяемыми из их состава органами управления (вождями, дружинниками, жрецами и т. п.). Именно поэтому они переходят из «обычных обычаев» в разряд правовых обычаев, и таким образом появляется *обычное право*.

Надо сказать, что не всегда решение, принятое вышеуказанными органами управления и направленное на примирение сторон, исполнялось, и тогда спорящие стороны пускали в ход обычные силовые методы разрешения конфликтов (например, осуществляли кровную месть), поступая, как настоящие варвары. Не случайно поэтому право начального периода перехода общества в разряд цивилизованного, управляемого с помощью протогосударства обозначают еще и таким термином, как *варварское право*.

Конечно, архаичное право еще очень сильно недотягивает до современного понимания права. В частности, мы справедливо можем задать вопрос, что же это за право, если отсутствуют элементарные правовые понятия, техника разрешения споров, не проводится различие между гражданскими и уголовными делами и т. д. (отсюда и применяется для обозначения древнего права термин *примитивное право*).

В континентальной Европе архаичное право зародилось тогда, когда Римская империя уже распалась. В германских королевствах оставались лишь одни обрывки римского права, а точнее, сохранились лишь память о римском праве и часть его терминологии и правил. Конечно, это было упрощенное, популяризированное и испорченное римское право. Современные ученые называют его еще римским *вульгарным правом*, чтобы отличить от более утонченного римского права классического и послеклассического периода, погибшего под развалинами Римской империи.

И тем не менее различия между обычаями, основными средствами регулирования жизни первобытных людей и архаичным правом нарастают и постепенно становятся все более явственными.

Вторая стадия (стадия юности) развития права может быть названа **сословным правом**. Его возникновение явилось результатом постепенного развития экономики и сопутствующей экономическому процессу специализации общественного труда, а отсюда – неумолимой дифференциации общества. Возникновение корпоративного права следует отнести к **IX–XI вв.** Завершающий его период можно датировать **XIII–XV вв.**

Единые ранее соплеменники стали различаться и отличаться друг от друга по социальному положению (главы семей, вожди, их приближенные, жрецы и др.), по роду профессиональных занятий (земледельцы, землевладельцы, ремесленники, торговцы и др.). Наличие сходных потребностей у людей, выполнявших определенные профессиональные или социальные функции в обществе и тем или иным образом отличавшихся от других, вызывало необходимость в их объединении. Постепенно выкристаллизовываются отдельные слои общества (землепашцы, или крестьяне, землевладельцы, торговцы, ремесленники, жрецы и их паства и т. п.), которые, осознавая свои общие интересы, стремятся создать однообразные правила поведения, дабы установить между собой мир и защитить свои особенные и для них далеко не безразличные интересы.

К сословному праву у нас опять-таки есть множество претензий, и в частности, непонятно, как то или иное сословие могло защищать нормы, им установленные, если они нарушались либо его членами, либо иными людьми. По нашим совершенно справедливым представлениям, право – ничто без принуждения. Конечно, действенных средств принуждения к исполнению сословных норм в то время не было. Вот почему сословное право можно назвать всего лишь протоправом, т. е. как бы правом не в полном понимании этого слова или ненастоящим правом.

Третьей стадией (стадией зрелости) развития права следует считать **развитое право**, или **общегосударственное право**. Его возникновение можно отнести к **XVI–XVII вв.** (Англия – XVI в., Германия – XVII в., Россия – XVIII в.). В современном мире общегосударственное право победно шествует по всем континентам, за исключением, пожалуй, центральной части Африканского континента.

Если кратко охарактеризовать суть развитого права, то можно отметить две главные его особенности: 1) целенаправленное формулирование норм права преимущественно органами государства, причем особой их разновидностью – законодательными органами; 2) защита правовых норм государственными органами, причем здесь опять-таки выделяется особая их разновидность – правоохранительные органы.

Вероятно, на этом процесс развития права не закончится. Если попытаться спрогнозировать дальнейшее развитие права, то можно предположить, что в будущем, возможно, национальные системы права сольются в одну мировую. Роль законодательного органа, скорее всего, будет выполнять Организация Объединенных Наций. На роль мирового правоохранительного органа уже сейчас делают серьезную заявку Международный Суд и Международный Трибунал в Гааге. Не исключено и образование других международных органов для формулирования и обеспечения международных норм в будущем. Однако этому, вероятно, будет предшествовать создание континентальных систем права и соответствующих континентальных органов власти, пример которых подают страны, объединившиеся в Европейский союз.

Время появления первых письменных источников права

Все без исключения ученые признают, что сегодняшнее сложное и развитое право, без которого мы не мыслим нашу жизнь, уходит своими корнями в архаичное право. Когда оно возникло, сказать трудно.

Самые первые письменные доказательства его существования относятся к **VII в. до н. э.** Речь идет об источниках, обнаруженных в Египте, которые сохранились до наших дней в форме папирусных документов и надписей на каменных плитах или памятниках. Конечно, смысл законов по этим довольно фрагментарным надписям понять затруднительно, но ясно одно – в них идет речь об установлении каких-то правил поведения.

В других местах, в частности в Вавилоне, нашли не менее древние правовые источники, представляющие собой клиновидные тексты, возраст и содержание которых ученые до сих пор затрудняются определить. Однако в руках ученых дополнительно оказалась и обнаруженная в 1901–1919 гг. кодификация правовых норм, входившая в один из наиболее значительных документов правящей династии древнего

Вавилонского государства **Хаммурапи (1790–1752 гг. до н. э.)**, высеченная в виде клинописного текста на высоком (приблизительно 2 м) каменном блоке черного цвета.

Греческая цивилизация также дала нам письменные свидетельства о существовании архаичного права, но первые из них относятся уже к более позднему периоду (**Законы Солона – 594–593 гг. до н. э.**).

Первым письменным римским правовым источником следует считать **Законы XII таблиц (451–450 гг. до н. э.)**. В дальнейшем римское право сравнительно быстро достигло такой небывалой высоты, о которой другие страны, хотя и начавшие свой правовой путь гораздо раньше, не могли и мечтать.

Самая древняя из дошедших до нас варварских правд континентальной Европы – **«Салическая Правда»**, изданная королем Хлодвигом I из рода Меровингов вскоре после обращения его в христианство (**496 г.**).

Среди первых англосаксонских правовых источников числятся **Законы Этельберта**, опубликованные в **600 г.**

В России первым письменным источником права считается **«Русская Правда»**. Когда же она была составлена? Опять-таки точно ответить на этот вопрос ученые-историки затруд-

няются. Они указывают, что в древней новгородской летописи записано, что в **1016 г.** Ярослав, отпуская домой помогавших ему в борьбе со Святополком новгородцев, будто бы дал им «правду и устав списал, сказав им: "...По сей грамоте ходите, якоже списах вам, такоже держите"». Вслед за этими словами в летописи приведена краткая редакция «Русской Правды» с дополнительными постановлениями сыновей Ярослава.

Как видим, первые письменные правовые источники появляются в разное время в разных регионах земного шара. Но что характерно – процесс их создания следует прямо и непосредственно за процессом укрепления там государств. Одним словом, чем раньше появляется государственность в определенной части Земли, тем раньше там обнаруживается и письменное доказательство существовавшего там архаичного права. Это является лишним подтверждением того, что одним из признаков государства следует считать право, пусть и примитивное на начальном этапе развития, но все же качественно отличающееся от средств социального регулирования жизни первобытных людей.

Разновременность появления права связана с тем, что государственность, возникшая в регионах с наиболее благоприятным для проживания людей климате, как бы волнами распространяется все дальше от экваториального пояса. Зародившись в Египте, а также в Китае, волны государственности пошли на север и на юг, хотя, впрочем, конкретное их распространение зависело от географических условий различных регионов Земли. Но если даже для распространения волн в водной среде необходимо определенное время, то можно представить себе, какой промежуток времени требуется для распространения государственности. Вот почему разница во времени появления первых письменных правовых источников в различных странах исчисляется столетиями и даже тысячелетиями.

И еще один момент. Письменные источники – это всего лишь надводная часть айсберга, называемого архаичным правом. Большая его часть скрыта тысячелетиями и столетиями, а нам не видна по той причине, что более значительный массив архаичного права носил устный характер, но от этого архаичное право не переставало быть правом. Письменные источники – это всего лишь одно из доказательств, хотя и самое яркое, существования архаичного права. Приступая к характеристике архаичного права, заранее следует принять в качестве аксиомы, что речь идет не только о его письменных источниках.

Характеристика архаичного права

Особенности архаичного права весьма многочисленны, и их исследование позволит нам составить довольно полное представление о том периоде развития права, которое можно условно назвать его детством.

1. Нормы архаичного права носили преимущественно устный характер. Конечно, это было не случайно. Древние люди не сразу научились говорить, но, освоив устную речь, они еще на протяжении многих и многих столетий обходились без ее письменного закрепления. Эти более сложные навыки появляются гораздо позднее, когда общество поднимается на более высокую ступеньку развития. Архаичное право – это царство неписаных правил, устно передаваемых из поколения в поколение в виде устных преданий, рассказов о разрешенных казусах, в форме юридических по содержанию пословиц и поговорок, а также в виде конклюдентных действий. Вот почему так немногочисленны примеры письменных источников права. Их справедливо считать своего рода исключениями из общего правила о том, что нормы архаичного права носили устный характер. По крайней мере письменные памятники права появляются уже на более позднем этапе архаичного права и как бы представляют собой результирующую предыдущего правового развития того или иного народа. Так, например, европейцы, и в частности английский юрист А. Эллоу, исследовавшие Африканский континент в XX в., подметили следующее. «Африканское обычное право не знало юридических произведений. Не было ни юридических текстов, ни манускриптов по вопросам права, ни сформулированных на бумаге исковых заявлений, ни повесток в суд, ни ордеров на выполнение судебных постановлений, ни

письменных документов о передаче имущества, ни ученых комментариев докторов права... Не было скрупулезного критического разбора текста парламентских актов, ученых дебатов в журналах о значении того или иного параграфа или диапазона судебного решения, процедурных дискуссий о представительстве или форме обвинений». Можем с большой долей вероятности предположить, что это было характерно не только для Африки, но и для всех регионов земли, вступивших на путь цивилизации гораздо раньше.

Правда, говоря о Российской цивилизации, надо сделать следующую оговорку: в Древнерусском государстве процесс появления писаных норм права происходил несколько ускоренно и отстоял от времени появления государства сравнительно недалеко. Дело в том, что Древнерусское государство, хотя и возникло не без участия скандинавов, сразу попало под духовное влияние и обаяние Византии, вступившей на путь цивилизации гораздо раньше. Принятие в IX в. христианства повлекло мощное усиление на Руси церкви, которая заимствовала у Византии памятники церковного права, например Кормчую (перевод византийского Номоканона). В недрах церковного права и по настоянию церкви родилось и право княжеское, принявшее форму «Русской Правды». Церковь настаивала, и более того – при участии церковных служителей сборник права под названием «Русская Правда» был составлен по двум причинам:

а) судьи по нецерковным делам были из Византии и обычаев местных не знали, что не позволяло им эффективно осуществлять свою деятельность;

б) существовало большое несоответствие между местными обычаями и нормами церковного права. Надо было смягчить местные обычаи и приспособить их к христианскому делу. Стали составляться частные сборники юридических обычаев, причем несколько подкорректированных под церковные нормы, которые потом получили всеобщее и обязательное значение.

2. Невероятно большое разнообразие норм архаичного права. Надо заметить, что речь идет о большом разнообразии архаичных норм не внутри какого-то одного человеческого сообщества (общины, клана, племени), а между рядом проживавшими частями человеческой популяции. Даже в пределах одного государства племени, проживавшие по соседству, часто имели существенные отличия, касавшиеся регулирования своей внутренней жизни (например, системы родства, семейного уклада, порядка наследования и т. д.).

Напрашивается вопрос: можно ли говорить о едином архаичном праве того или иного государства?

Скорее всего, можно, если иметь в виду наиболее общие характеристики архаичных норм: принципы, способы их образования, процедуры реализации, принуждения за их неисполнение.

3. Архаичное право носит казуистический характер. Право, о котором идет речь, формировалось в результате разрешения отдельных конфликтных случаев (казусов), причем довольно простых по содержанию. В первых правовых письменных источниках это явно просматривается. Так, в Законах XII таблиц сказано, что если совершивший ночью кражу убит на месте, то убийство будет считаться правомерным. Если же при свете дня совершается кража и вор сопротивляется с оружием, то надо созвать народ. Как видим, привязка правила поведения дается применительно ко времени суток.

Однако зададимся вопросом: неужели наши предки не понимали, что абстрактное изложение норм способно экономно располагать нормы права? Конечно, такое понимание еще не было достигнуто. Навыки абстрактного мышления формируются на протяжении длительного периода. На том, начальном, этапе развития общества они были крайне не развиты, по существу, только зарождались.

На Руси все обстояло несколько иначе. Сразу можно сказать, что казуальность норм «Русской Правды» была выражена не столь ярко, как в первых письменных источниках, встречавшихся в других странах. Вот пример одной из таких норм: холоп, совершивший душегубство, наказывается половинным наказанием и даже легче. И тут же следует обоснование этого поло-

жения: потому что несвободен. Можно указать на две причины обнаруживаемой в «Русской Правде» тяги к абстрактности:

а) из римской юриспруденции был заимствован прием юридического трактата как способ кодификации, где просматривается склонность к разъяснению и оправданию решения;

б) оттуда же было привнесено и религиозно-нравственное содержание правовых норм.

4. Архаичное право имело несистематизированный характер. В первых правовых памятниках было нагромождено все: и нормы об уголовных деяниях, и нормы имущественного характера, и земельные, и торговые, и семейные, и др. Так, в Законах Хаммурапи сначала излагаются нормы уголовного и процессуального права, затем идут нормы земельного права, здесь же можем увидеть и нормы торгового права, затем опять приводятся нормы уголовного права, а заканчивается текст бессистемным перечислением правил из большого числа различных областей общественной жизни. Другие правовые источники также строятся по принципу простого расположения материала. Часто изложение более-менее однородных правил поведения прерывалось тем, что отдельные правовые нормы, которые нельзя было объединить в какие-нибудь более крупные единые блоки, помещались на первое попавшееся подходящее место.

Конечно, систематизация норм права – это закономерный этап в развитии права. И она постепенно появляется. Хорошим примером начавшейся систематизации служат Институции Гая, где правовые нормы излагаются по принципу отношения к людям, причинам и обстоятельствам, связанным с конкретным иском. В «Салической Правде» мы также можем усмотреть приметы начавшегося процесса систематизации правовых норм. Там есть разделы о кражах, произведенных рабами и свободными, о нападениях и грабежах, о человекоубийстве и др., но нет и попытки дать систематизацию, основанную на общих правовых принципах и понятиях.

Итак, в целом архаичное право – это царство казуистики, причем неупорядоченной. В развитии казуистического права римлянам принадлежит выдающаяся роль. Они прекрасно развили казуистику, сделали ее хитроумной, позволяющей учитывать даже практические последствия решения каждого конфликта, но у них не получилась система, основанная на анализе и синтезе понятий, позволявшая выработать наглядно и едино действующий механизм управления.

Несистемный характер присущ и «Русской Правде», и, надо полагать, не случайно. Ведь кодификации древнерусских норм предшествовала выработка отдельных норм права. Сначала представители духовенства разъясняли эти нормы устно, потом стали записывать их где придется, а уже из таких разрозненных записей пастырских правил и формировалась «Русская Правда», которой затем придали обязательный характер. Подбор пастырских правил производился разновременно и разными людьми, причем относящимися к различным поколениям.

Нет нужды говорить о том, что архаичное право не знало деления на отрасли и, в частности, на первом этапе даже не выделялось право уголовное и гражданское. Впрочем, в первых правовых памятниках мы можем все же вычленить и зачатки норм гражданского права, но в целом эти памятники представляют собой засилье уголовно-правовых норм. Иногда бывает затруднительно сказать, является ли какая-либо норма уголовно-правовой или гражданско-правовой. Одно и то же деяние в архаичном праве может трактоваться или как уголовное, или как гражданское в зависимости от обстоятельств, т. е. с учетом его направленности (например, прелюбодеяние с женой вождя может быть уголовным деянием, а с женой другого – гражданским правонарушением), намерения нарушителя (например, намеренное убийство может быть преступлением, а непреднамеренное – нет), повторяемости деяний (первое – гражданское, повторное – уголовное). Нормы уголовно-правовые доминировали в архаичном праве не случайно: архаичное право возникает из необходимости обеспечить защиту социальных коллективов (родов, общин, семей), а также охрану носителей установившейся власти.

Три причины можно указать, говоря об отсутствии систематизированности норм архаичного права:

1) недостаточный уровень развития интеллекта людей того далекого периода, не позволявший им увидеть жизнь общества во всех связях и опосредованиях и отразить это в правовых источниках;

2) относительная простота общественной жизни. Никто не отрицает того, что право – форма общественной жизни, и оно не может не отражать объективную реальность. Будучи «слепком» или матрицей общественной жизни, оно показывает уровень развития общества;

3) медленное и незаметное изменение архаичных норм. Это положение находится в русле открытой учеными XX в. закономерности общественного развития: с развитием общества возрастает скорость течения общественной жизни. Жизнь наших далеких предков была неспешной, медленной и даже вялотекущей. Правовые нормы, ее регулирующие, изменялись также очень медленно, на протяжении жизни не одного, а нескольких поколений. Вот почему являлось правилом то, что определенные поколения открывали одни нормы права, другие поколения вносили свой вклад в пополнение «копилки» под названием «право» и т. д. Так, «Русская Правда», по мнению В. О. Ключевского, писалась 150 лет, причем писалась разным «почерком», т. е. в разной манере и разным стилем. И ничего удивительного нет в том, что в конечном счете «Русская Правда» стала представлять собой «хорошее, но разбитое зеркало XI–XII вв.». Читая ее, мы получаем хотя и верное, но не цельное отражение русского общества.

5. Архаичное право было объективистским. То есть правом, где акцент делался на то, что именно произошло и произошло ли вообще. Абсолютно ненужным было установление того, виновно ли совершено деяние. Эти тонкости были не важны и не исследовались в процессе разрешения дел. Постепенно появляется такое понятие, как «преднамеренность» (читай – «умысел»). Ясно, что деление вины на умысел и неосторожность – это еще более позднее наслоение. Понятие преднамеренности знают некоторые памятники права, но акцент на этом все равно и там не делается. Кроме того, следует иметь в виду, что письменные источники права создавались на поздней стадии развития архаичного права, в лоне церковного права, главным доказательством которого являлось испытание (огнем, водой и т. д.). До создания же письменных правовых памятников царствовало устное архаичное право, полностью основанное на объективном вменении.

6. Архаичному праву была присуща необязательность, или, иначе, оно имело альтернативный характер. Это следует понимать в том смысле, что в большинстве случаев юрисдикция зависела от согласия сторон и не было никаких гарантий, что стороны вынесут спор на разрешение независимых органов (сотенных судов, вождей, жрецов и т. п.) и не будут выяснять отношения силой. Для того чтобы побудить стороны представить свой спор на рассмотрение вместо решения его вендеттой, в нормах архаичного права стали устанавливаться в качестве мер наказания денежные штрафы, которые ответчики платили пострадавшим за причиненный ущерб, включая убийство, нападение, кражу. Однако часто стороны выясняли сами свои отношения силой, не прибегая к чьему-либо суду. В одном из англосаксонских законов было так и сказано, что сторона «может откупиться от копья или носить его». Выяснение отношений путем применения боевых действий было обусловлено тем, что чрезвычайно трудно было привлечь обвиненного в преступлении к суду, заставить выступить свидетелей по делу.

Не существовало также гарантий того, что вынесенное судебное решение будет исполнено и что стороны не прибегнут даже при его наличии к силовому разрешению спорного вопроса.

Таким образом, применение архаичных норм права основывалось на взаимном доверии сторон.

7. Целью архаичного права было примирение сторон. Дело в том, что в результате возникновения вражды двух групп нельзя было заранее предугадать, чем она закончится, ибо две враждующие между собой родовые группы могли уничтожить друг друга до последнего человека. В норвежском Законе о местном самоуправлении или, другими словами, Законе

о провинции, вступившем в силу в 1200 г., даются описания трагических последствий случаев межродовой вражды. Понятно, что в результате такого исхода слабеет и все племя в целом. Вспомним, что главная функция племени и его органов управления состояла в обеспечении безопасности (обороны или нападения) относительно имевшегося окружения. Следует иметь в виду, что тогда воевали преимущественно числом, а не умением. В ситуации вражды между родами племени было заинтересовано в установлении мира между родовыми группами, поскольку оно не хотело терять своих людей и оказаться ослабленным в результате междоусобных войн внутри сообщества и, таким образом, стать легкой добычей в руках внешнего врага.

Задача органов, рассматривавших спор, состояла не столько в том, чтобы отыскать факты, сформулировать правовые нормы и применить их с учетом этих фактов, сколько в том, чтобы устранить причиненное зло и восстановить гармонию в обеспокоенной общине. Примирения можно достигнуть только тогда, когда все вовлеченные в конфликт стороны будут уверены, что справедливость восторжествовала. Обиженная сторона хотела удостовериться, что ей определена должная компенсация за причиненный вред. Виновника нужно было тоже убедить в том, что суд принял правильное решение, и дать ему гарантии, что после осознания содеянного и выплаты компенсации ему будет позволено влиться в сообщество.

Именно этой целью объясняется тот факт, что за множество преступлений предусматривалось в качестве наказания не убийство (взамен убийства) и не телесные повреждения (взамен увечья) лица, совершившего преступление, а штраф или вира, т. е. материальное возмещение за содеянное. Говоря об этом, следует указать на Законы Этельберта, которые примечательны на редкость подробными тарифами за разные увечья: столько-то за потерю ноги, столько-то за глаз, столько-то – если пострадавший раб, а столько-то – если он священник. Четыре передних зуба оценивались по шесть шиллингов, соседние зубы по четыре, все остальные – по одному. Различались в цене и пальцы. Такие же различия проводились в отношении ушей, в зависимости от того, лишились ли пострадавшие слуха, были уши отрезаны, проколоты или порезаны. Учитывались различные повреждения костей: оголенные кости, поврежденные кости, сломанные кости, перебитый нос, проломленный череп, вывихнутое плечо, сломанный подбородок, сломанная ключица, сломанная рука, сломанное бедро, сломанное ребро. Среди ушибов различались синяки вне одежды, синяки под одеждой и ушибы без синяков. Самыми строгими видами наказания были поток и разграбление, т. е. растаскивание имущества.

Надо сказать, что институт фиксированных денежных санкций был характерен для всех государств, в том числе и для России. Многие ученые склонны в этом усматривать зачатки гуманизма. Вряд ли так следует считать. Дело обстояло проще. Если в интересах племени было не уменьшать в результате внутренних распри число соплеменников, то род, который жил, что называется, общим домом, заинтересован был в том, чтобы защищать себя и общее хозяйство.

Но на каком же принципе основывалась защита дома?

Очень рано, практически на бессознательном уровне, наши предки усвоили принцип эквивалентности: обвинение и контробвинение должны быть равноценными. Не случайно уже в древнеегипетском обществе в качестве символа правосудия использовались две уравновешенные чаши весов. Чувство принципа эквивалентности, вероятно, пришло из экономической области, главной чертой которой является обмен товарами. Так же как и обмен товарами, примирение оказалось бы невозможным, если бы штрафные санкции как таковые не рассматривались в качестве средств, способных возместить потери в результате совершенных правонарушений.

8. Ответственность по архаичному праву носила коллективный характер. Это положение прямо вытекает из предыдущего. В самом деле, под силу ли было расплатиться лицу, совершившему деяние, самому, без участия своих сородичей? Конечно, нет. И прежде всего потому, что имущественная сфера каждого отдельного человека была неразделима с имущественной сферой рода (общины, семьи). Человек как таковой в экономическом плане не

существовал. Он целиком включался в род (общину, семью) как хозяйственную единицу. Вот почему санкция накладывалась на род, в который входил преступник. В дальнейшем возник институт поручительства, согласно которому, принимая на себя наложенное наказание, виновный должен был указать сородича, который согласился бы выступить поручителем или выплатить за него виру, если сам он это сделать будет не в состоянии.

В связи с этим понятным становится указанная выше черта архаичного права: его объективистский характер. Кому нужно установление вины, если независимо от того, виновен или невиновен человек, причинивший вред другой общине, возмещать ущерб все равно придется его общине в целом, поскольку община, которой причинен вред, требует защиты своего дома. В тот далекий период времени личность самостоятельной ценностью не считалась. В отличие от личности род в целом признавался ценностью. Можно сказать, что архаичное право – это право групп или сообществ, а не право индивидов. Личностное начало в праве еще очень долго не будет приниматься в расчет (вплоть до конца XVII в.). Эта «историческая несправедливость» была устранена только с помощью доктрины естественного права.

Продемонстрируем рассматриваемую черту архаичного права на конкретных примерах.

Брачный договор представлял собой скорее соглашение двух семейных групп, нежели союз двух индивидов, как, впрочем, и развод был возможен только с согласия семей. Право собственности на землю принадлежало социальной группе (общине, семье). В случае смерти наследственная масса переходила, как правило, не к индивидам, а к семье. Нет ничего удивительного и в том, что при компенсации ущерба выплату производила одна семья (клан) другой семье (клану), но не одно лицо. И наконец, тяжбы тоже возникали главным образом между сообществами и группами.

9. Архаичное право отражает зачатки социального неравенства. Это подтверждается анализом буквально всех письменных памятников права. Например, согласно Законам Этельберта плата за нарушение мира королевского дома равнялась 50 шиллингам, а обыкновенного человека – всего 6. Мир дома считался нарушенным и следовало платить виру, если чужой переспал со служанкой королевского дома или убил кого-нибудь на его территории. В «Салической Правде» говорится, что если кто лишит жизни свободного франка или варвара и будет уличен, то присуждается к уплате 200 солидов. Если это деяние будет допущено относительно человека, состоящего на королевской службе, то присуждается к уплате 600 солидов. Таким образом несмотря на то, что в нормах архаичного права закреплялись обычаи родового общества, нормы патриархального быта сельской общины, они одновременно фиксировали и неравенство членов «большой семьи», привилегии вождей и их приспешников, а также обязанности низших слоев общества, обеспечиваемые жестоким наказанием. Нормы архаичного права содействовали закреплению царской власти. Несколько позднее в их составе специально выделяются нормы о совершении государственных преступлений (мятеж в войске, заговор против короля, участие в крикливом сборище и др.).

Вообще эту проблему можно поставить шире: какова была в то далекое время иерархия ценностей? Конечно, основой социальной жизни служили сначала род, община, которые затем обнаруживают деление на семьи. Именно это и составляло главную ценность. Любое вождество, а затем и государство было сильным, если сильными были хозяйственные единицы. Другая важная ценность, которую охраняло архаичное право, – это авторитет вождя, а затем и государя. И не случайно. Управленческая деятельность постепенно становится могучей организующей силой общества и охраняется правом довольно рьяно. И наконец, еще одной немаловажной ценностью считаются религиозные культы. Постепенно, в период зарождения монорелигии, право в целом начинает приобретать теократический характер. И затем в течение многих столетий, когда Бог и его желания выдвинулись в разряд главнейшей ценности, люди в почтительном ужасе преклонялись перед этим высшим авторитетом.

10. Доказательства, используемые в примирительном праве, отличались символичностью, демонстративностью, церемониальностью и красочностью. В качестве доказательств использовались:

а) испытание, которое проводилось, как правило, при большом скоплении народа. Главными его видами были испытание огнем – для знатных, и испытание водой – для обыкновенных людей. Так, подвергаемые испытанию огнем должны были с завязанными глазами или босиком пройти по раскаленным плужным лемехам или нести в руках раскаленное железо, и если ожоги хорошо заживали, то испытуемых оправдывали. Испытание водой проводилось либо в холодной, либо в горячей воде. При испытании холодной водой испытуемый признавался виновным, если его тело всплывало на поверхность вопреки законам природы, это показывало, что вода его не принимает. При испытании горячей водой испытуемый признавался невиновным, если при погружении его голых рук и ног в кипяток они оставались невредимыми. Использовались также прикладывание к телу раскаленного железа, принятие яда и др. Кто выдерживал такое испытание без серьезных для себя последствий, тот доказывал с помощью стоявшей на его стороне божественной силы, что утверждения о фактах были неверны;

б) *клятва или присяга*. Клятвенное подтверждение правдивости доводов бралось с ответчика (при отсутствии явно свидетельствовавших против него фактов), а также со свидетелей (на Руси они делились на две категории – видаки и послухи) и других лиц. Клятва носила ритуальный характер и часто составлялась в поэтической форме (например, «не зван, не ждан, а своими глазами видал, своими ушами слыхал»);

в) *поединки*. Далеко не во всех первых памятниках права мы встречаем доказательства такого рода. Нет указания на поединок как особого рода доказательство и в «Русской Правде». Однако мы знаем, что на Руси как до «Русской Правды», так и после ее издания еще долго (вплоть до XVI в.) применялся поединок. Вспомним в связи с этим произведение М. Ю. Лермонтова «Песнь о купце Калашникове», которое в определенной мере отражает социальные реалии, причем не какого-то древнего периода российской действительности, а времени правления Ивана Грозного. Почему же в «Русской Правде» нет даже упоминания о поединке? Поединок – это по существу разновидность кровной мести. Но ведь архаичное право как раз и выступало против кровной мести, которая часто уносила жизни конфликтующих сторон. Вероятно, составители «Русской Правды», зная о поединке, сознательно о нем умолчали, не желая его признавать. Но какие же причины ими двигали? Ранее указывалось, что авторами «Русской Правды», скорее всего, были представители духовенства, многие из которых были из Византии. Духовенство настойчиво восставало против поединка как остатка языческой веры. Если бы поединок был легализован «Русской Правдой», то это бы пошло вразрез с церковными воззрениями;

г) *передача эквивалента* (в частности, виры) за причиненный ущерб, причем осуществляемая в церемониальной форме и в присутствии значительного количества людей (например, земля передавалась путем передачи прутика и горсти земли);

д) *синяки, подтеки*;

е) *и другие*.

Почему же столь формализованы и зрелищны были доказательства, даже их драматические виды? Дело в том, что архаичное право было почти целиком устным, и чтобы применение его норм не прошло незамеченным, надо было придумать такую процедуру их осуществления, которая отпечаталась бы в памяти значительного числа людей. И придумывали. Например, факт примирения сторон обозначался с помощью битья по рукам, заключение брачного договора символизировалось связыванием рук брачующихся и др. С помощью специфических церемоний (правовой магии) все, что связано с правом, отделялось от повседневности. Впоследствии правовые церемонии были дифференцированы, и стали особо выделяться виды

символики – поручительства, залога и заложничества, предприсяги и присяги, драматизированного рукопожатия, означавшего примирение сторон, и др.

11. В архаичном обществе не существовало специальных юридических учреждений. Они появились тогда, когда стало возникать развитое право.

Но кто же тогда «вершил суд»?

В разных странах использовались разные варианты.

В Египте мудрецы были законоговорителями, дела о правонарушениях разрешали органы общинного самоуправления, могли составляться судебные коллегии из доверенных лиц фараона.

В Древнем Вавилоне жрецы-оракулы играли большую роль, но судебные функции чаще выполняли общинные собрания, царские наместники. Была и такая должность, связанная с выполнением судебных функций, как глашатай – объявляющий приговор (решение).

У древних германцев народное собрание вершило суд и объявляло общие постановления.

В Древней Руси судебные функции сначала выполнял сам князь, затем он стал перепоручать их представителям своей администрации. Позже появились вирники – специальные люди, собиравшие виру. А в вотчине такие споры рассматривал сам феодал.

В Африке в обществах, где еще не было вождей, споры решались преимущественно с помощью арбитража и переговоров внутри местной общины. Если конфликты возникали по поводу брака, установления опеки над детьми, наследования, землевладения и других сложных прав и обязательств, то в их разрешении, как правило, участвовали старейшины и другие влиятельные члены семьи или группы кровных родственников (клана). Когда же разногласия возникали между соседями внутри одной общины, то арбитраж и переговоры проводили разного рода официальные и неофициальные лидеры (например, старшие члены семей, главы основных линий наследования и др.). В обществах, которые уже стали напоминать вождества, конечно, судебные функции переходят к вождям. Более того, суды начинают приобретать некую иерархию; выделяются суды мелких и крупных вождей.

В обществах, начинающих приобретать теократический характер, судебные функции по многим делам прочно переходят в руки церковных служителей и иерархов.

12. Архаичное право было пронизано религиозным духом. Об архаичном обществе нельзя сказать, что оно имело теократический характер. Таковым оно стало тогда, когда религия выдвинулась на роль главного средства социального регулирования и подчинила себе государство. Однако и до того, как это произошло, архаичное право было пронизано религиозным духом. Связь норм архаичного права и языческой религии была настолько прочной, что ему стали приписывать божественное происхождение. Судебные решения часто провозглашались от имени богов, а жрецы нередко выполняли судебные функции. Представление об этом четко выразил древнегреческий мыслитель Демосфен, назвавший право «изобретением и даром богов».

Характеристика сословного права

В истории человечества разложение племенного строя явилось закономерным этапом его развития. На смену ему пришло традиционное, или сельскохозяйственное, общество, политически раздробленное, основанное на земельной собственности, на ранжировании людей по их отношению к средствам производства, основным из которых была земля, т. е. на феодальной иерархии и эксплуатации феодально-зависимого крестьянства. В мировой системе страны Средиземноморья представляют своего рода исключение из этого правила. Там традиционное общество установилось после падения античных политико-правовых порядков, отличавшихся высоким уровнем экономического, политического и правового развития. Народы, проживающие в средиземноморском регионе, как бы были отброшены назад и вынуждены были опять проделать виток развития от примитивных протогосударств к централизованным национальным государствам.

Какие же основные социальные группы выделялись в традиционном обществе?

1. Феодалы. Это сословие не было однородным и, в свою очередь, разделялось на ранги, свидетельствовавшие о наличии феодальной иерархии. В Западной Европе это, в частности, выражалось в отношениях сюзеренитета – вассалитета. В России феодальное сословие делилось на великих, удельных князей, бояр, житейных людей и т. д.

2. Духовенство. Оно выполняло роль своего рода организатора сознания людей и ставило целью направление поведения людей в определенное русло, с тем чтобы обеспечить стабильность общества. За это представителям духовенства сначала преподносили подарки, затем участки земли в собственность. Церковь стала могущественной не только в духовном плане, но и в материальном. Ее вес настолько вырос, что в некоторых странах на какое-то время она стала политической организацией общества.

3. Крестьяне. В основном они были объединены в общины, которые полностью подчинялись феодалам. Община являлась простым объединением крестьян, ведущих индивидуальное хозяйство, и обладала минимальными административными и судебными функциями.

4. Горожане. Впрочем, горожане – это комплексное сословие. Если ранее городские общины основывались на землях, составлявших феодальную собственность королей, сеньоров, монастырей, и испытывали все «прелести» личной зависимости от собственников земли, то позднее феодальные путы несколько ослабли и в городах бурно начали развиваться производство и торговля. Городское разделилось на два сословия: **ремесленников и торговцев (купцов).**

В связи с происшедшими в обществе изменениями, и в частности разделением общества на сословия, архаичное право должно было уступить место иным нормативным системам. Поскольку общество стало дифференцироваться на социальные группы, отличающиеся разным отношением к средствам производства и соответственно долей получаемого продукта, архаичное право не могло, да и перестало служить мерилем поведения для всех людей. Потребовалось создание таких нормативных систем, которые были бы подходящими для регулирования отношений внутри каждого социального слоя и обеспечивали бы их взаимодействие с другими слоями общества. И такие системы возникают, но носят они уже сословный характер и обслуживают преимущественно интересы каждого отдельного сословия, одновременно позволяя ему «вписаться» в общую систему общественного развития.

Назовем части сословного права или его подсистемы, действующие в традиционном обществе. Естественно, они корреспондируют указанным выше видам сословий.

1. Феодальное право (поместное право) – это система правил поведения, регулирующая порядок землевладения и взаимоотношения между собственниками земли.

2. Манориальное право (крепостное право) – это система правил поведения, регулирующая отношения между крестьянами и помещиками, жизнь феодального поместья, отношения внутри крестьянской общины, а также ведение сельскохозяйственного производства.

3. Каноническое право (церковное право) – это система правил поведения людей, закрепляющих нравственные ценности, регулирующая организацию церковной власти, отношения ее со светской властью и некоторые другие.

4. Городское (полицейское) право – это система правил поведения, регулирующая отношение населения, проживающего в городах, с королем (князем), отдельными сеньорами (боярами), являющимися собственниками территории городов, направленная на поддержание мира и порядка в городском сообществе, а также права и свободы горожан.

5. Гильдейское (цеховое) право – это система правил поведения, закрепляющая привилегии гильдий (цехов), регулирующая внутреннюю организацию производства и его технологию, использование видов сырья, способов переработки, качество готовых изделий и др.

6. Торговое (купеческое) право – это система правил поведения, закрепляющая привилегии для купеческих гильдий, торговые обыкновения, правила ведения торговли, способы рассмотрения споров, возникающих в процессе ведения торговой деятельности, и др.

Сословные нормы зарождались в лоне норм обычного права и представляли собой первоначально как бы специализированные обычаи. В дальнейшем сословия стали отчетливо осознавать свои потребности и интересы и принимать целенаправленные действия для их реализации, например, бороться за установление своих привилегий, создавать сословные суды и др.

Именно из этих сословных подсистем позднее будет образовано право общегосударственное. Но это произойдет позже, по крайней мере, не ранее того, когда достаточно разовьются экономические связи между людьми, а также странами и натуральное хозяйство уступит место экономической системе, основанной на специализации труда, осуществляемой в масштабах всего государства.

В традиционном обществе сословное право несло на себе значительную часть нагрузки по регулированию разнообразных общественных отношений. Однако и тогда оно пока не являлось основным средством социального регулирования. Религиозные нормы несли на себе основную тяжесть по упорядочению жизни людей. Церковь во всех традиционных обществах занимает важное место. Более того, во многих государствах она «подминает» светскую власть и ставит государственный аппарат себе на службу. Так было в средневековой Западной Европе, так сейчас обстоят дела в некоторых мусульманских странах. В России церковь всегда знала свое место по той причине, что Российское государство «собиралось» в основном в результате военных походов, возглавить и осуществить которые могла только княжеская, а затем царская власть. Хотя надо сказать, что и в истории России бывали периоды противоборства духовной и светской власти и попытки церкви установить свое господство и над властью светской.

Особенности сословного права таковы.

А. Предмет сословного права

1. Сословное право не охватывало всех сторон жизни общества.

Оно осуществлялось фрагментарно (приобретение права собственности на землю, установление повинностей крестьян, проведение ярмарок и т. д.). Та или иная сторона социальной жизни попадала в сферу правового регулирования по мере возникновения потребностей, определяемых самими членами того или иного сословия. Потребности же зависели от степени взаимодействия людей: чем оно было теснее, тем больший круг вопросов необходимо было упорядочивать с помощью правовых норм.

2. Сословное правовое регулирование не было универсальным, т. е. пригодным для урегулирования многих ситуаций и достижения социальных целей. В основном оно использовалось для упорядочения отношений внутри сословия. Отношения же между сословиями подвергались урегулированию лишь в самой минимальной степени. Когда возникало напряжение и появлялись противоречия между сословиями, то корпоративное право здесь, как правило, было бессильным. Вот почему социальные катаклизмы не оставляли средневековое общество и принимали весьма резкие и грубые формы, например крестьянские восстания. Но даже регулируя внутрикорпоративные отношения, корпоративное право не всегда позволяло достичь нужного эффекта. Вспомним, какие «разборки» учиняли между собой феодалы. Один из таких конфликтов был описан А. С. Пушкиным в повести «Дубровский».

3. Отдельные подсистемы сословного права были между собой совершенно не связаны, и более того, иногда отдельные сословные нормы права противоречили друг другу. Весьма ярко в тот период обозначился конфликт между каноническим правом и правом торговым: церковь осуждала «презренный металл», т. е. получение прибыли, хотя торговля и, соответственно, нормы торгового права отчетливо выступали двигателем общественного прогресса.

Б. Содержание сословного права

1. Нормы сословного права страдали неконкретностью, даже некоторой расплывчатостью содержания. Отчасти это можно понять: средневековое общество – это отнюдь не высокоразвитое общество. Возможности людей, связанные с формой выражения мыслей, были пока ограничены. Тогда люди слабо ощущали понятие времени. Вспомним, что часы были изобретены лишь на позднем этапе Средневековья. Вот почему могла появиться такая неконкретная сословная правовая норма: морские суды могут рассматривать споры лишь в промежутки от отлива до прилива.

2. Многие сословные нормы походили на декларации. В них провозглашались намерения отдельных сословий, порой неотчетливые желания их представителей. Например, в хартиях городов отмечалось, что горожане освобождаются от несения феодальных повинностей. Однако это вовсе не означало, что горожане во всех отношениях теперь являются свободными. Освобождение от феодальных повинностей, конечно же, тут же влекло наложение на них финансовых и других обязанностей.

3. Вместе с тем многие нормы сословного права отличались казуальностью. Конечно, степень ее стала намного меньше, нежели казуальность норм архаичного права. Да и общее их количество значительно сократилось. Это вполне понятно. Однако развитие правовых норм – процесс не одномоментный. Старое качество в каких-то моментах, как правило, еще долго присутствует в явлении, приобретшем новое качество.

4. Многие нормы права были смешаны с нормами неюридического характера. Иногда было трудно провести между ними четкую грань.

Особенно это касается сугубо церковных норм и норм канонического права. Этим же «грешили» и нормы светских подсистем корпоративного права. Порой юридические нормы вплетались в судебные решения, в основном посвященные разрешению отдельных споров и содержащие конкретные предписания. Неудивительно, что пользоваться такими правовыми нормами было крайне неудобно. Естественно, в результате этого эффективность многих корпоративных правовых норм была крайне низкой.

5. Нормы сословного права носили несистемный характер, т. е. какого-либо «общего знаменателя» у них не было. Их единообразие появляется позднее в виде формулирования принципа справедливости и других принципов, которым должны были отвечать все нормы права. Сформулированы же эти принципы права были первыми представителями юридической науки, зародившейся в недрах европейских университетов. Этому также не стоит удивляться: способности к абстрактному мышлению у человечества развивались постепенно. На этом этапе исторического развития они были пока не на высоте, а соответственно произвести хоть какую-либо систематизацию всего правового массива либо отдельных его подсистем было крайне затруднительно. Да и не было для этого такого координирующего центра, который бы взял на себя обязанность систематизировать все подсистемы сословного права. Счастливое исключение составляет церковь, которая все же осуществила определенную систематизацию норм канонического права.

6. Особенностью норм сословного права было и то, что они имели порой существенные местные отличия. Хотя социальная жизнь везде развивается по одним законам, вариантность никогда исключать нельзя. И она, конечно же, была. Так, в Западной Европе городское право выражало свободу горожан, в России – свободу государственной власти, определявшей и навязывающей населению свое решение городских вопросов.

В. Форма сословного права

1. Сословное право облекается как в устную, так и в письменную форму. Если для архаичного права письменная форма была в какой-то мере формой редкой, исключительной и даже экзотичной, то для сословного права письменная форма становится уже вполне обычной, по крайней мере, не вызывающей удивления и слепого поклонения. Разумеется,

используются при этом в той мере, в какой это было необходимо, и неписанные источники права (обычаи, деловые обыкновения).

2. Среди письменных источников права нормативные акты отнюдь не доминируют. Пожалуй, договоры, регулирующие гражданский оборот, все более и более набиравший силу, да судебные решения, содержавшие прецедентные нормы, следует выделить в качестве источников права, получивших наибольшее распространение.

3. Содержание письменных форм сословного права не отличалось сложностью. Они были просты, доступны для понимания. Можно даже констатировать, правда, с позиций сегодняшнего дня, что содержание письменных источников сословного права было даже бедно. Пожалуй, форма, в которую были облечены нормы сословного права, доминировала над их содержанием. Можно себе представить, как люди слушали решение суда (церковного, торгового или сеньориального), затаив дыхание. И спросив, в чем суть решения, ответ всегда можно было получить, поскольку главную мысль его схватывали все.

4. Договоры, прецеденты, доминировавшие среди письменных источников права, были посвящены урегулированию правоотношений между конкретными (частными) субъектами права. Однако, если они носили типичный характер, т. е. подходили для урегулирования возникших сходных ситуаций, то круг лиц, на который договоры или прецеденты распространялись, расширялся, и правила поведения могли приобретать уже не частный, а некоторый публичный характер. Во всяком случае, учитывая это, можно сделать вывод о том, что основной массив сословного права носил частно-публичный характер.

5. Письменные источники сословного права не были систематизированы. Применительно к договорам и прецедентам этот вывод абсолютен, применительно же к нормативным актам – относителен: в истории развития права периода Средневековья мы можем увидеть опять-таки счастливые исключения, например собрание норм магдебургского права.

6. Существовала большая проблема с доведением источников сословного права до всех заинтересованных лиц. В то время не было средств массовой информации. Мы же знаем, что опубликование является одной из важных характеристик права. Само по себе знание норм права способно обеспечить их мощный превентивный эффект. Возможно, именно по этой причине эффективность сословного права не может идти ни в какое сравнение с эффективностью современного права.

Г. Правосудие

1. Правосудие как вид социальной деятельности еще далеко не полностью отделилось от управленческой деятельности. Часто бывало так, что эти виды деятельности сливались воедино. Так, сеньориальный суд, рассматривая какое-либо спорное дело и попутно выясняя причину спора, приходил к выводу, что спор бы не возник, если бы стороны поступали так-то и так-то. Тут же он для исполнения всеми феодалами давал конкретное указание или формулировал соответствующее правило поведения на будущее.

2. Отчетливо бросается в глаза отсутствие профессиональных судей, вершивших правосудие. Судебные функции выполняли люди, выделявшиеся по своим личностным качествам, главное из которых – врожденное чувство справедливости или, по крайней мере, их способность учитывать многие параметры спорной ситуации и, «вознесясь над схваткой», не бояться принимать решение, которое, возможно, устроит не каждую из сторон спора.

3. В сословном обществе также не было и системы судов. Суды торговые, гильдейские, церковные, помещичьи, городские между собой не были взаимосвязаны и действовали самостоятельно. Внутри одной корпорации какой-либо судебной системы также не наблюдалось. Непременным присущим развитому обществу порядок обжалования вынесенных судебных решений во многом был еще не знаком. Однако в некоторых корпорациях начинает зарождаться иерархия судебных органов. Например, решения феодального суда можно было обжаловать в суд сеньориальный. Хотя мы знаем, что там все зависело от самого сеньора. Склады-

влась и относительно стройная система церковных судов. Однако это на общем фоне не было пока правилом.

4. Правосудие было гарантировано далеко не всем. Порой требовалось так много усилий, чтобы дело было принято к рассмотрению, что их удавалось предпринять только самым настойчивым и удачливым людям. Справедливое же правосудие было гарантировано еще меньшему числу лиц. Дело в том, что общество еще не овладело всем арсеналом орудий справедливого правосудия. Понятие вины только-только начинало вводиться, но до торжества его на практике еще было далеко. Принцип соразмерности санкции совершенному деянию еще также не полностью овладел умами людей, вершивших правосудие. Да это и понятно, ведь они не были профессионалами. Юридические же понятия довольно трудны для усвоения, и овладеть ими походя мало кому удавалось.

5. Судебные заседания отличались неформальным характером и больше походили на заседания собраний. Каких-либо специальных процедур проведения судебных разбирательств не было. Это вполне укладывается в следующую правовую закономерность: сначала развитие получает материальное право, а затем право процессуальное. Вообще же процессуальное право и уровень его развития являются отражением степени цивилизованности общества.

6. Система доказательств, используемая в правосудии, приобретала рациональный характер. И все же недостаток рациональных доказательств часто заменялся доказательствами эмоционального свойства, такими, как испытание, клятва, присяга и др.

Таким образом, система сословного права, несмотря на то что она обогатилась новыми по сравнению с архаичным правом свойствами, отличающими его явно в выгодную сторону, все же должного развития не достигла. Она имела слишком много недостатков по сравнению с правом более поздних периодов: периода нового и новейшего времени. Вот почему его можно назвать всего лишь **протоправом**, т. е. предшественником развитого права. Однако сразу надо отметить, что сословное право – достойный предшественник права общегосударственного.

Характеристика права Нового времени

В процессе развития общество постепенно переходит к пониманию того, что сохранение мира и безопасности людей дает выгоды всем, проживающим на той или иной территории. Изменяется представление и о королевской (великокняжеской, царской, имперской) власти: король (великий князь, император и т. п.) – это теперь не главный воин, покоритель новых территорий, а управитель территории, главный господин территориальной и социальной иерархии. Его задачей является предотвращение насилия, сохранение мира в пределах территории, управление в политической и экономической сферах, а также осуществление правосудия как одного из главных методов разрешения споров между людьми.

В силу этого постепенно происходит сужение церковной власти и наблюдается рост власти королевской по отношению ко всем светским образованиям (племенным, местным, феодальным, городским, гильдейским и др.). Идет интенсивный рост профессионального бюрократического аппарата. Появляются такие его структурные части, как казначейство, канцелярия, управители отдельных частей территории (наместники, губернаторы и т. п.) и другие правительственные органы.

Соответственно, меняется и право. В правовой жизни людей появляются весьма многочисленные нормы, причем такие, которые влекут качественное ее изменение.

А. Изменения в материальном праве

Материальное право – основа правовой материи. Именно с него везде начинается правовое развитие. Королевское (общее, имперское) материальное право приобрело следующие новые черты.

1. Появляется новый субъект правотворчества – король (царь, император). Если ранее нормы права создавались представителями сословий, собиравшимися для выясне-

ния интересующих их вопросов, то теперь законодательную функцию начинают выполнять и короли. Сначала они это делают эпизодически, как бы откликаясь на злобу дня. Потом они регулярно издают законы и обосновывают свои законоустановления не просто как фиксацию древних обычаев или как крайние меры в чрезвычайных ситуациях, а как нормальное осуществление королевских функций, направленных на сохранение мира. Королевское законодательство стало четко выделяться из королевского управления, финансовой и военной деятельности.

2. Законодательный материал излагается концентрированно, но это происходит не только за счет уменьшения числа казуистических норм, но в основном за счет классификации нормативного материала. Так, в частности, проводится четкое различие между гражданско-правовыми и уголовно-правовыми нормами, расположение которых производится не попеременно, а в разных частях нормативного акта. За счет этого уменьшается объем нормативных актов. Они становятся компактными, более удобными и доступными для пользования. Например, Законы Августа, изданные в 1231 г., содержали 253 статьи, а кодекс «Ассизы Ариано», написанный несколько ранее королем Италии Рожером II, – 44 статьи.

3. Используются новые средства законодательной техники: преамбулы, общие положения, принципы, которые являются своего рода «единым знаменателем» всего нормативного материала. Не в малой степени и за счет этого удается концентрированно излагать нормативный материал. Принципы права – особо важные нормативные положения – составляют единую суть всего права. Например, преамбула кодекса «Ассизы Ариано» провозглашает, что «поскольку Бог своей милости... восстановил мир и укрепил целостность королевства... мы, король, считаем себя обязанными укреплять пути справедливости и благочестия там, где мы их видим нарушенными».

4. В своих нормативных актах королевская власть не пытается урегулировать буквально все ситуации, а допускает устранение пробелов в законодательстве путем «истолкования» норм права на основе принципов права. Именно поэтому все положения королевского законодательства оказываются полными. Изложение нормативного материала через призму правовых принципов позволило не допускать в законодательстве видимых противоречий. Более того, отдельные положения законодательства в силу подчинения их определенным принципам оказываются связанными между собой.

5. Нормативные акты королей приобретают определенную структурированность. По крайней мере, нормативный материал в них располагается уже не по принципу «все обо всем». Так, Законы Августа подразделены на преамбулу и три книги. Первая посвящена вопросам публичного порядка (уголовное право, отправление правосудия), вторая – процедурным вопросам, третья – гражданско-правовым. Образцом системности на тот период можно назвать и «Саксонское зеркало». Можно даже эти нормативные акты назвать первыми формами кодификации права.

Б. Изменения в процессуальном праве

Если сословное право еще практически не знало процессуальных норм и сословное правосудие носило неформальный характер, то на этапе зарождения и развития королевского права отчетливо начинают просматриваться в общем массиве правовых норм нормы процессуальные. Это выражалось в следующем.

1. Разработаны формы исков для определения правонарушений (впервые это было сделано в Англии).

2. Устанавливается определенное процедурное единство. Так, в частности, дело начинается с вызова ответчика повесткой, в которой указывается суть дела. Одним словом, происходит рост определенности в судебном деле: аналогичные дела рассматривают аналогично.

3. Вводится следственная процедура. Ее осуществлял судья. Одной из весьма любопытных ее форм был опрос соседей под присягой по спорному случаю.

4. Вводится фигура обвинителя по уголовным делам, в качестве которого выступает от имени короны юстициарий – должностное лицо королевского двора, руководящее системой правосудия.

5. Дается перечень доказательств, которые принимаются во внимание по делу. К ним относились присяги, письменные доказательства, свидетельские показания, протоколы суда и др. Среди них наиболее важными были показания свидетелей. В целом же система доказательств носит рациональный характер.

6. Изменяется и процессуальное положение судей: они должны занимать «серединную сторону», т. е. быть объективными и не принимать заранее позицию ни одной из противоборствующих в деле сторон.

7. Вводится понятие «уважительные причины» для неявки в суд.

8. Устанавливаются сроки давности для привлечения к ответственности по суду.

9. Другие.

Как видим, наработки по процедурным вопросам были сделаны довольно значительные. Все это дает основание говорить о том, что в праве возникла новая структура – процессуальное право.

В. Изменения в состоянии правосудия

Эти весьма существенные изменения были вызваны пониманием того, что власть над территорией проявляется прежде всего в возможности осуществлять правосудие. Да и само правосудие – это эффективное средство установления мира и стабильности. Именно эта цель начинает ставиться во главу угла в противовес прежней – завоевание как можно большего числа территорий.

Общая закономерность, на которую следует указать в связи с характеристикой правосудия периода Средневековья, следующая: судебная власть церкви неуклонно сужается, королевская судебная власть все более расширяется. Причем королевская власть усиливается применительно ко всем без исключения светским образованиям (феодалным, городским, гильдейским и др.).

1. Первое, что бросается в глаза, это появление профессиональных судей. Королевские суды стали наполняться людьми, специально подготовленными для осуществления правосудия. Конечно, европейские университеты работали пока не на полную мощность. Созданные школы права (в г. Болонье и др.) готовили считанное количество юристов. Но специальные знания могли передаваться и в практической судебной деятельности. Общепринятым стало правило, согласно которому лицо, занимающееся судейской деятельностью, посвящает себя только ей и не занимается выполнением никакой другой.

Поскольку профессиональных судей мало, судейская коллегия дополняется судьями непрофессиональными. Возникают суды присяжных. Суды присяжных возникли из традиции собирать соседей для опроса по спорным вопросам при разрешении дел королевскими судами. Английский король Генрих догадался соединить расследование обстоятельств дела с помощью соседей с юридическим предписанием, т. е. сигналом начать рассмотрение дела. Суды присяжных имеют много плюсов, но они несвободны также от минусов. В целом же они сыграли в истории правового развития весьма положительную роль, да надо сказать, что и сегодня, когда недостатка в профессиональных юристах в развитых странах уже нет, суды присяжных по-прежнему выполняют определенную роль.

2. Судейская деятельность стала отграничиваться от деятельности административной. В разных странах этот процесс шел с разной скоростью. Так, в России это произошло очень поздно, да и отделившись, судебная система еще долгое время испытывала на

себе сильный гнет власти административной. Однако разграничение указанных видов деятельности – процесс всеобщий.

3. Несколько позднее судебные заседания стали вестись специализированно: четко выделялись уголовный и гражданский процессы, проводимые с использованием своих специфических процедур.

4. Королевские суды стали объединяться в некую систему с центром во главе. На первом этапе таким центральным судебным органом стало должностное лицо королевского двора (юстициарий), которому поручалось осуществлять руководство судами, а также рассматривать жалобы на решения королевских судов. В дальнейшем появляются высшие судебные инстанции, такие, например, как Суд королевской скамьи в Англии или Парижская ассамблея, рассматривающая апелляции на решения судов, и др.

5. Появляется институт обжалований. Вначале подача жалобы на судебное решение была явлением экзотическим и имела место лишь в некоторых корпоративных правовых системах, например в феодальном праве. Затем случаи обжалования расширяются, и оно становится не таким уж редким явлением. Немногочисленные жалобы рассматривает король. Когда же жалобы становятся явлением типичным, то для их рассмотрения выделяются специальные должностные лица и, наконец, создаются вышестоящие суды. В Англии типичные жалобы, в ответ на которые от имени короны шерифу направлялись типичные предписания устранить нарушение (юдициальные предписания), породили формы исков.

6. Правосудие приобретает универсальный характер. Во-первых, это означает, что королевские суды действуют по всей стране, даже несмотря на то, что они, будучи ранее разъездными (в Западной Европе), обретают постоянное место. Дело в том, что любой мог обратиться в королевский суд за защитой, даже если суд и не находился в месте его проживания. Во-вторых, универсальность королевских судов проявляется и в том, что, постепенно расширяя свою компетенцию и тесня церковные суды, они рассматривают дела (торговые, феодальные и др.) в отношении различных сословий, тем самым поглощая корпоративные суды. В-третьих, в компетенцию королевских судов входило рассмотрение различных категорий дел: дела о недвижимости, о договорах, о дарениях, об опеке несовершеннолетних, о нарушениях владения землей, некоторые семейные дела, наследственные дела, уголовные дела и др.

Итак, королевское (общее, имперское) право – это показатель того, что общество, ранее состоявшее из отдельных частей (сословий), становится единым. Центр его – королевская (имперская) власть. Право, правосудие являются основой всего общества.

Характеристика развитого права

Прошло несколько столетий, прежде чем королевское (имперское) право превратилось в право развитое и обрело свою зрелость. Этому способствовали изменения, произошедшие в реальной жизни.

В экономической сфере общество стало переходить к развитым товарно-денежным, или рыночным отношениям. Но эти отношения предполагают наличие таких субъектов, которым присуща определенная самостоятельность, автономность, выражающаяся прежде всего в обладании ими какой-либо собственностью. Рыночные отношения – это прежде всего обменные отношения, и они возможны только на началах свободы и равенства между субъектами.

Субъекты, обладающие собственностью и чувствующие себя в связи с этим достойно, начинают высказывать свое желание не оставаться в стороне от решения вопросов, связанных с управлением делами общества, и более того, затем начинают требовать, чтобы принципиальные вопросы жизни страны решались только с их участием. Происходят изменения в политической сфере, государственная власть, ранее объединенная и находившаяся в руках единоличного правителя (короля, царя, императора и т. п.), начинает рассредоточиваться между различными государственными органами. Одним словом, принцип разделения властей начинает претворяться в жизнь.

Все это не могло не сказаться и на характере права. Развитое общество стало нуждаться в развитом праве.

Признаки развитого (зрелого) права рассмотрим дифференцированно: применительно к материальному праву, процессуальному праву, а также к организации правосудия.

А. Материальное право

1. Право состоит из норм, т. е. правил поведения, которые теперь уже являются обязательными для тех людей, которым они адресованы, тогда как ранее субъекты сами решали, выносить ли свои обиды на разрешение суда. Иные социальные нормы отнюдь не обязательны для всех. Так, религиозные представления, обряды, ритуалы разнятся для лиц, исповедующих разные религии. Эстетические нормы приемлют лишь люди, чьим вкусам они созвучны. Политические нормы применимы лишь для членов той или иной партии и людей, разделяющих ее политические установки, и т. п.

Однако степень обязательности правовых норм также может быть различной, и она зависит от того, насколько широк круг лиц, на которых распространяется та или иная норма. Например, норма, устанавливающая налог юридических лиц на получаемую ими прибыль, общеобязательна, а положение, касающееся местных налогов, имеет силу только в отношении тех юридических лиц, которые осуществляют свою деятельность на территории какого-либо муниципального образования (города, района, поселка).

Таким образом, право приобрело универсальный характер и стало применяться независимо от желания субъектов.

2. Исполнение норм права обеспечивается и охраняется государством. Большинство правовых норм исполняется и соблюдается добровольно. Но за каждой нормой права потенциально стоит возможность государственного принуждения к исполнению, а также наложения юридической ответственности за нарушение. Далеко не все нормы права соблюдаются в силу внутреннего убеждения. Иной раз правовые нормы реализуются только потому, что за ними стоит государство, которое может в любой момент применить санкции за их нарушение. Таким образом, государство в прямом смысле охраняет правовые нормы.

Эта охрана может выражаться не только в применении мер юридической ответственности, но и в осуществлении иных различных мер со стороны государственных органов (организационно-технических – например, ограничение дорожного движения; превентивных – например, постановка на учет в милиции несовершеннолетнего, нарушающего нормы права; восстановительных – например, взыскание долга через суд и др.). Все они позволяют стабилизировать порядок в обществе, не приводя в действие дорогостоящий государственный репрессивный аппарат.

3. Нормы права закрепляются в официальных документах, в нормативных актах либо в других юридических документах (судебных решениях, договорах и др.). Значительная их часть облекается в законодательную форму, еще большая по объему существует в иных формах. Таким образом, право шире законодательства и соотносится с ним как целое с частью. Все другие социальные нормы (обычаи, традиции, нормы морали и др.) возникают и существуют чаще всего в форме стабильных убеждений людей или в форме общественного мнения.

4. Среди официальных документов, в которых закрепляются нормы права, главное место занимают законы. Они разрабатываются и принимаются государственными органами, специально созданными для этой цели, – законодательными органами. Отсюда возникает иллюзия, что государство творит право. Конечно, это не так. Процесс правообразования – это процесс, носящий сложный и сугубо объективный характер, и его нельзя путать с процессом правотворчества, который является конечной стадией процесса правообразования. В силу того, что правотворчество осуществляется людьми (депутатами) с разными интересами и пристрастиями, правотворчество может носить и субъективный характер.

5. Юридические нормы отличаются формальной определенностью. Она проявляется не только в том, что правовые предписания в основном воплощаются в различных письменных документах, но и в том, что они по своему содержанию отличаются четкостью и даже лапидарностью, будучи выражены предельно сжатым, кратким и рельефным слогом. Благодаря такой определенности субъекты права четко знают границы правомерного и неправомерного, свои права, свободы и обязанности, вид и размер ответственности за совершенные правонарушения. Формальная определенность, важнейшее свойство права, позволяет внести строгость и четкость в общественный порядок, избежать произвольного толкования и применения правовых норм. Уместно заметить в этой связи, что термин «закон» образован от сочетания слова «кон» (граница) и частицы «за», обозначающей предел движения, совершения поступков. Таким образом, слово «закон» даже этимологически означает строгие границы поведения субъектов права.

6. Развитое право полностью освобождается от казуальных норм и переходит к использованию норм общего характера. Причем с развитием общества абстрактность норм права все более и более повышается. Причины этого состоят в следующем.

Во-первых, все более и более увеличивается объем социального регулирования. Кроме того, социальная действительность усложняется. Нормами же права, коль скоро они стали иметь универсальный характер, необходимо охватить все эти разнообразные ситуации. Расширение нормативного массива привело бы к снижению эффективности его использования. Остается один выход – повышать степень абстрактности правовых норм.

Во-вторых, это стало возможным в результате развития человеческого разума и повышения его способностей к абстрактному мышлению. Это, пусть и не в равной мере, касается как законодателей, так и лиц, применяющих нормы права. Лица, которым адресуются нормы права, также должны быть готовы к восприятию абстрактно сформулированных нормативных предписаний.

7. На стадии зрелого права используются очень сложные приемы законодательной техники, например, «расщепление» правовых норм на части (предписания, посвященные субъектам, объектам правоотношений, правам и обязанностям субъектов правоотношения, определению мер юридической ответственности, формулированию особых условий применения нормы права, а также льгот, предоставляемых тем или иным субъектам права, и др.

Эти приемы законодательной техники позволяют излагать нормы права сгруппированно и тем самым повышают степень экономичности права.

8. В силу этого повышается степень систематизированности норм права, которая вызвана усиливающимся процессом специализации правовых норм. Внутри нормативных актов для расположения и взаимоувязки специализированных норм применяются очень сложные схемы. Так, в частности, одной из самых распространенных среди них является как бы вынесение за скобки общих положений и сосредоточение их в отдельном разделе (части). Наряду со специализацией норм права наблюдается также специализация нормативных актов. Становится правилом регулированию каждой области, виду общественных отношений посвящать отдельные нормативные акты, например, закон о ветеранах, закон об акционерном обществе, закон о занятости населения и др.

9. Как результат обстоятельств, отмеченных выше, нормативные акты приобретают сложную структурированность. Помещаемый в них нормативный материал делится на главы, разделы, параграфы и т. д. В крупных нормативных актах, таких как, например, кодексы, выделяются части (общая и особенная). Часто в начале нормативных актов даются преамбулы, общие положения, в конце же следуют заключительные положения.

10. Как бы в ответ на усиливающийся процесс повышения специализации правовых норм параллельно идет процесс их интеграции, который также возрастает. Интеграционную функцию в развитом праве выполняют принципы права. Их роль и значе-

ние возрастают затем, чтобы снизить и нейтрализовать издержки правовой специализации. Они являются своего рода общим знаменателем специализированных норм права, между которыми нередко противоречия. Кроме того, принципы права имеют и самостоятельное регулирующее значение, потому что: во-первых, выступают своего рода лакмусовой бумагой для предотвращения злоупотреблений в процессе правоприменения и, во-вторых, применяются прямо и непосредственно, когда ситуация не урегулирована законом.

11. Развитое право характеризуется тем, что регулятивные нормы имеют больший удельный вес в сравнении с нормами охранительными. Это результат усложнения социальной действительности. Но не только. Причину этого следует усматривать и в том, что «звериные черты» человека постепенно уступают место его цивилизованным качествам. Приходит понимание того, что, поступая плохо, можно вызвать соответствующий ответ по отношению к себе (при условии качественной работы правоохранительных органов). Позднее, когда приходит более глубокое осознание социальной действительности, людьми овладевает мысль о том, что стабильность и порядок в обществе выгодны всем и каждому в отдельности. Усиление регулятивной функции права – это и свидетельство повышения интеллекта человечества в целом, способности его заглядывать в будущее и заранее предлагать оптимальные варианты поведения, фиксируя их с помощью норм права.

Б. Процессуальное право

1. С помощью норм процессуального права осуществляется обеспечение интересов управомоченной стороны, что необходимым образом связано с наложением санкций на сторону, нарушившую эти интересы. Для выполнения столь специфической деятельности, которая осуществляется от имени общества, создается целая сеть специальных государственных органов: суды, полиция, прокуратура и др. Поскольку задача у этих органов одна – защита прав и свобод, то их называют органами правоохранительными. Целью процессуального права в большей мере и является упорядочение деятельности правоохранительных органов по применению санкций.

2. Если ранее процессуальные нормы лишь вкрапливались в нормативные акты, в которых в основном содержались материально-правовые предписания, то на стадии развитого права количество процессуальных норм значительно увеличивается. Они становятся полноправными видами правовых норм, а не подсобными, имеющими вторичный по отношению к материально-правовым нормам характер. Справедливо утверждение, что объем и значимость процессуального права являются показателями развитости, цивилизованности общества в целом. Дело в том, что какими бы гуманными и справедливыми ни были нормы материального права, их эффективность может быть сведена к нулю, если они будут применяться неправильно. Процессуальное же право как раз и призвано не допустить этого.

3. Формулированию процессуально-правовых норм теперь уже посвящаются целые нормативные акты, например российские Закон об оперативно-розыскной деятельности, Закон об исполнительном производстве. В сфере процессуального права встречаются и такие массивные нормативные акты, которые относятся к разряду кодексов.

4. Идет специализация самих процессуальных нормативных актов. Так, в частности, выделяются российские Уголовно-процессуальный, Гражданско-процессуальный, Арбитражно-процессуальный кодексы. В Кодексе РФ об административных правонарушениях почти половина его объема отводится процессуальным нормам.

5. Процессуальные акты имеют сложную структуру. Так, многие из них содержат раздел, который выполняет роль общей части и называется «Общие положения». Другие разделы в основном привязываются к стадиям процесса (возбуждение дела, производство в суде первой инстанции, производство в кассационной инстанции, исполнение судебных решений, их пересмотр в порядке надзора).

6. В законодательстве детальнейшим образом регулируется каждое действие участников процесса применения санкций. Столь пристальное внимание законодателя к каждому процессуальному действию участников процесса вызвано тем, что целью и назначением норм процессуального права является упорядочение защиты прав и свобод субъектов права, которое всегда связано с наложением каких-либо неблагоприятных последствий на обязанную сторону в правоотношении. Таким образом, в обществе укореняется мнение, что применение репрессивных мер, если это вдруг окажется необходимым, должно осуществляться в определенных рамках. Задача процессуальных законов одна – поставить под контроль каждый шаг правоохранительных органов, связанный с применением репрессии.

7. Развитое право основано на принципе индивидуализации ответственности. Принцип объективного вменения ушел в прошлое. Но для того чтобы индивидуализировать санкцию, нужны очень надежные способы доказывания. В процессуальных нормах развитого права дается не просто перечень возможных для использования видов доказательств, но и формулируются правила оценки доказательств, такие как относимость и допустимость доказательств. Кроме того, дополняется новыми видами и сам перечень используемых доказательств. В частности, доказательством признается и заключение эксперта.

В. Правосудие

1. Судебная власть становится особой и самостоятельной ветвью государственной власти. В законодательстве устанавливаются принципы осуществления судебной власти, претворение которых в жизнь как раз и позволяет обеспечить определенную автономность судебной власти. К ним относятся:

- независимость судей и подчинение их только закону;
- несменяемость судей;
- неприкосновенность судей.

2. Все судебные органы составляют особую судебную систему. В некоторых странах она по своей структуре представляет как бы единую пирамиду. Так, в США судебную систему возглавляет Верховный суд. В других же странах судебная система делится на части. Так, в России судебная власть состоит из трех ветвей:

- конституционные суды;
- суды общей юрисдикции (общие суды);
- арбитражные суды.

Прямой подчиненности между судами всех ветвей судебной власти нет. Подчиненность судов осуществляется через закон: вышестоящий суд, рассматривая жалобу на решение нижестоящего суда, может отменить его, только если решение противоречит закону.

3. В обществе, где действует развитое право, правосудие осуществляют профессиональные судьи. Для осуществления судебской деятельности предъявляются очень серьезные требования: наличие высшего юридического образования, соответствующего возраста (как правило, не менее 25 лет), для того чтобы судья успел приобрести необходимые специальные знания и опыт, а также определенного стажа по юридической профессии (как правило, не менее 5 лет).

4. Наблюдается и процесс специализации судей. Выделяются судьи по уголовным делам, по трудовым делам, по семейным делам, по имущественным спорам, судьи по жалобам на действия административных органов, в том числе и на действия налоговых органов (судьи по административным делам), судьи по авторским спорам, по наследственным делам и т. д. Судьи могут специализироваться и по делам несовершеннолетних. Специализация судей вполне оправдана: развитое право не только большое по объему, но и отличается особой сложностью. Здесь необходимы знания очень глубокие как в области законодательства, так и в области его применения. Знать юридическую практику также крайне необходимо. Но нельзя объ-

ять необъятное. Лучше быть хорошим судьей по одной категории дел, чем часто ошибаться, будучи универсальным судьей.

5. Правосудие осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон. Оно может быть начато только при наличии заявления истца, обвинительного акта прокурора или жалобы потерпевшего, настаивающего перед судом на удовлетворении своих требований. Но другая сторона (ответчик, подсудимый) вправе приводить аргументы в свою защиту либо самостоятельно, либо используя специалистов в области права (адвокатов). Обе стороны равноправны. Решение по разбираемому делу выносит суд, который не связан доводами сторон и свободен в оценке представленных ими доказательств, а также не зависим от любых посторонних влияний.

6. Судебная деятельность – очень сложная деятельность, и в ходе ее могут быть допущены ошибки. Гарантией от ошибок является установление в развитом праве порядка обжалования судебных решений. Причем **закрепляется не один, а несколько способов обжалования: апелляционный, кассационный и надзорный порядок.**

7. В развитом праве закрепляется также и механизм обеспечения и исполнения судебных решений. Исполнение судебных решений возлагается на государство. Для этой цели создаются специальные государственные учреждения, ведающие исполнением наказаний (колонии, тюрьмы и др.), а также обеспечением судебных решений (судебные приставы).

Анализ особенностей развитого права дает основание сделать следующий вывод.

Развитое право – это крупное достижение человечества.

3. Основные концепции понимания права

Право существует не одно столетие. Все это время оно было предметом пристального внимания ученых. Однако и сегодня нет единого понимания того, что есть право. Высказано по этому вопросу множество точек зрения (более ста). Поскольку нет возможности в данной работе обозреть все богатство мыслей по данному вопросу, то рассмотрим основные¹.

Психологическая (нравственная) теория

Ее автором является дореволюционный российский ученый *Леон Петражицкий*. Он создал свою теорию в начале XX в., воодушевленный открытиями и успехами появившейся в конце XIX в., психологической науки.

Схематично право, согласно этой концепции, можно изобразить в виде большого круга, внутри которого находится круг поменьше, символизирующий законодательство. Все, что не относится к законодательству, есть правосознание, т. е. система взглядов о справедливом и несправедливом.

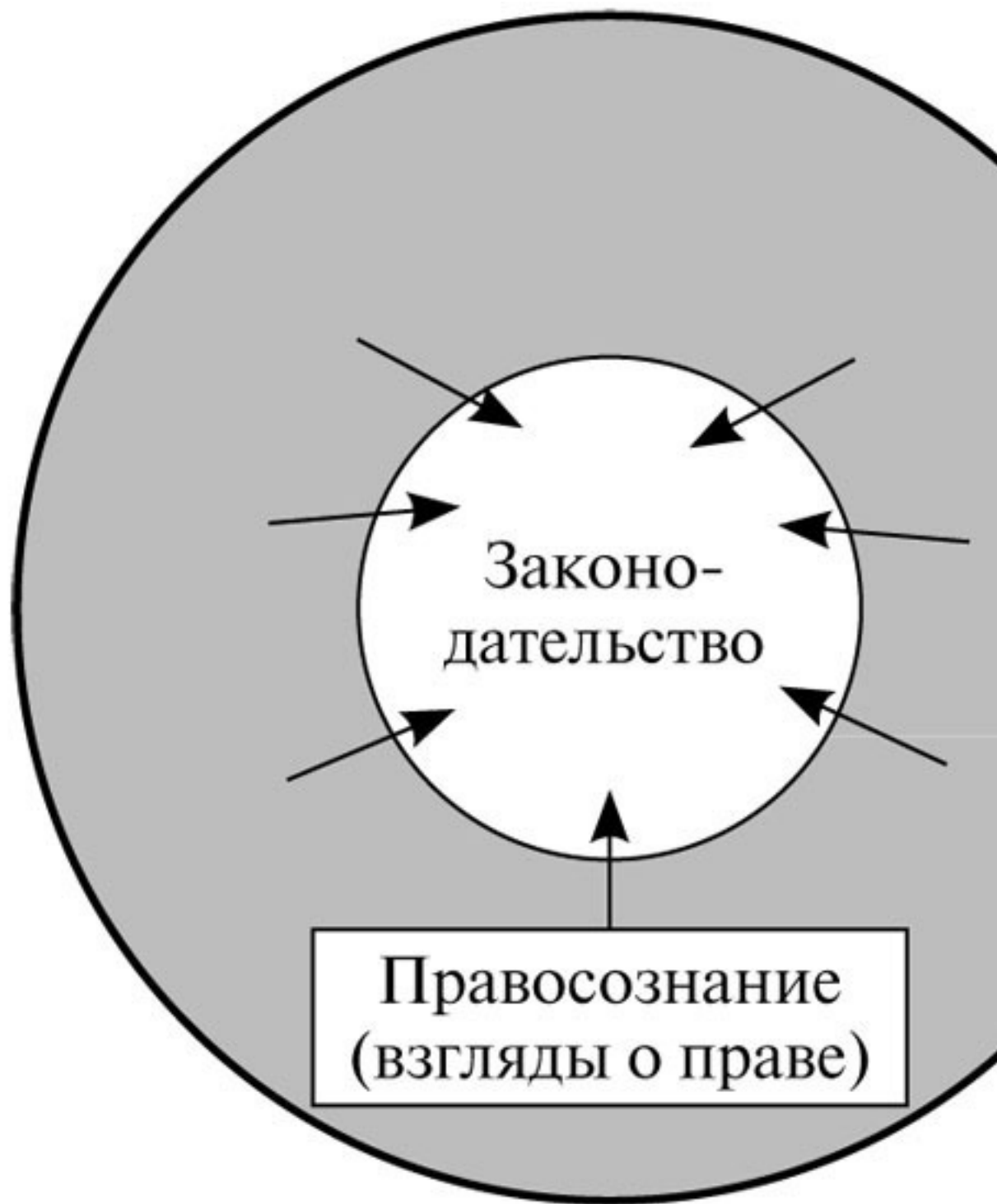


Рис. 1.1. Право согласно психологической теории

Основные положения этой концепции сводятся к следующему.

1. Право – это не только и не столько тексты законов. Право – это в основном содержащаяся в общественном сознании **система понятий об общеобязательных нормах**, правах, запретах, обязанностях людей.

2. История знает страны и целые эпохи, когда люди обходились без законов. Так, в Древнем мире действовало обычное право, в революционные переломные моменты прежние

законы, как правило, отбрасываются. И тогда **правосознание является источником** разрешения юридических дел.

3. При прецедентной системе права правосознание также играет решающую роль – судья, выносящий **прецедентное решение, опирается на свое профессиональное правосознание.**

4. Более того, в современном мире **встречаются «бумажные законы»**, и мы порой наблюдаем, как принятые нормативные акты не воспринимаются людьми. Вспомним, что в прежнем УК РФ был состав преступления об ответственности за критику, который практически не применялся.

5. Сторонники этой теории не отрицают того, что устоявшиеся в общественном сознании **представления о справедливом могут стать нормами законодательства.** Но если в сознании людей эти правила прочно не фиксируются, то и законодательное их закрепление не способно решить проблему.

6. Кроме того, в законодательстве довольно часто встречаются **неопределенные термины, которые можно расшифровать только с помощью правосознания** (исключительный цинизм, особая жестокость и др.).

Достоинства психологической теории несомненны. Отметим наиболее главные из них.

1. Ее создатель уловил следующую закономерность: **издание закона еще не решает всех социальных проблем.**

2. Мнение народа, как видно из анализа сути теории, это не пустой звук, а может быть решающей силой в правовом отношении. Народ, следовательно, может быть **не только объектом, но и субъектом правотворчества.**

Но и **недостатки психологической теории** весьма существенны.

1. Общественное сознание может быть и на самом деле **неоднородно.**

2. Выделяют его **горизонтальный слой**, где оно представлено обыденным, профессиональным, научным правосознанием, а также массовым, групповым, индивидуальным.

3. Можно его классифицировать и **по вертикали**, и тогда мы увидим, как оно отличается у различных слоев общества (рядовых граждан, юристов-практиков, ученых-юристов).

4. Кроме того, даже **в пределах каждой социальной группы имеется разное представление о праве.**

5. Психологическая теория **трудна для практического применения.** Судье порой трудно правильно уловить общественное сознание.

6. Психологический подход к пониманию права может **порождать и банальное злоупотребление судей.**

Позитивистская теория²

Наиболее ярким представителем является немецкий ученый *Ганс Кельзен*. Большинство российских ученых можно считать ее приверженцами. Схематично право, согласно этой теории, представлено в виде пирамиды. Ее этажи заняты различного рода нормами права в зависимости от их иерархичности или юридической силы, определяемой местом государственного органа, их издавшего, в системе государственного аппарата.

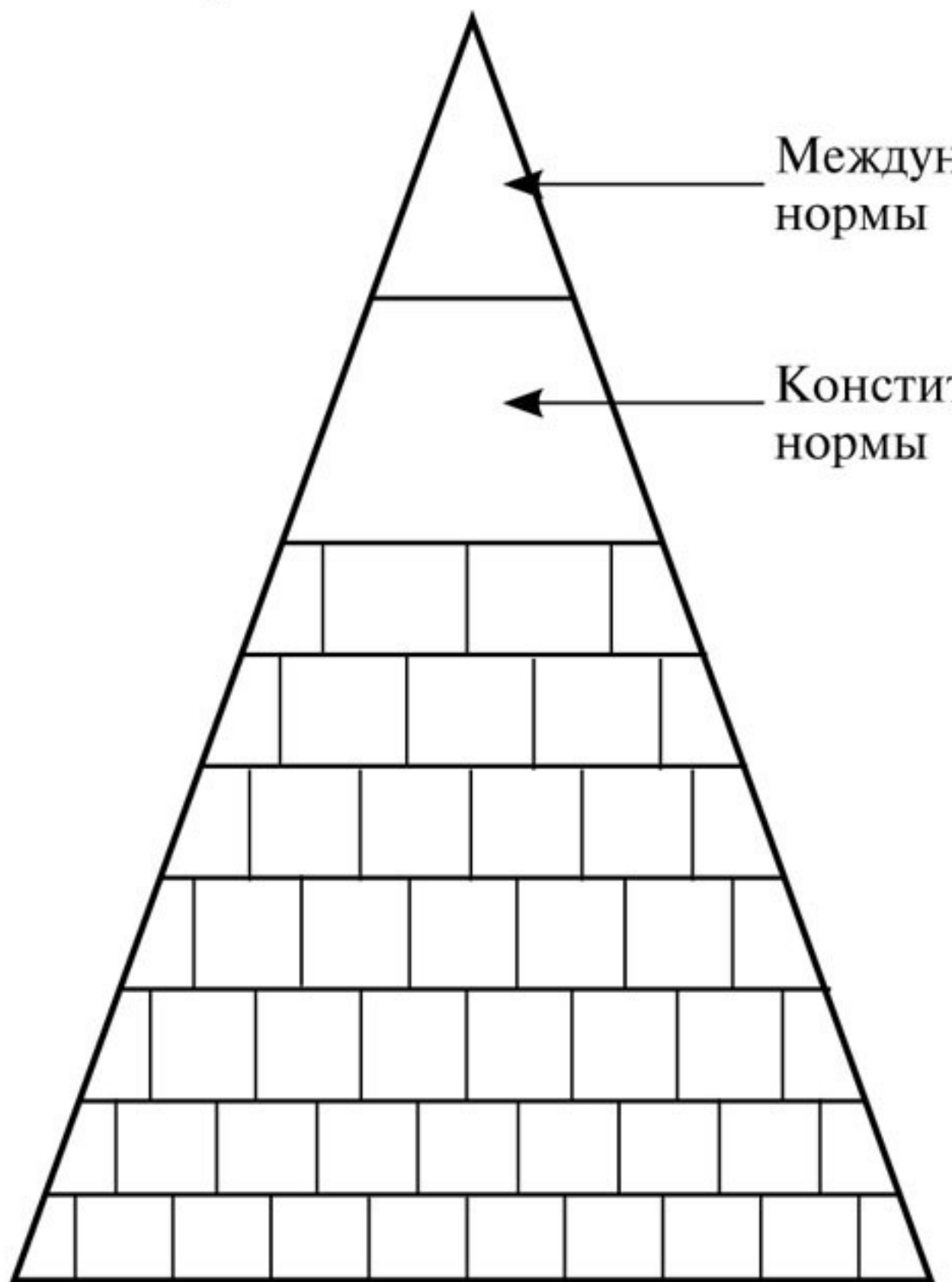


Рис. 1.2. Право согласно позитивистской теории
Основные тезисы данной теории таковы.

1. Право – это **продукт воли государства**. Это нормы, изложенные в законах и других нормативных актах, издаваемых органами государства (законодательными или исполнительными). И только с помощью них можно получить представление о том, какое поведение является желательным, а от чего надо воздержаться.

2. Нормы права, находясь в текстах нормативных актов, представляют собой **иерархичную систему**. Правда, сегодня вершину этой пирамиды заняли общепризнанные международные нормы и принципы, содержащиеся в международно-правовых актах, а также международные договоры. Верхний этаж принадлежит конституционным нормам, которые во многих странах принимаются специально созданным для этой цели государственным органом (например, конституционным собранием). Все другие нормы права занимают различные места на следующих этажах этой пирамиды.

3. Нормы права, кроме того, **находятся в определенной системе**, которая делится на отрасли.

4. Право не только формулируется, но и **охраняется государством**, его принудительной силой.

Достоинства позитивистской теории очевидны. Не случайно у нее много сторонников.

1. Такое понимание очень **выигрышно с практической точки зрения**: правоприменитель, образно говоря, берет в руки законодательный акт и под него подводит конкретную ситуацию, и если она совпадает, решает дело на основе данного нормативного акта.

2. Формирование права государственными органами позволяет в полную силу **использовать управленческий интеллект**, интеллект элиты, который более мощный хотя бы только потому, что основан на гигантском объеме информации, получаемой в процессе государственного управления. Здесь картина сродни той, которую видит человек, стоящий на вершине горы и обзирающий всю местность вокруг.

3. Право в таком понимании может работать **на опережение**, т. е., обобщая имеющуюся информацию и предвидя возможный ход событий, оно может заранее направлять общество в желательном направлении. Принятие совершенных законов на будущее тем самым способно ускорить ход общественного развития.

4. Право может играть и **воспитательную роль**.

Однако нельзя обойти вниманием и **недостатки этой теории**.

1. Закон **не всегда может быть справедливым**. Ведь депутаты тоже иногда могут допускать ошибки, в частности по той причине, что не совсем правильно они оценили ситуацию. Например, ранее существовал закон, согласно которому работающие пенсионеры не могли получать свою пенсию полностью. Вряд ли такой закон можно было назвать справедливым. Депутаты могут что-то и недодумать, как это случилось в связи с принятием закона, известного в народе как закон о монетизации льгот, вызвавший бурю протестов пенсионеров в январе 2005 г. В худшем случае право может стать заложником политиков и использоваться как оружие политической расправы.

2. Закон может **забегать вперед**. Если, например, сейчас ввести закон о всеобщем платном высшем образовании, как это некоторые предлагают, то общество будет к этому не готово – платежеспособность населения пока для этого недостаточна.

3. Закон может **отставать от жизни** и тормозить ход общественного развития. Так, например, социальный налог в размере ранее 32 % заставлет многие предприятия платить зарплату «черным налом». Напрашивается вопрос о том, а не отстает от жизни закон в этом вопросе и не тормозит ли ход общественного развития.

4. Понимание права как продукта воли государства оставляет открытым и вопрос о том, по каким вопросам государство должно осуществлять правовое регулирование. Ведь существует в таком случае **опасность зарегулировать общественную жизнь и сковать ини-**

циативу людей и организаций. Очевидно, что такая ситуация вряд ли пойдет на пользу обществу.

Социологическая теория

Яркими ее представителями являются американские ученые и политические деятели *Холмс* и *Паунд*.

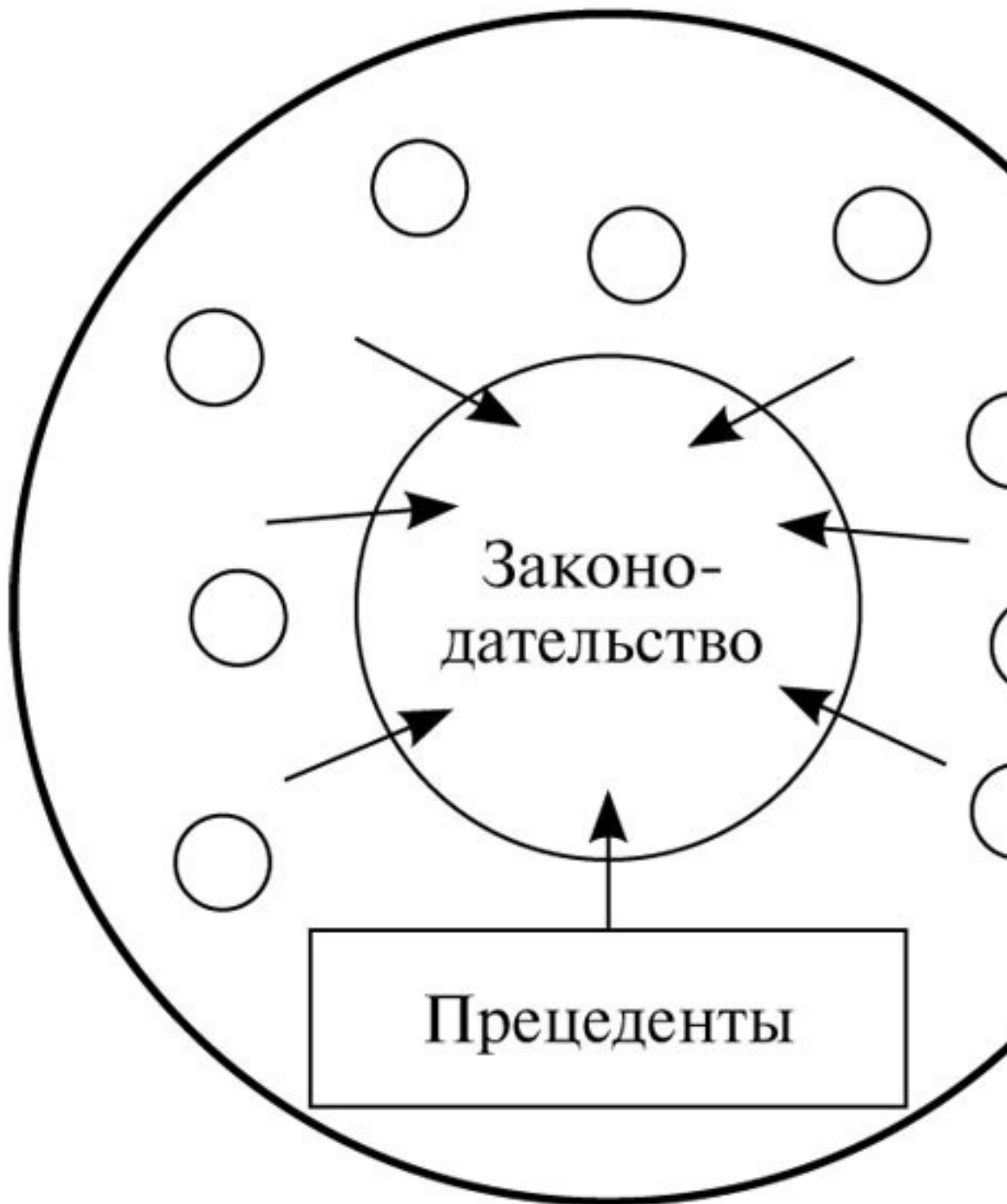


Рис. 1.3. Право согласно социологической теории
Вот ее основные положения.

1. Право существует в виде **реальных общественных отношений или сложившегося в обществе порядка**. Оно проявляется в тех действиях людей, которые весьма конкретны, определены и носят повторяющийся характер. Именно массовое и стабильное поведение людей надо анализировать, если есть желание узнать, какие же правовые нормы действуют в обществе.

2. Судьи, разрешающие дела на основе анализа сложившегося порядка, порой вынуждены создавать **прецедентные нормы**, закрепляя их в своих решениях. Для этой цели они должны внимательно изучать то, как живут и поступают люди. Поскольку роль судей в формулировании правовых норм очень значительна, такое право не случайно называют «судейским правом», «правом юристов».

3. Законодатель может устоявшиеся в жизни людей **правила поведения формулировать и в законах**. Иногда он делает это и в отношении прецедентов, но лишь только тех из них, которые выдержали испытание временем, получили широкое распространение. Таким образом, законодатель нормы права не создает, а открывает их и формулирует, фиксируя в нормативных актах. Получается, что центр тяжести в развитии права лежит в самом обществе.

4. Главная задача государства состоит в том, чтобы **охранять сложившиеся правила поведения** (например, взыскивать убытки по договору с провинившейся стороны).

5. Подчеркивается, что **нормы права, хотя и закрепленные в законодательстве, но не исполняемые на практике, – это не право**, а не что иное, как блеф (например, Закон «О воинской обязанности и военной службе» в части всеобщей обязанности, возлагаемой на граждан РФ мужского пола).

6. **Нормы законодательства – это всего лишь инструменты**, при помощи которых осуществляется регулирование общественной жизни. Однако при решении любого дела суд, их применяющий, должен дополнительно учесть множество факторов, при этом используя логику, здравый смысл, аналогию, и стремиться к согласованности и гармонии интересов сторон при решении казуса. Закон, по логике создателей этой теории, тогда становится истинным законом, когда он, как облаком, окружается прецедентами, т. е. на деле проверяется судебной практикой.

Достоинства теории сразу бросаются в глаза.

1. Без внимания сторонниками этой теории не оставлен тот факт, что **право должно быть таким же динамичным, какой является сама жизнь**.

2. Справедливо подчеркивается, что **государство не в силах преуспеть сразу в двух делах** (создавать нормы права и защищать их). Поэтому свое основное внимание оно должно уделять прежде всего защите норм права.

Недостатки теории весьма серьезны.

1. Такой подход к пониманию права может породить **злоупотребление судей**.

2. Кроме того, здесь идет недооценка, а то и **перечеркивание значения стабильности** как основной ценности в общественной жизни.

Подводя итог изложению основных концепций правопонимания, следует прежде всего указать, что общим для них является **понимание права как системы норм**. Разногласия в основном касаются выяснения вопроса о том, **где содержится основной массив этих норм и кто является их творцом**: граждане (психологическая теория), чиновники (позитивистская теория) или судьи (социологическая теория). Каждая концепция понимания права, понятно, содержит зерна здравого смысла и имеет, как было отмечено выше, как достоинства, так и недостатки.

На первый взгляд может показаться, что создание и приверженность той или иной концепции – это дело выбора того или иного ученого, размышляющего над проблемами понимания права. Однако каждый ученый находится в определенных жизненных обстоятельствах, определяющих его воззрения.

Очевидно и то, что значение и практическая востребованность психологической, и позитивистской, и социологической теорий не равноценны на разных этапах жизни общества.

Вот почему анализ концепций правопонимания, времени и места их появления позволяет здесь усмотреть действие неких объективных закономерностей³.

Представляется, что дело здесь обстоит следующим образом.

На заре развития общества, этапе возникновения государственности и становления традиционной экономики основным средством регулирования были обычаи. Упрочение феодального строя и традиционной экономики, основанной на сельскохозяйственном способе производства, выявили потребность в использовании более мощного регулятора социальной жизни. Религиозные нормы взяли на себя основную нагрузку по упорядочению жизни общества. **Право тогда выполняло подсобную роль.** И лишь только промышленная эра возложила на него миссию главного средства регулирования. Дело в том, что при промышленном способе производства серьезно усложнились общественные отношения и религиозные нормы перестали эффективно выполнять свою регулирующую функцию. Да и развитие науки вообще поставило под вопрос существование Бога. Общественный строй, основанный на промышленной собственности или рыночной экономике, а иначе, по марксистской терминологии, буржуазный строй, нуждался в еще более мощном средстве социального регулирования, нежели религия. Таковым и явилось право. Получается, развитое право – это атрибут рыночной экономики или буржуазного строя.

Право занимало место главного средства регулирования постепенно. Можно выделить три этапа буржуазного строя: его становление, стабилизация и упрочение. Как это ни покажется странным, этой периодизации соответствует время появления и обоснования основных концепций правопонимания.

А. В период становления буржуазного общественного строя и перехода общества к рыночной экономике на первый план выходит **психологическая (нравственная) теория** правопонимания: в этот период время писаных законов еще не пришло, они еще не созданы, и их отсутствие заменяет правосознание.

Б. В период стабилизации буржуазного общественного строя повышается значение **позитивистской теории**: законы созданы, и общество с их помощью стремится найти устойчивые ориентиры после смены политического строя.

В. В период упрочения этого строя и создания гражданского общества писаное право уже усвоено, и судьям становится позволительно выходить за рамки буквы закона и производить более тонкую регулировку общественной жизни. Кроме того, существенно повышается динамика общественной жизни. Здесь важной становится **социологическая теория**.

В России буржуазный строй стал зарождаться в конце XIX – начале XX в. Хотя тогда еще не были повержены основы прежнего строя, основанного на традиционной экономике (самодержавие, православие, народность...), все же довольно интенсивно рос объем законодательства. Именно в этот период Л. Петражицкий создал свою психологическую теорию права. Но если мы обратимся к Западной Европе, то увидим, что двумя столетиями ранее, когда там формировалась рыночная экономика, европейскими учеными была создана теория естественного права. Общим для этих теорий является то, что, по представлениям их создателей, право в основном живет в сознании людей, основой которого является чувство справедливости.

Поступь буржуазного строя в России была прервана Октябрьской революцией 1917 г. Стала править бал (на протяжении 70 с лишним лет) марксистско-ленинская идеология, которую многие ученые сравнивают с религиозной. В этот период право было вспомогательным средством в деле регулирования общественной жизни. Во многом оно использовалось в качестве оформителя постулатов коммунистической идеологии. Имела место своего рода имитация правового регулирования. По сути, в деле социального регулирования произошел откат назад. Собственно, это и неудивительно: всякая революция, как мы теперь это отчетливо понимаем,

является своего рода болезнью общества. И, как при всякой болезни, силы организма (в данном случае социального) ослабевают, и может происходить временное отступление с достигнутых позиций.

Рыночная экономика стала возрождаться, и уже на новом уровне, лишь в начале 90-х годов XX в. Поскольку динамика общественной жизни была довольно высока, то можно сказать, что за последние два десятилетия в России заложены основы буржуазного строя. Соответственно этому интенсивно формировалось и законодательство. Практически все отрасли права подверглись реформированию. Позитивистская теория права воцарилась на просторах России. Социологическая теория пока не востребована. Ее время еще не пришло.

Аналогичный процесс динамики права (и соответственно его осмысления) несколько столетий ранее происходил и в Европе, только там на первом этапе выдвигалась не психологическая теория (тогда психология как наука не существовала), а теория естественного права. Е. А. Фролова отмечает, что лишь первоначально, до середины XVII в., естественное право понималось как проявление здравого смысла, установленного порядка вещей. В дальнейшем оно стало рассматриваться как правовое сознание людей⁴. Общим для этих двух теорий начального периода жизни права (психологической и естественно-правовой) является то, что право мыслится как некая совокупность идей, положений о справедливом и несправедливом, которые вытекают из хода общественной жизни и содержатся в общественном сознании.

По всей вероятности, сходный процесс осмысления права будет идти и там, где уровень правового развития пока еще не так высок (в частности, в странах Среднего Востока, африканских странах).

4. Признаки права. Его определение

Две группы признаков права: общие и специфические

Несмотря на то что исследователи по-разному понимают право, постараюсь все же найти общий знаменатель или указать такие признаки права, которые признаются большинством ученых.

Все признаки права можно разделить на **две группы**.

I. Общие признаки, т. е. присущие праву как одной из разновидностей социальных регуляторов, таковы:

- 1) регулирует отношения **между людьми**;
- 2) обращено к существам, **одаренным сознанием и волей**, т. е. способным выбирать оптимальные варианты поведения;
- 3) регулируют **типичные ситуации** или вид общественных отношений;
- 4) правовые нормы **имеют общий характер**, т. е. они рассчитаны не на одного или нескольких человек, а сразу на многих лиц, поименно не указанных;
- 5) нормы права **рассчитаны на многократное повторение**;
- 6) их содержание задается извне, и поэтому они **имеют объективный характер**.

II. Специфические признаки – такие, которые свойственны исключительно праву. К ним относятся следующие признаки.

Системность

Право – это система норм. Это проявляется в том, что право представляет собой упорядоченную, логически стройную систему правил поведения, разделенную на отрасли, подотрасли, институты и подинституты. Нормы права действуют во взаимосвязи, поскольку они **специализированы** на регулировании определенных участков общественной жизни. Только в системе, во взаимосвязи правовые нормы могут проявить свои регулирующие свойства, поскольку **общественные отношения, регулируемые правом, также взаимосвязаны**. Причем **чем теснее увязка** и согласованность правовых предписаний, **тем эффективнее**

право. Напротив, несогласованность юридических норм между собой, их противоречие приводят к тому, что многие юридические нормы «не работают».

Признак системности свойствен и некоторым другим видам социальных норм (религиозные нормы расположены в зависимости от земного и внеземного пути Христа; моральные нормы можно разделить по категориям людей: регулирующие отношение к старшим, младшим, женщинам, друзьям и т. п.). Однако их системность находится лишь *в зачаточном состоянии*. Кроме того, в отличие от норм права другие социальные нормы закрепляют главным образом лишь *общие принципы и эталоны* поведения (например, согласно моральной норме уклоняться от совета, если друг об этом просит, – плохо). У права же системность проявляется отчетливо, причем на всех уровнях.

Обязательность

Право – это система обязательных норм. Это означает, что они распространяются на всех лиц, кому адресованы (физических, юридических, на все государственные и муниципальные образования), причем **независимо от их субъективного отношения к нормам права**. Одобряют ли субъекты вступившие в силу нормы права или нет, это не столь важно.

К сожалению, даже в работах серьезных ученых право порой характеризуется как система общеобязательных норм. На самом деле таковых норм в правовом массиве не так уж и много. Круг адресатов конкретных правовых норм может быть различен. Вот почему **по степени обязательности нормы** права делятся на три вида:

а) *Общеобязательные нормы права.* Такие нормы встречаются в конституционном, уголовном, административном праве.

б) *Нормы права, обязательные для определенных слоев или групп населения.* Так, пенсионные нормы распространяются только на пенсионеров. Нормы, касающиеся местных налогов, имеют силу только в отношении субъектов, проживающих или осуществляющих свою деятельность на определенной территории.

в) *Нормы права, обязательные для членов организаций.* Речь идет о корпоративных нормах, регулирующих внутреннюю жизнь той или иной организации (или о внутрифирменных, внутриорганизационных нормах), которые действуют лишь в отношении работников, акционеров определенной корпорации (организации) и обязательны только для них.

г) *Нормы, обязательные для отдельных субъектов* (например, договорные нормы). Тот факт, что при заключении различных договоров (публичноправовых и частноправовых) создаются правила поведения, признают не все ученые, следует считать советским наследием, когда аксиомой считалось, что нормы права создавать может только государство. Думается, непризнание договорных правил нормами права – это дело времени. Но об этом позднее.

Теперь следует разобраться в том, что означает обязательность норм права.

Обязательность права проявляется в том, что:

- 1) нормам права обязаны следовать все лица, кому они адресованы;
- 2) нормы права также обязательны для юрисдикционных органов, в частности для судов, которые будут рассматривать споры, связанные с их выполнением.

В печати широко обсуждался судебный спор, возникший между известной балериной и строительной организацией, выполнявшей капитальный ремонт ее квартиры в Санкт-Петербурге. Строительная фирма проводила ремонт, строго руководствуясь дизайнерским проектом, который в момент заключения договора вручила владелица квартиры. Реальное же воплощение этого проекта балерине показалось сущей безвкусицей, и она отказалась оплатить ремонт. При рассмотрении спора суд, руководствуясь договором, заключенным сторонами, встал на сторону строительной фирмы, указав, что условия договора обязательны для сторон в той же мере, что нормы закона.

Как видим, обязательность права обусловлена в немалой степени верховенством и независимостью (суверенитетом) государственной власти, которая обязана защищать нормы права.

Официальность

Право выражено в официальной форме. В качестве таковой могут выступать различные юридические документы:

- а) *законодательные акты* (законы, указы, постановления, инструкции);
- б) *судебные решения*, содержащие прецедентные нормы;
- в) *корпоративные нормативные акты* (содержат нормы, принятые в организациях);
- г) *договоры*.

Понятно, что значительная часть правовых норм облекается в законодательную форму. Но иная часть права существует в других формах. **Вот почему право никогда не может совпадать с законодательством.** Оно шире законодательства по объему и соотносится с ним **как целое и часть**.

Все же другие социальные нормы (обычаи, традиции, нормы морали и др.) возникают и существуют чаще в форме стабильных убеждений людей или в форме общественного мнения.

Формальная определенность

Право отличается формальной определенностью. Это его свойство проявляется в том, что:

а) правовые предписания в основном находят **письменное выражение** в различных юридических документах;

б) по своему содержанию они отличаются **четкостью, определенностью и даже лапидарностью**, т. е. предельно сжатым, кратким и выразительным слогом. Достигается это с помощью правил юридической техники. Благодаря такой определенности субъекты права четко знают границы правомерного и неправомерного, свои права, свободы и обязанности, размер и вид ответственности за совершенное правонарушение. Формальная определенность, важнейшее свойство права, **позволяет внести строгость и четкость в общественный порядок**, избежать произвольного толкования и применения юридических норм. Уместно заметить, что термин «**закон**» образован от сочетания слова «**кон**» (*граница*) и частицы «**за**», означающей предел движения, *предел поступков*. Таким образом, даже этимологически закон означает четкие границы поведения субъектов права.

Однако нормы права определены не на все 100 %. Чаще всего неопределенность есть результат упущений законодателя. Но порой законодатель сознательно идет на включение в правовые тексты расплывчатых и не совсем определенных формулировок, какими, например, являются оценочные понятия. Расчет здесь такой: обеспечить индивидуализированный подход при рассмотрении правовых казусов. Использование их, т. е. своего рода амортизаторов, позволяет точнее осуществлять правовое регулирование.

Приведу пример из юридической практики. Две симпатичные девушки шли по Ленинградскому проспекту и оказались в поле зрения двоих молодых людей, которые, чтобы познакомиться, предложили распить с ними бутылку водки. Получив отказ, они вновь последовали за ними и повторили предложение. Будучи оскорбленными, девушки обратились к милиционеру. Молодых людей доставили в отделение милиции, где составили протокол о совершении мелкого хулиганства, а наутро судья постановил в отношении них арест на 15 суток.

Согласно ст. 20.1 КоАП мелким хулиганством признается нарушение общественного порядка, выражающее **явное неуважение** к обществу, сопровождающееся **нецензурной бранью** в общественных местах, **оскорбительным приставанием** к гражданам, а равно уничтожением или повреждением чужого имущества. Правонарушители в своем предложении, адресованном девушкам, не усматривали ничего оскорбительного. Таков был их уровень культуры. Однако девушки считали иначе, и судья с ними согласился.

Гарантированность

Право обеспечивается и охраняется государством. Большинство правовых норм исполняется и соблюдается добровольно. Однако далеко не все из них претворяются в жизнь

людьми в силу их **внутреннего убеждения**. Поэтому за каждой нормой потенциально **стоит возможность государственного принуждения к исполнению**, а также применения мер ответственности за ее нарушение. К сожалению, иной раз правовые предписания реализуются лишь потому, что за ними стоит государство, которое может в любой момент применить санкции за нарушение правовых норм.

Государство в прямом смысле охраняет право. Государственная охрана может быть разноплановой и выражаться в виде наложения:

- а) *мер юридической ответственности или санкций*;
- б) *организационных, организационно-технических мер* (например, сдачу дома в эксплуатацию принимает государственная комиссия);
- в) *превентивных мер* (например, по случаю проведения демонстрации перекрывается дорожное движение);
- г) *восстановительных мер* (например, подростков, испортивших стены в подъезде, суд обязывает устранить следы «своего творчества»);
- д) *воспитательных мер государственных органов* (например, инспектор по делам несовершеннолетних обязует подростка-нарушителя приходить к нему еженедельно для беседы).

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.