

---

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

А. В. АВЕРИН

**ИСТИНА  
И СУДЕБНАЯ  
ДОСТОВЕРНОСТЬ**

**Александр Валентинович Аверин**  
**Истина и судебная**  
**достоверность**  
Серия «Судебная практика»

*Издательский текст*

*[http://www.litres.ru/pages/biblio\\_book/?art=11197764](http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11197764)*

*Истина и судебная достоверность: Издательство Р. Асланова  
«Юридический центр Пресс»; СПб.; 2007  
ISBN 978-5-94201-536-7*

### **Аннотация**

Верно ли, что истинная свобода индивида в обществе проявляется в осознанной им необходимости? Если да, то будет ли истинно свободным выбором судьи решение, которое с необходимостью вытекает из спора? И, наконец, будет ли возможность у судьи сделать истинно свободный выбор (принять свободное в указанном смысле решение), если не создано условий, при которых решение должно вытекать с необходимостью? По мнению автора, небесспорной является точка зрения, согласно которой лучшим и единственно возможным способом организации судебной деятельности в современных условиях является судопроизводство, базирующееся на свободном судебском усмотрении, в основе которого лежит внутреннее убеждение

судьи, по-скольку для проверки и оценки содержательной стороны внутреннего убеждения судьи не существует правовых критериев. Автор считает одной из причин, по которым современный суд далек от независимости, аморфность и неопределенность абстрактно-психологического социально-правового явления судебного правоприменения, именуемого «внутреннее убеждение судьи». Постановка проблемы судебной достоверности представляет собой попытку снять завесу таинственности с этого психолого-правового явления и обозначить пути создания научно-правовой базы для ограничения судебного произвола. В качестве *Приложения* к настоящему изданию предлагаются материалы защиты диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, которые могут вызвать интерес у правоведов (практиков и научных работников), у соискателей ученых степеней (аспирантов и докторантов), а также у всех, интересующихся проблемами права, правосознания, судопроизводства и судебной реформы. Для ученых-правоведов, социологов, политиков, студентов высших юридических учебных заведений, судей, работников прокуратуры и других правоохранительных органов.

# Содержание

|   |    |
|---|----|
| Предисловие ко второму изданию  | 6  |
| Предисловие к первому изданию   | 8  |
| Глава 1   | 17 |
| 1.1. О двух подходах к правопониманию                                 | 17 |
| 1.2. Соотношение права, свободы, равенства и справедливости           | 28 |
| 1.3. Правовой идеал и действующее (позитивное) право                  | 48 |
| 1.4. К вопросу о разрешении противоречий между нормами права и морали | 63 |
| Глава 2   | 72 |
| 2.1. Разделение властей как социальная закономерность                 | 72 |
| 2.2. О принципе независимости суда                                    | 78 |
| Конец ознакомительного фрагмента.                                     | 87 |

# А. В. Аверин

## Истина и судебная достоверность

© А. В. Аверин, 2007

© Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007

\* \* \*

*«Еще не нашлось ни одного на земле средства,  
которое само в себе носило бы закон совершенства:  
пока оно в руках человеческих, до тех пор оно может  
служить орудием и добра, и зла».*

***И. Восторгов***

# Предисловие ко второму изданию

Судоговорение всегда вызывало повышенный интерес. Являясь тем институтом государственной власти, который призван разрешать разнообразные социальные конфликты, суд (как система отношений и учреждений) появился, состоялся и формируется на основе определенных закономерностей общественного развития. Однако на современном этапе существования цивилизации перед гуманитарными науками встала задача познания не только общих социальных закономерностей, приведших к возникновению судебной власти, но и закономерностей существования и развития самой судебной власти. Недопонимание проблемы диалектического единства предопределенности и свободы в судебной деятельности, проявляющегося во взаимодействии общих закономерностей социального развития («внешних» закономерностей) и закономерностей существования самой судебной власти («внутренних» закономерностей) приводит к тому, что исследователи этого социально-правового феномена уходят в ту или иную сторону от «золотой середины», то есть от истинного знания о суде.

Идея опубликования второго издания «Судебной достоверности» связана с рядом обстоятельств. Одно из них – возрастающий интерес к судебной деятельности, вызванный, по-видимому, исчерпанием лимита доверия, выданного об-

ществом судебной власти в период проведения судебной реформы конца XX века. Второе – проявленный научным сообществом интерес к монографии, изданной в 2004 году небольшим тиражом. Наконец, третье обстоятельство – желание автора предоставить возможность тем, кто интересуется проблемами судебной власти, ознакомиться с мыслями и взглядами других ученых, высказанных в рамках поставленной проблемы во время обсуждения материалов диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук по теме «Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (Проблемы теории и практики)».

Автор выражает искреннюю признательность всем, кто откликнулся отзывами и рецензиями на монографию в первом издании.

# Предисловие к первому изданию

Корни проблемы судебной достоверности уходят в глубокую древность – к истокам человеческой цивилизации. Суд, как и любое социальное явление, подтверждающее самим фактом своего существования в течение длительного по историческим меркам срока закономерность своего возникновения, изменения, развития и становления, обоснован социальными реалиями, отражает их сущностные стороны, соответствует закономерностям общественной жизни, испытывает на себе конкретно-исторические влияния, характеризующие и определяющие направленность вектора развития того или иного общества.

С тех пор, как человечество начало использовать такой регулятор социальных отношений, как суд, физическая сила, являвшаяся прежде единственным критерием «правоты» в споре, постепенно начинает уступать место мышлению, а критерием истинности позиций спорящих сторон становится общественное мнение (впоследствии – мнение специального субъекта). Отсутствие какой бы то ни было четкой регламентации как самого судебного процесса, так и механизма «взвешивания» аргументов одной стороны и контрдоводов другой, постепенно перестало удовлетворять развивающиеся общественные отношения.

На определенном этапе развития человеческой цивилиза-

ции закономерности общественного развития потребовали упорядочения, конкретизации и формализации судебной деятельности, с тем чтобы произвольное судебное восприятие изучаемого конфликта уступило место четким правилам как судопроизводства, так и оценки позиций спорящих сторон. С этого времени (естественно, различного для разных государств) укрепляется формальное начало судебной деятельности.

Наибольшего уровня формализация судебной деятельности достигла в Средние века, в эпоху инквизиции, когда абсолютизация формы лишила содержание всякого значения. Судопроизводство, в рамках которого судья «обязан был сыскать злодея допряма» и объединял в одном лице и дознавателя, и следователя, и прокурора, и судью, и палача, получило название инквизиционного процесса, а сумма знаний о порядке сбора, закрепления и оценки аргументов в пользу обвинения – теории формальных доказательств.

Было бы неверно оценивать этот период развития судебной власти как заблуждение или ошибку цивилизации. Очевидно, суд в том виде, в котором он существовал, соответствовал уровню общественных отношений, уровню экономического развития, уровню социальной зрелости тогдашнего общества.

Однако ужасы средневековой инквизиции, проявившиеся в изощренном садизме религиозных фанатиков – инквизиторов континентальной Европы (в особенности, ита-

льянских и испанских), привели к закономерному социально-психологическому результату: общественное мнение, не умея и не желая искать различий между судом инквизиции и любой другой судебной деятельностью, сформировало отношение полного отторжения (антагонизма) ко всему, что было в той или иной мере связано с инквизицией.

На смену инквизиционному процессу с его теорией формальных доказательств пришла его противоположность – судебный процесс с судебским свободным усмотрением, в основе которого лежит внутреннее убеждение судьи.

Человеческая история свидетельствует о том, что люди с момента своего появления на планете Земля (не имеет значения – в соответствии ли с теорией эволюции Дарвина или иным образом) всегда прибегали к самообману. Одной из глобальных социальных фикций современности, по нашему мнению, является точка зрения, согласно которой лучшим и единственно возможным способом организации судебной деятельности является судопроизводство, базирующееся на свободном судебском усмотрении, квинтэссенцией которого является внутреннее убеждение судьи. При этом любые попытки трезво оценить «святая святых» – внутреннее убеждение судьи – расцениваются исключительно как крамольные, подрывающие самостоятельность суда и независимость судебной власти.

В настоящей работе мы попытаемся доказать, что одной из причин, по которым современный суд далек от неза-

висимости, как раз и является аморфность и неопределенность абстрактно-психологического социально-правового явления судебного правоприменения, именуемого «внутреннее убеждение судьи».

На первый взгляд эта точка зрения может показаться парадоксальной, в связи с чем приглашаем к размышлению.

Верно ли, что истинной свободой индивида в обществе является осознанная им необходимость? Если да, то будет ли истинно свободным выбором судьи то решение, которое с необходимостью вытекает из спора? А будет ли у судьи возможность сделать истинно свободный выбор (принять свободное решение), если не создано условий, при которых решение должно вытекать с необходимостью?

Для того чтобы человек имел возможность осознать необходимость, требуется, как минимум, чтобы эта необходимость была.

Но если не создано условий, благодаря которым разрешение правового конфликта будет базироваться на необходимости, то в основе решения окажется вероятность. В этом случае для создания видимости безошибочной (безгрешной) вероятности требуется введение субъективного элемента – внутреннего убеждения судьи. В свою очередь, при отсутствии условий существования необходимости, внутреннее убеждение судьи будет не только испытывать на себе влияние «потусторонних от необходимости» факторов, но и базироваться на них, поскольку в природе (в том числе, соци-

альной) вакуума не бывает.

Следовательно, если судья, разрешая тот или иной правовой спор, не имеет четко очерченных законом границ полета фантазии, то даже при благих намерениях дорога, которую он мостит, будет вести в ад.

Социальная опасность ситуации, когда рядовой гражданин не имеет возможности понять, каким образом, согласно каким правилам, обязательным для всех, у судьи сложилось то, а не иное внутреннее убеждение, заключается в том, что подобная ситуация приводит к размыванию понятия законности. Именно это состояние отечественного правоприменения вполне закономерно привело к формированию у большинства населения страны представление, будто «закон – что дышло: куда повернул, туда и вышло».

В поисках причин появления и распространения в России правового нигилизма все рассуждения о правовом невежестве и низком культурном и интеллектуальном уровне населения – самообман, поскольку причина любого явления коренится в нем самом, а не во внешних факторах. Уважительное отношение к праву возможно лишь там, где «право уважает людей», а эта характеристика права раскрывается только в процессе деятельности органов правоприменения, и в первую очередь – суда.

Научным интересом автора настоящей монографии является осмысление проблемы истины в судебном правоприменении. В ходе ее изучения автором исследованы вопросы о

соотношении теории правоотношения и судебной практики, о критериях оценки профессионального судейского менталитета. Освещая свое видение теоретических и практических проблем судебной деятельности, автор опубликовал две монографии<sup>1</sup>.

Настоящая работа представляет собой попытку комплексного осмысления накопленного автором багажа теоретических и практических знаний в области правовой жизни российского общества в контексте постановки проблемы судебной достоверности. В этом смысле настоящая монография тесно связана с двумя предыдущими, является их логическим продолжением и развитием, однако предлагает взглянуть на изложенные ранее мысли, взгляды, выводы, доводы и аргументы с совершенно новой позиции.

Проблема судебной достоверности – одна из граней философско-правовой проблемы соотношения истины и судебного правоприменения.

Что есть право? Что есть его применение? Что есть суд? Что есть судья? Что есть независимость судьи? Что есть правосознание судьи? Что есть правовой конфликт? Что есть судебное разбирательство правового конфликта? Что есть профессиональные средства («орудия производства») судьи?... Эти и многие другие вопросы необходимо поставить, а раз-

---

<sup>1</sup> *Аверин А. В.* Правоотношение и судебная практика / Под ред. М. И. Байтина. Владимир, 2003; Он же. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей: Проблемы теории и практики / Под ред. М. И. Байтина. Саратов, 2003.

решая их, возможно приблизиться к проблеме судебной достоверности.

Комплексный характер обозначенной правовой проблемы проявляется в том, что ее осмысление возможно лишь при ответе на многочисленные вопросы, в том числе основополагающие и фундаментальные, характеризующие правовую жизнь общества.

Что есть судебная достоверность?

Авторская интерпретация этого вопроса содержится во всей монографии. В связи с теоретической постановкой проблемы судебной достоверности, думается, давать окончательную дефиницию этому правовому явлению преждевременно. Тем не менее принципиальная позиция, которую занимает автор, заключается в том, что судебная достоверность, будучи одной из сторон правовой (юридической) жизни, не может и не должна ни при каком подходе ассоциироваться с достоверностью неюридической действительности (объективной или субъективной), с достоверностью неюридической материальной действительности, с достоверностью неюридических фактических отношений между людьми. Всякая попытка так или иначе абстрагировать судебную достоверность от юридической жизни, от юридической действительности, от правовой регламентации оборачивается смешением разноплановых понятий.

Судебная и юридическая достоверность – понятия, которые соотносятся как частное и общее. Судебная достовер-

ность не может быть неюридической. Но вполне очевидно, что далеко не всякая юридическая достоверность является судебной достоверностью.

Судебная достоверность – правовая категория, которая имеет две составляющие – внешнюю и внутреннюю (форму и содержание). Конкретная оформленность судебной деятельности (правовая и процедурная регламентация судебного процесса) вызвана объективными потребностями (о чем речь пойдет при анализе проблемы юридического познания). Грубое нарушение судом процессуальных требований, регламентирующих форму судебной деятельности, искажает внешнюю составляющую судебной достоверности, что, в свою очередь, не гарантирует необходимого качества и не исключает порочности ее внутренней составляющей – ее содержания.

Вместе с тем судебная достоверность – правовая категория, характеризующая не только и не столько форму, в которую облекаются полученные судом знания о правовом явлении, сколько суть этих знаний, суть сделанных судом выводов. В связи с этим можно предположить, что судебная достоверность характеризует степень порочности (качество) сути либо частных, либо общих выводов, к которым суд приходит в процессе разбирательства правового конфликта, а также степень порочности внешнего оформления, в которое облекаются эти выводы.

Внутренняя достоверность судебных выводов кроется в

их содержании и, в конечном счете, в их согласованности (совместимости) со всеми другими выводами по делу. При этом следует помнить, что судебная достоверность – это юридическая категория, а следовательно, она определяет юридическую суть, юридическое содержание судебных выводов.

И вновь возникает вопрос: как определить судебную достоверность, если вместо правовой регламентации необходимости (которую следует осознать, чтобы она стала свободой) и вместо теории судебной достоверности судебная практика предлагает лишь вероятность, получившую статус «достоверности» благодаря абстрактно-психологической категории – внутреннему убеждению судьи, для проверки и оценки содержательной стороны которого не существует правовых критериев?

Предлагаемая монография является попыткой приблизиться к ответу на поставленный вопрос и представляет собой постановку проблемы судебной достоверности.

# Глава 1

## О правопонимании

### 1.1. О двух подходах к правопониманию

Размышлять о судебной достоверности без уяснения понятия права невозможно. Право является базовым, отправным понятием правовой жизни общества, позволяющим правильно ориентироваться в правовой действительности, поскольку право находится в основе всех правовых явлений, существующих в обществе.

*Что есть право?* Со времен Античности не утихают дискуссии о сущности права, о его понятии, о соотношении права с другими социальными явлениями, о его месте и роли в истории человечества и современной жизни. Вопрос о понимании права и на современном этапе развития правовой науки остается дискуссионным. При этом, пожалуй, единственная точка зрения, разделяемая всеми без исключения, состоит в том, что вопрос о правопонимании – отправной, стержневой, главный в юридической науке и практике.

Все научно-правовые взгляды и теории, существующие в отечественной правовой науке на современном этапе, при

всем своим многообразием образуют два основных подхода к пониманию права – нормативный и широкий (монистический и плюралистический<sup>2</sup> и т. д.), т. е. охватывающий понятием права не только юридические нормы, но и другие правовые явления – правоотношения, правосознание и т. д.<sup>3</sup>

Однако эта точка зрения не единственная. В частности, высказывается мнение о необходимости развития учения о праве путем его деления на естественное и позитивное, но такая постановка вопроса вызывает сомнения. Во-первых, смешиваются два разноплановых явления, что, в свою очередь, не объясняет разграничения не совпадающих между собой направлений правопонимания. Во-вторых, такой подход предполагает противопоставление (пусть даже разноплановых) явлений, тогда как конституционное закрепление основополагающих положений естественно-правовой доктрины свидетельствует об официально-властном стремлении не противопоставлять, а, напротив, максимально отразить в позитивном праве основные принципы, требования и нравственные устои общества.

Кроме того, в качестве самостоятельной выдвигается точка зрения, согласно которой существует два противоположных подхода к правопониманию: *юридический* — от слова

---

<sup>2</sup> См.: Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 1998. С. 385.

<sup>3</sup> См.: Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 41 и сл.

«право», и *легистский* — от слова «закон»<sup>4</sup>, а принципиальная разница между ними заключается якобы в различии или отождествлении права и закона. По нашему мнению эти и подобные им теоретические построения, в которых право и закон в абсолюте противопоставляются друг другу, представляют собой не новое направление правопонимания, а крайнюю разновидность широкого подхода к пониманию права.

В правовой науке существует множество дефиниций права. Однако независимо от различия в формулировках научное определение любого явления должно отражать его сущностную сторону.

*Общая дефиниция права, с точки зрения последовательных представителей его современного нормативного понимания*, характеризует право как систему общеобязательных, формально-определенных норм, которые выражают государственную волю общества, ее общечеловеческий и классовый характер; издаются или санкционируются государством и охраняются от нарушений возможностью государственного принуждения; являются властно-официальным регулятором общественных отношений<sup>5</sup>.

Исходя из современного нормативного понимания права, автор не ставит задачи подробно останавливаться на его

---

<sup>4</sup> См.: *Нерсесянц В. С.* Философия права. М., 1997. С. 32.

<sup>5</sup> См.: *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 81–82.

содержании, повторяя сформулированные другими учеными выводы<sup>6</sup>. Аргументация в пользу научной обоснованности нормативного подхода к пониманию права предлагается с позиций критического рассмотрения одного из философско-широких подходов к правопониманию, именуемого его авторами «либертарно-юридической теорией права и государства» (В. С. Нерсесянц, В. А. Четвернин).

По утверждению В. С. Нерсесянца, «либертарная концепция – это новое самостоятельное направление в новой общей теории различения права и закона, а не разновидность естественного права. Либертарная концепция и естественно-правовая концепция – это разные направления различения права и закона, обладающие как общими, так и специфическими характеристиками. Специфика либертарной концепции состоит, в частности, в том, что в ней нет присущего естественно-правовым представлениям дуализма одновременно действующих систем “правильного” (идеального, должного, естественного и т. д.) права и “неправильного” права... Либертарная концепция ориентирована на выяснение тех отношений и условий, которые объективно необходимы для наличия и действия права»<sup>7</sup>.

Иными словами, *в современном обществе либо право есть* (если имеют место отношения и условия, которые, *с точки зрения этой концепции*, необходимы для наличия права),

---

<sup>6</sup> См.: Там же. Гл. 2–4.

<sup>7</sup> Нерсесянц В. С. Философия права. С. 34–35.

*либо права нет* (при отсутствии необходимых отношений и условий), а издаваемый государством закон, соответственно, может быть правовым и неправовым. В этом смысле либертарная концепция, действительно, отличается от естественно-правовой доктрины, исходящей из того, что наряду с позитивным правом в обществе существует еще и естественное (идеальное) право.

Существо правопонимания при таком подходе заключается в том, что «право это не просто произвольное и субъективное властное веление, а нечто объективное и самостоятельное, обладающее своей (не зависящей от воли законодателя) собственной природой, своей сущностью и своей спецификой, словом – своим принципом. ...Право – это всеобщая и необходимая форма свободы людей. ...Право – это формальное равенство, право – это всеобщая и необходимая форма свободы в общественных отношениях людей, право – это всеобщая справедливость и т. д.»<sup>8</sup>.

Напротив, представитель аналитической юриспруденции С. С. Алексеев, отстаивая логические выводы позитивного правопонимания, утверждает, что «*значение имеет не обособление “права” и “закона” (оно с юридической стороны очевидно, в научном отношении элементарно, если не возводить его в некий абсолют или не давать ему некой особой авторской интерпретации), а разграничение естественного права и позитивного права*». И далее: «...если приглядеться

---

<sup>8</sup> Там же.

к указанным, казалось бы, столь несовместимым теоретическим построениям (одно из которых разводит закон и право, а другое их сводит), то при внимательном анализе выясняется, что проблема здесь – в немалой степени терминологическая...

...В том же случае, когда происходит достаточно жесткое “разведение” указанных категорий “права” и “закона”, вся реальная правовая проблематика сосредоточивается вокруг широко и нетрадиционно понимаемого “закона”, а “право” оказывается выведенным за пределы реальной правовой жизни трансцендентным феноменом, понимаемым в качестве явления (или даже “математики”) свободы, *в сущности – тем, что имеет характер естественного права*<sup>9</sup>.

Такая оценка либертарной концепции лишает ее претензий на исключительную самостоятельность.

Обстоятельную научную критику либертарно-юридической теории права и государства (в основном с позиций истории политических и правовых учений) дал О. В. Мартышин, который убедительно продемонстрировал, что либертарно-юридическая теория составлена из отдельных положений известных школ правовой мысли. Различение права и позитивного закона – основа классической теории естественного права, сложившейся в XVII–XVIII веках. Положение «право есть свобода» взято у Канта и Гегеля. «Выведение государства из права» заимствовано у Кельзена. Со-

---

<sup>9</sup> Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. С. 130.

зданная искусственная конструкция, или абстрактная схема права, плохо сочетается с реальным характером правовых систем прошлого и настоящего. В рассматриваемой теории право сведено к принципу, идее, оторванным от плоти, которую составляет позитивное право<sup>10</sup>. По верному утверждению О. В. Мартышина, научная несостоятельность либертарно-юридической теории заключается в том, что либертаристы «увлеклись» определением всеобщего критерия (принципа) права, абсолютизировали идеальное представление о праве, разорвали связь между идеальным (абстрактным, рациональным) и реальным, вытеснили из представления о праве его реальную составляющую и возвели в абсолют ту часть понимания права, которую Кант и Гегель рассматривали лишь как философскую. При этом представители либертарной концепции упустили из виду то обстоятельство, что и Кант, и Гегель говорили о философском и прикладном понимании права. Философское понимание права предназначено для философов и тех, кто творит законы, давая им критерий для различения правового и внеправового. Прикладное понимание права, предназначенное для граждан, – это законы, система позитивного законодательства, в которой философское понимание должно воплотиться. И у Канта, и у Гегеля право многопланово, неоднородно<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> См.: Мартышин О. В. О «либертарно-юридической теории права и государства» // Государство и право. 2002. № 10. С. 5—16.

<sup>11</sup> См.: Там же. С. 10–11.

До выхода в свет статьи О. В. Мартышина либертарная концепция была подвергнута конструктивной критике с позиций общей теории права<sup>12</sup>. Принципиальные возражения были высказаны против предложения В. С. Нерсисянца коренным образом пересмотреть представления о норме права и праве в целом. Поскольку нормами права В. С. Нерсисянец, в отличие от других представителей широкого правопонимания, называет неправовые явления, в том числе обычаи, традиции, принципы, нравственные, религиозные и иные возникающие и существующие вне и без государства правила общежития людей<sup>13</sup>, предложенный им «пересмотр» научных представлений о норме права и праве в целом является не чем иным, как попыткой полного разрушения сложившихся представлений о праве, правовой системе и самой правовой науки, при этом без намека на конструктивную альтернативу. В связи с этим следует напомнить замечание В. Н. Кудрявцева по поводу понимания нормы права: «Профессиональному юристу... должна быть присуща четкая и определенная позиция: никакое пожелание, убеждение или мнение не могут рассматриваться как правовая норма, коль скоро они не выражены в юридическом акте, принятом надлежащим образом»<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> См., например: *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 43–46, 92—100.

<sup>13</sup> См.: Советское государство и право. 1979. № 7. С. 71.

<sup>14</sup> *Кудрявцев В. Н.* О правопонимании и законности // Государство и право.

Очевидно, только нормативное понимание права соответствует его социальному предназначению – быть единственным официально-властным, т. е. государственным регулятором общественных отношений.

Вызывает возражения и применяемая либертарной концепцией правовая терминология, согласно которой, как показал М. И. Байтин, юридическим типом правопонимания называется абстрактный, оторванный от жизненных реалий подход к правопониманию, основанный на жестком противопоставлении права и закона, а действительно юридический подход, обосновывающий, что есть собственно «юридическое право», именуется легистским типом правопонимания<sup>15</sup>. Точнее было бы назвать либертарный подход к пониманию права философским, о чем, в частности, говорит и О. В. Мартышин. Вместе с тем философский взгляд на право (по мнению и Канта, и Гегеля) может представлять интерес лишь *в связи* с юридическим правопониманием. Только такой подход к изучению правовых явлений в обществе позволяет правовой науке соответствовать своему историческому и социальному предназначению.

Подходы к изучению права самые разнообразные, однако, как бы мы *право* ни понимали, квинтэссенция его содержится в регулятивной функции, поскольку оно *представляет*

---

1994. № 3. С. 6.

<sup>15</sup> См.: Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 97.

*собой правила поведения людей в обществе.* Думается, что согласие или несогласие с такой постановкой вопроса является краеугольным камнем правопонимания, поскольку она служит «отправной точкой» в поисках ответа на вопрос о том, что есть право.

Поскольку наиболее обстоятельно и своеобразно «концепция различения права и закона» представлена В. С. Нерсесянцем, рассмотрим либертарную концепцию, основываясь на той позиции, что право представляет собой совокупность правил поведения людей в обществе. Кроме того, сразу обозначим те принципиальные установки, которые нами определены в качестве основы при осмыслении изучаемых вопросов, а именно:

- критерием истинности теоретических выводов о любом социальном явлении является социальная практика;
- теоретические выводы должны быть проверяемы;
- в природе, в том числе социальной, вакуума не бывает;
- каждая теоретическая посылка должна относиться к сфере исследования;
- каждый теоретический вывод в своем обосновании должен иметь доводы и аргументы (в этой связи уместно вспомнить высказывание Леонардо да Винчи, который утверждал: «Кто в борьбе мнений ссылается на авторитет, тот работает своей памятью вместо того, чтобы работать своим умом»). В связи с этим ссылка на авторитет может в борьбе мнений использоваться лишь как иллюстрация позиции авторитета

по конкретному вопросу, а не как аргумент или довод, если в цитате нет доводов и аргументов в пользу занятой автором позиции;

– все в мире относительно.

## 1.2. Соотношение права, свободы, равенства и справедливости

В основу либертарной концепции положены рассуждения о таких важных социальных понятиях, как свобода, равенство, справедливость. Вместе с тем создается впечатление, что «либертарная абстрактная конструкция или схема права» (О. В. Мартышин), хотя и подана в привлекательном сочетании равенства, свободы, справедливости, тем не менее содержит в себе искусственную интерпретацию перечисленных базовых доминант, подстраиваемую под необходимые автору либертарной концепции выводы. Чтобы убедиться в этом, обратимся к либертарно-юридической трактовке понятий «равенство», «свобода» и «справедливость»<sup>16</sup>.

*Право как формальное равенство* — «это лишь правоспособность, абстрактная свободная возможность приобрести – в согласии с общим масштабом и равной мерой правовой регуляции – свое, индивидуально-определенное право на данный объект»<sup>17</sup>. В качестве иллюстрации В. С. Нерсесянц приводит пример с абстрактным правом приобретения в индивидуальную собственность земли или мастер-

---

<sup>16</sup> Здесь ссылки даются на труд В. С. Нерсесянца «Философия права», изданный в 1997 г., в котором сконцентрирована информация, опубликованная автором либертарной концепции в ранее изданных работах.

<sup>17</sup> См.: Нерсесянц В. С. Философия права. С. 20.

ской (средств производства) в докапиталистической ситуации (когда такое право имеют лишь некоторые), в капиталистической ситуации (когда такое право имеют все) и в социалистической ситуации (когда такого права не имеет никто в отдельности).

Здесь следует уточнить один вопрос. Если в обоснование отсутствия при социализме формального равенства предлагается довод о том, что никто в отдельности не имеет права на приобретение в индивидуальную собственность средств производства, то в общей посылке необходимо говорить об абстрактной свободной возможности приобрести – в согласии с общим масштабом и равной мерой правовой регуляции – свое, индивидуально-определенное право не на «данный объект», а на «средства производства», поскольку понятие «данный объект» значительно шире понятия «средства производства».

В частности, если под «данным объектом» понимать, например, движимое или недвижимое (дом, гараж, квартиру) имущество, то правоспособность как абстрактная свободная возможность граждан социалистического государства приобрести свое индивидуально-определенное право на данный объект все же существовала. Но тогда получается, что формальное равенство индивидов в обществе обосновывается лишь возможностью приобретения средств производства, но не распространяется на другие объекты гражданского оборота, что исключает всеобщее значение сделанного вывода.

По аналогии можно прийти и к другому выводу: если в конкретном общественном образовании есть объект, на приобретение которого никто в отдельности не имеет права, то в этом обществе нет права как формального равенства. Тут очень просто дойти до абсурда и доказать, что право как формальное равенство (в обозначенном либертарной концепцией смысле) не существует нигде, ведь в любом обществе имеются объекты, изъятые из гражданского оборота, например ядерное оружие. И для того чтобы смогла существовать данная логико-философско-правовая конструкция, в нее требуется ввести элемент «в согласии с общим масштабом и равной мерой правовой регуляции». Если говорить об общем масштабе и равной мере правовой регуляции для конкретного социума, то в СССР был и общий масштаб, и равная мера (никто в отдельности не владел средствами производства, во всяком случае, теоретически). Если говорить об общем масштабе в размерах планеты, то таковым будет лишь божественное откровение, но никак не абстрактная правовая возможность индивида приобрести в собственность какой-либо объект, поскольку «формы проявления равенства как специфического принципа правовой регуляции носят социально-исторический характер»<sup>18</sup>, т. е. не кричала конкретны по отношению к конкретно-историческим условиям. И здесь не меняет положения вещей утверждение о том, что данный принцип универсален для всех историче-

---

<sup>18</sup> Там же. С. 22.

ских типов и форм права, поскольку данное утверждение о другом, а не об общем масштабе и равной мере правовой регуляции.

Кроме того, определение *права через меру правовой регуляции* отличается известной схоластичностью, поскольку определение явления через самое себя не позволяет раскрыть его сути. Все в мире относительно.

*Право как свобода.* Характеристика права через категории «свобода» и «равенство» не нова в философии права. Давая философское определение праву, Гегель, в частности, отмечал, что «идея права есть свобода». Русский философ В. С. Соловьев определял право как «свободу, обусловленную равенством».

Но *как* определить уровень свободы индивида в конкретном обществе на том или ином историческом отрезке времени и *чем* обусловлен этот уровень индивидуальной свободы?

На любом историческом отрезке уровень свободы индивида в обществе будет находиться между абсолютной свободой и абсолютной несвободой. Под абсолютной свободой человека в обществе следует понимать такую возможность выбирать способы своего поведения в отношении окружающих, средства и методы воздействия на них, которая ограничена только его физической силой. Однако, как известно, жить в обществе и быть свободным от общества невозможно. Суть любого человеческого общества – это отношения между людьми, его составляющими. Для того чтобы конкретное

общественное образование существовало, необходимо равновесие<sup>19</sup> (принцип равновесия в живой и социальной природе является жизнеобеспечивающим). Оно должно возникнуть между стремлением каждого к «абсолютному» проявлению своей свободы и стремлением общества ограничить свободу каждого совокупною волей свободы всех. Эти тенденции имели место уже на заре человечества, так как представляли собой явление живой природы<sup>20</sup>. Они существовали, существуют и будут существовать как реальность, данная нам природой. Вся человеческая история служит убедительным доказательством непрекращающейся борьбы двух названных сил в любом обществе. Недооценка этого феномена может привести к идеализации общества и к тому, что при создании конституционной схемы законодатели забудут, что «хорошая конституционная схема должна быть рассчитана на средний для общества уровень обычных, достаточно мелких страстей и помыслов заурядных людей с поправкой на быструю потерю у них реальной самооценки и возможности самокритики»<sup>21</sup>. Но, с другой стороны, по мысли И. Кан-

---

<sup>19</sup> Говоря о равновесии в обществе (равновесии, как жизнеобеспечивающем принципе), следует иметь в виду не только равновесие свобод индивидов, но и равновесие центростремительных и центробежных сил, равновесие полов, равновесие между добычей средств к существованию и их потреблением (доходами, расходами) и т. и.

<sup>20</sup> См.: *Дольник В.* Непослушное дитя биосферы. М., 1994. С. 168.

<sup>21</sup> *Баренбойм П.* Первая конституция мира. Библейские корни независимости суда. М., 1997. С. 49.

та, в постоянной борьбе индивидуального и общего, в стремлении каждого к «абсолютной» свободе и подавлении этого стремления совокупной волей таких же «каждых» кроется одна из внутренних пружин развития человеческого общества<sup>22</sup>.

В свете сказанного становится понятным, почему принцип «право есть свобода» Кант понимал как *свободу, гарантируемую правом*: это предполагает ограничение индивидуальной свободы свободой всех других лиц и ограничение свободы всех других лиц индивидуальной свободой. Однако точно определить границы, в которых сохраняется социальное равновесие между индивидуальной свободой и свободой всех других лиц, невозможно, поскольку эти границы находятся в некотором диапазоне между чертой, за которой наступает анархия, и чертой, за которой личность низводится до нуля (что, в принципе, для общества одно и то же, поскольку «крайности сходятся»). Для каждого общества определение этого диапазона индивидуально, свою роль играет не только уровень его экономического и духовного развития, но и исторические особенности его возникновения, развития, самосознания, самоопределения и многие другие факторы. Как говорили мудрецы древности, «лучшая дорога – средняя», и центральная линия «диапазона равенства или равновесия» – это идеал, к которому постоянно стремится любое общество. Но как только этот диапазон равенства сво-

---

<sup>22</sup> См.: Алексеев С. С. Восхождение к праву. С. 428–440.

бод нарушается, в обществе происходит социальный взрыв. Формы проявления таких взрывов самые разнообразные (от физического уничтожения узурпатора свобод личности до развала общества и прекращения его существования; от порабощения данной социальной организации другой, более сильной в смысле равновесия свобод (история знает примеры завоеваний экономически более чуть бы плачущая повисела вернулась ее развитых государств менее развитыми) до внутренних беспорядков и бунтов). Безусловно, не только существенное нарушение соотношения индивидуальной свободы и совокупной общественной свободы приводит к социальным взрывам и катастрофическим последствиям для конкретного социального образования, но при любом социальном катаклизме в конкретном обществе наблюдается явное несоответствие (перевес в ту или иную сторону) соотношения индивидуальной свободы каждого и совокупной свободы всех.

В контексте размышлений о свободе и равенстве речь о праве шла лишь как о явлении, с помощью которого обществу должна быть гарантирована свобода, а не как о феномене, который сам по себе лежит в основе социальных отношений и связей. Не потому ли, что при определенной взаимосвязи названных категорий они все-таки разноплановы? Свобода и равенство как природное свойство живой субстанции, в том числе организованной в социум, выражаются через закономерности жизнедеятельности любой общно-

сти, а право – явление исключительно социального, государственно-организованного человеческого бытия, возникающее в человеческой истории лишь после появления объективных предпосылок и исчезающее не в связи с образованием философских конструкций, а в случае исчезновения тех условий, которые вызвали право к жизни и благодаря которым право в современном обществе существует.

Обратим внимание, как трактует либертарная концепция понимание права как свободы. Анализируя право как свободу автор либертарной концепции рассматривает его как форму общественных отношений. Смысл и существо правовой формы бытия и выражения свободы определяются через независимость субъектов друг от друга в рамках правовой формы их взаимоотношений и одновременно их одинаковую, равную подчиненность общей норме.

«Для всех тех, чьи отношения опосредуются правовой формой, – как бы ни был узок правовой круг, – право выступает как всеобщая форма, как общезначимый и равный для всех этих лиц... одинаковый масштаб и мера. В целом всеобщность права как единого и равного... масштаба и меры (а именно – меры свободы) означает отрицание произвола и привилегий...»<sup>23</sup>

«Своим всеобщим масштабом и равной мерой *право* измеряет, “отмеряет” и оформляет именно свободу индивидов, свободу в человеческих взаимоотношениях – в действи-

---

<sup>23</sup> Нерсесянц В. С. Философия права. С. 22–23.

ях, поступках, словом, во внешнем поведении людей. Дозволения и запреты права как раз и представляют собой нормативную структуру и оформленность свободы в общественном бытии людей, пределы достигнутой свободы, границы между свободой и несвободой на соответствующей ступени развития»<sup>24</sup>. (Выделено нами. – А. А.)

Здесь важный момент. Право – не сущностное содержание свободы, не ее основа и источник, а внешнее ее оформление (форма). Причем оформление «пределов достигнутой свободы, границы между свободой и несвободой на соответствующей ступени развития». Но если это так, то право должно выполнять функцию оформления свободы, оформления вовне, а не в умах пытливых мыслителей, причем оформления уровня свободы, достигнутой на определенной ступени развития. И если право (в понимании либертарной концепции) оформляет лишь правовые системы (без проявления этого оформления вовне), а к неправовым никакого касательства не имеет, то как определить, произошло ли оформление пределов достигнутой свободы конкретным обществом на соответствующей ступени его развития? Для действительно научного анализа этого явления (права в трактовке либертарной концепции) очень не помешало бы увидеть хотя бы либо сам процесс оформления, либо его результат. В данном случае ссылка на то, что в конкретном государстве на сегодняшний день правовой порядок и кон-

---

<sup>24</sup> Там же.

кретное позитивное право являются правом в либертарном понимании, ничуть не будет по своей обоснованности отличаться от точно такого же утверждения, сделанного по поводу любого другого государства с иной позитивно-правовой системой.

Однако такой ход рассуждений, естественно, не приводит к неизбежному убеждению в правильности выводов либертарной концепции о праве как объективном явлении, существующем не в каждом пространстве позитивного (писаного) права, а лишь в том, где позитивное право правовое. Поэтому требуется дополнительная аргументация. И она находится. «Право... всеобщий масштаб и равная мера именно и прежде всего свободы индивидов. Свободные индивиды – “материя”, носители, суть и смысл права. Там, где отрицается свободная индивидуальность, личность, правовое значение физического лица, там нет и не может быть права... там не может быть и каких-то действительно правовых индивидуальных и иных... субъектов права, действительно правовых законов и правовых отношений и в обществе в целом, и в различных конкретных сферах общественной и политической жизни...

Эти положения в полной мере относятся и к такой существенной сфере жизнедеятельности общества, как экономика и производство, как отношения собственности в целом...

...Формирование и развитие свободной, независимой, правовой личности необходимым образом связаны с призна-

нием человека субъектом отношений собственности, собственником средств производства. Собственность... образует собой вообще цивилизованную почву для свободы и права. Где полностью отрицается право индивидуальной собственности на средства производства, там не только нет, но и в принципе невозможны свобода и право»<sup>25</sup>.

Нетрудно заметить, что как при определении права через категорию «равенство», так и при определении права через категорию «свобода» основателем либертарной концепции в качестве главенствующего аргумента в поддержку выдвинутых посылок приводится отношение индивида к средствам производства (имеет ли человек право быть собственником средств производства). Не обедняет ли такой подход саму существующую уже не одно столетие идею, согласно которой позитивное и естественное право не одно и то же?

*Право как справедливость.* В. С. Нерсисянц определяет право через категорию «справедливость». «Понимание права как равенства (как общего масштаба и равной меры свободы людей), – пишет он, – включает в себя с необходимостью и справедливость... Справедливость входит в понятие права, право по определению справедливо, справедливость – внутреннее свойство и качество права, категория и характеристика правовая, а не внеправовая (не моральная, нравственная, религиозная и т. д.)... только право и справедливо... Справедливо то, что выражает право, соответствует

---

<sup>25</sup> Там же. С. 27–28.

праву и следует праву»<sup>26</sup>. И далее: «По смыслу и по этимологии справедливость восходит к праву, обозначает наличие в социальном мире правового начала и выражает его правильность, императивность и необходимость»<sup>27</sup>.

От такого «раскрытия» поставленного вопроса ясности не прибавляется, поскольку справедливость определяется не как самостоятельное явление, а как то, что входит в понятие права, выступает внутренним свойством и качеством права, а право, в свою очередь, получает характеристику через понятие справедливость: «по определению справедливо».

*Но что есть справедливость?*

Справедливость, на наш взгляд, коренится не в праве (хотя они неразрывно связаны между собой, причем справедливость как общее, присущее живой природе явление, а право – как самостоятельное явление, содержащее в себе часть этого общего, относящуюся лишь к жизни человеческого социума). Справедливость – явление живой природы вообще. Многовековая история свидетельствует о том, что первородный хаос превратился в некоторую упорядоченность, проявляющуюся в *сосуществовании* многообразных форм жизни, возникших по воле Высшего Разума (или как проявление случайности) в океане Мироздания на планете Земля. Это сосуществование разнообразных форм жизни возможно только до тех пор, пока кардинальным образом не будет

---

<sup>26</sup> Там же. С. 28–29.

<sup>27</sup> Там же.

нарушено равновесие в природе. Выход за «рамки всеобщего равновесия» означал бы гибель всего живого (по крайней мере, прекращение жизни тех видов и в тех формах, в которых живое существует при данном равновесии). Необходимое равновесие достигается благодаря постоянно повторяющимся проявлениям жизнедеятельности всего живого, которые имеют характер природной закономерности, обеспечивающей необходимое равновесие. Таким образом, справедливость – это категория, отражающая в разнообразных проявлениях жизнедеятельности живой природы соответствие происходящих событий закономерностям существования этой живой природы. Справедливость – критерий оценки, характеристика деятельности.

Зачаточные элементы справедливости наблюдаются в животном мире. Например, справедливо ли в львиной семье такое положение, когда глава семьи первым приступает к трапезе, даже если он и не принимал непосредственного участия в охоте? При этом лев наедается первым, за ним львицы, а затем львята. На первый взгляд, такое положение вещей может показаться несправедливым (место надо уступать женщинам и детям). Однако в таком порядке кроется глубинное проявление природной справедливости, ибо лев не только глава семьи, но и защитник ее территории от чужого посягательства, защитник самой семьи. Поэтому природная закономерность в данном случае требует, чтобы именно лев был постоянно «в форме», в противном случае может погиб-

нуть вся семья. А природная закономерность сводится не к приведению популяции к гибели, а к созданию условий для ее существования и развития. Значит, такое положение вещей справедливо.

Справедливость для человеческого сообщества (как одного из проявлений живой природы) будет заключаться в соответствии поведения человека закономерностям существования данного общества, а справедливым будет все то (в поведении, связях, отношениях), что согласуется с этими закономерностями. За нарушение принципов справедливости, допущенное одним человеком, этот человек может понести ответственность перед обществом, а за нарушение принципа справедливости, допущенное обществом, ответственность последнего как социального образования неминоваема (в данном контексте имеется в виду ответственность не в юридическом смысле). Сообразно этому вывод либертарной концепции о том, что справедливость служит *лишь* свойством права, представляется неубедительным. Справедливость как характеристика (критерий) соответствия любого социального явления закономерности развития, безусловно, присутствует и в других социальных нормах (нравственных, корпоративных, религиозных и т. д.). В свою очередь, право – это часть справедливости, но не вся справедливость. Определение справедливости лишь как правового явления верно только в том случае, если мы признаем, что в обществе, кроме права, нет никаких других проявлений человеческой

жизнедеятельности, или «все остальное – ничто, а право – все».

В связи с изложенным возникает вопрос: что собой представляет явление, называемое правом в чисто философском смысле?

По нашему мнению, это абстрактное понятие *абсолютного правового идеала*, который представляет собой меру, эталон, идеальный образ отношений в конкретном обществе на конкретном этапе его исторического развития; меру, эталон, идеальный образ общих правил поведения, вызванных закономерностями существования данного конкретного социального образования, развивающегося в соответствии с принципами равенства, основанными на идеальном соответствии уровня «абсолютной» свободы каждого уровню совокупной воли свободы всех; меру, эталон, идеальный образ тех правил поведения, которые объективно необходимы и абсолютно точно отражают потребности данного конкретного общества в достижении им наиболее гармоничного уровня существования на конкретном этапе его исторического развития.

Иными словами, *абсолютный правовой идеал* — это абстрактный эталон таких правил поведения, которые в идеале соответствуют уровню развития данного конкретного общества на конкретном историческом этапе и которые идеально отвечают возможности его наиболее гармоничного развития. Стремление именно к этому абсолютному правовому

идеалу, при котором только и может (но только гипотетически) возникнуть общество всеобщего благоденствия, является движущим мотивом мыслителей-гуманистов всех эпох, направляющих свои устремления на осознание законов общественного развития.

Нетрудно заметить, что *абсолютный правовой идеал* не является синонимом *естественного права*, которое, согласно естественно-правовой доктрине, проистекает из природы человека, человеческого разума, всеобщих нравственных принципов, а по этому разумно и справедливо, не сковано границами отдельных государств, распространяется на все времена и народы. Оно вечно и неизменно, подобно природе и разуму человека.

Как отмечает М. И. Байтин, основные нравственные и правовые идеи и принципы, обосновываемые естественно-правовой теорией, – это прирожденные неотчуждаемые права человека: свобода, равенство, семья, частная собственность, достоинство, безопасность, вера в добро и справедливость, сопротивление гнету и другие. Их охрана должна быть целью любого политического союза, в первую очередь – государства. «Само естественное право как нравственные и правовые идеи, принципы, идеалы, пожелания и требования *не является правом в юридическом смысле*, а представляет собой мораль, правосознание, демократические устремления, то есть ближайшую и необходимую духовную (идейную) *предпосылку права*. Важная роль в пре-

творении идеалов естественного права в жизнь принадлежит основанному на нем *позитивному, или собственно юридическому праву*»<sup>28</sup>.

В интересах общества можно и нужно тесно соединять дальнейшее изучение действующего права со скрупулезным осмыслением абсолютного правового идеала (права в философском смысле), можно и нужно конструктивно критиковать существующее позитивное право, обосновывать необходимость его изменений, обновления и т. и. Однако при этом для любого общества сомнительной и социально опасной является идея жесткого разграничения и противопоставления права и закона, *как это обосновывается либертарно-юридической теорией, из которой, по сути, следует*, что отдельный индивид по своему субъективному усмотрению может поступать не по действующему праву, а самостоятельно решать, какой из действующих законов правовой, а какой неправовой.

Самое время привести историческую справку из детства Человечества: анализируя текст Ветхого Завета, П. Баренбойм констатирует, что в главах 17–21, т. е. до конца Книги Судей, описываются смутные времена без упоминания судей, вождей и т. д. с печальным финалом: «Каждый делал то, что ему казалось справедливым» (гл. 21, и. 25)<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Байтин М. И. Сущность права. (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). С. 19–20.

<sup>29</sup> Баренбойм П. Первая конституция мира. Библейские корни независимости

Единственным официально-властным инструментом, регулирующим отношения между людьми (плохо ли, хорошо ли) может и должно быть только официально действующее в государстве право. Данный вывод вытекает, во-первых, из *принципа равенства* — «что дозволено одному, то должно быть дозволено и другому»; во-вторых, из *принципа свободы* — «абсолютная свобода каждого должна быть ограничена совокупной волей свободы всех»; в-третьих, из *принципа справедливости* — «справедливо то, что закономерно», а одна из закономерностей современного общества как раз и состоит в жизненной необходимости права и правового регулирования отношений между людьми.

Императив общеобязательности писаного закона, вопреки либертарной концепции, – не проявление рабской психологии. Без выполнения данного императива не может существовать никакое современное общество.

В свете этого трудно согласиться и с мнением представителей либертарной концепции, согласно которой *право в современном обществе может быть, а может и не быть*. К истории человечества необходимо относиться корректно и бережно, поскольку только с ее помощью человек может и должен познавать закономерности своего существования. По известным причинам права как государственного регулятора общественных отношений не было и не могло быть в первобытном обществе. Современное же общество *немыс-*

лимо без него, хотя позитивное право в разных государствах и различных исторических условиях, безусловно, *различается* по своему характеру, содержанию, роли и т. и. Поэтому позитивное право того или иного государства надо воспринимать не таким, каким его хотелось бы видеть авторам либертарной концепции, *а таким, какое оно есть на самом деле*. Общество может и обязано по мере своего развития осознанно добиваться улучшения качества и эффективности действующего (позитивного) права. Выполнение этой задачи возможно при наличии необходимых (и не только экономических) условий. Думается, что важнейшим критерием оценки способности общества к эволюционному развитию, предполагающему поддержание позитивного права на уровне, близком к идеальному, является наличие демократических устоев в данном обществе<sup>30</sup>.

Любые научные разработки правопонимания, в том числе и рассмотренная «либертарно-юридическая концепция», имеют право на существование и могут принести известную пользу, поскольку побуждают исследователей, придерживающихся противоположных точек зрения, проверять и усиливать собственную аргументацию, искать новые пути развития правовой науки.

При этом, однако, важно иметь в виду, что если «раньше такого рода концепции отстаивались преимущественно

---

<sup>30</sup> Данный аспект проблемы в настоящей работе только обозначен, ибо предполагает специальное исследование.

в абстрактно-академическом плане в статьях и монографиях, рассчитанных на сравнительно небольшой круг читателей, то в настоящее время они проводятся и через издаваемую крупным тиражом учебную литературу, предназначенную для студентов высших юридических учебных заведений, основной массе которых предстоит работать в суде, в правоохранительных и других органах государственной и исполнительной власти. Но как совместить обучение теории государства и права по учебнику, ориентирующему на противопоставление права и закона с положением о том, что “в государственной службе нужны профессионалы, для которых единственным критерием деятельности является закон”»?<sup>31</sup> Это, в основном, относится к судьям, которые, как закреплено ст. 120 Конституции РФ, независимы и подчиняются только Конституции РФ и федеральному закону. Следовательно, формирование научно-правового мышления судей неразрывно связано с современным нормативным пониманием права.

---

<sup>31</sup> Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное понимание на грани двух веков). С. 5–6.

## 1.3. Правовой идеал и действующее (позитивное) право

Абсолютный правовой идеал представляет собой характеристику объективных потребностей людей, проявляющихся в социальных отношениях и связях, отражает эти потребности; именно они, эти потребности, а не право в философском смысле (абсолютный правовой идеал), воздействуют на людей (в том числе на законодателя), на их отношения. Люди в своих отношениях пытаются «вырваться» из формальных норм позитивного права, если последние устарели настолько, что противоречат объективным потребностям общественного существования и развития. Но дело как раз в том и заключается, что эти самые нормы позитивного права, пусть уже отставшие от жизни, пусть мешающие прогрессу, не просто написаны на бумаге, но имеют реальную силу защиты – государственную силу, и поэтому любое отступление от этих формальных норм способно вызвать негативную реакцию государства. С другой стороны, точное следование действующему позитивному праву, вполне возможно и в противоречие абсолютному правовому идеалу (праву в философском смысле), не может повлечь негативной реакции государства.

В свою очередь, фактические отношения не мертвы, они живут и развиваются. Юридические определения (нормы

позитивного права) могут соответствовать прогрессивному развитию этих отношений, но могут также (если эти определения плохи) «соответствовать» регрессу или застою<sup>32</sup>.

Для уточнения нашей позиции по данной проблеме обратимся к логике рассуждений Г. В. Плеханова по вопросу о возникновении правовых норм.

Как возникают юридические нормы? – спрашивал Г. В. Плеханов и отвечал, что всякая такая норма представляет собой отмену или видоизменение какой-нибудь старой нормы или какого-нибудь старого обычая. Почему отменяются старые нормы и старые обычаи? Потому, что они перестают соответствовать новым «условиям», т. е. новым фактическим отношениям, в которые люди становятся друг к другу в общественном процессе производства. Если старые юридические нормы препятствуют известной части общества достигать своих житейских целей, удовлетворять свои насущные нужды, то эта часть общества непременно и чрезвычайно легко придет к сознанию их стеснительности: для этого нужно немного больше мудрости, чем для сознания того, что неудобно носить слишком узкую обувь или чересчур тяжелое оружие. Но от сознания стеснительности данной юридической нормы, конечно, еще далеко до сознательного стремления к ее отмене. Первоначально люди просто пытаются обходить ее в каждом частном случае...

Рост сознания людьми своего положения обыкновенно

---

<sup>32</sup> См.: Ленин В. И. Поли. собр. соч. Т. 8. С. 259.

более или менее отстает от новых фактических отношений, изменяющих это положение. Но сознание все-таки идет за фактическими отношениями. Где слабо сознательное стремление людей к отмене старых учреждений и к установлению нового юридического порядка, там этот новый порядок еще не вполне подготовлен общественной экономикой.

Иначе сказать, в истории неясность сознания – «промахи незрелой мысли», «невежество» нередко знаменуют собой только одно: именно, что еще плохо развит предмет, который надо сознавать, т. е. новые нарождающиеся отношения. Ну, а невежество этого рода, – незнание и непонимание того, чего еще нет, что находится еще в процессе возникновения, – очевидно, есть лишь относительное невежество<sup>33</sup>.

Изложенные положения вполне определенно приводят к выводу о том, что общественные отношения регулируются нормами формального (позитивного) права, что возникновение нормы права, оформленной в законе, – это длительный процесс, который завершается не тогда, когда установление «нового юридического порядка будет подготовлено общественной экономикой», но после того, как рост «сознания людьми стеснительности старой юридической нормы перейдет в сознательное стремление к ее отмене». А до этого, пока сознание отстает от фактических отношений, люди просто стремятся обходить действующую юридическую норму.

---

<sup>33</sup> См.: Плеханов Г. В. Избр. филос. произв. Т. 2. С. 256–257.

Прав С. С. Алексеев, который отмечал, что при широкой трактовке права, когда право отделяется от закона, самое понятие правомерного иногда деформируется и входит в противоречие с принципом законности. Такая трактовка может привести к легализации незаконной, юридически противоправной деятельности тех или иных лиц, действующих якобы в соответствии с некими не выраженными в законе «правами»<sup>34</sup>.

Кроме того, познать «идеальное право» (абсолютный правовой идеал) – примерно то же самое, что познать «абсолютный дух». Вместе с тем науке давно известен способ оценки соответствия того или иного социального явления через призму социальной практики. Если же речь вести о праве (в юридическом смысле), то оценить соответствие формально определенных правил поведения объективно обусловленному уровню общественных отношений можно через призму правовой жизни общества в целом и через правоприменительную практику в частности. Комплексное и детальное изучение этой научной категории как таковой, а также всестороннее изучение такого стержневого явления правовой жизни общества, как правоприменительная деятельность суда, может позволить если и не познать «идеальное право» (абсолютный правовой идеал), то в максимальной степени приблизиться к осознанию тех «болевых» точек

---

<sup>34</sup> См.: Алексеев С. С. Право – институциональное социальное образование // Вопросы теории государства и права. Саратов, 1983. Вып. 1. С. 9—10.

в правовой жизни общества, своевременное излечение которых с безусловностью будет подводить общество к социальной гармонии – состоянию, когда высокое правовое сознание граждан является гарантом от социальных потрясений любого уровня.

И если прямая зависимость между уровнем экономического развития и демократией в обществе очевидна, то в правоприменительной деятельности судов ничуть не менее ярко проявляется зависимость правового сознания граждан от уровня демократии и, в конечном счете, от уровня экономического развития общества. Правовое же сознание проявляется в большей степени не в том, как члены того или иного общественного образования в душе или на словах относятся к действующему праву, а в том, как они участвуют или не участвуют в правовых отношениях, как осуществляют свои права и выполняют юридические обязанности в многочисленных реальных правовых связях. В свою очередь во всевозможных и многосторонних правовых связях между субъектами правоотношений по самым разнообразным причинам (низкий уровень правового сознания и правовых знаний, правовой нигилизм, низкий общекультурный уровень, криминальное поведение и т. и.) то и дело возникают недопонимания, трения, противоречия, разногласия, а порой и жестокие по своему содержанию, течению и развязке конфликты. Как правило, наиболее острые правовые конфликты становятся предметом судебного изучения, независимо

от того, уголовные ли, гражданские, административные, семейные, трудовые или земельные правоотношения привели в своем развитии к возникновению конфликта.

Критические замечания, высказанные нами в целом в адрес правовых теорий, достаточно жестко разграничивающих категории «право» и «закон», должны были показать наше отношение к такому подходу в понимании права. Однако автор настоящей работы не претендует на обладание «истиной в последней инстанции» и присоединяется к мысли российского юриста и интеллигента XIX века В. Д. Спасовича. Высказывая свою точку зрения, «я оправдываюсь только тем, что несравненно легче разрушать, нежели созидать; критиковать существующее, нежели проектировать новое. Осмеюсь вам сознаться, что я жду возражений, что я бы радovelся самой едкой критике. Она бы была очевидным доказательством того, что мои мысли обратили на себя чье-либо внимание, что они заслужили право на серьезное с чьей-либо стороны опровержение. Критика, опровержение суть величайшие почести, какие могут быть оказаны мыслящему человеку»<sup>35</sup>.

Здесь мы подошли к исключительно важной плоскости рассуждения. Плоскости, в которой пересекаются должное и сущее, в которой находит свое проявление (в практике социальных отношений) реализация справедливости.

Если исходить из того, что «идеальное право» (абсолют-

---

<sup>35</sup> Спасович В. Д. Указ. соч. С. 89.

ный правовой идеал) как идеальная мера, модель необходимых для данного общества отношений в полном своем виде проявиться не может, но юридическое право (возьмем точку зрения либертарной концепции – писаное право в правовом обществе), выполняя свою важнейшую функцию – регулятивную, реально создает условия для достижения общественного равновесия, баланса центробежных и центростремительных сил, интересов одной личности, стремящейся к максимальному проявлению своей «абсолютной» свободы, и интересов всех личностей, каждая из которых также стремится к «абсолютной» свободе, но все вместе – к подавлению свободы индивидуальной личности как таковой, то мы вынуждены будем прийти к выводу, что даже «правовое» право как писаное (позитивное) право всегда будет относительно несправедливым, поскольку оно никогда не будет идентично «идеальному праву» (абсолютному правовому идеалу). Как только писаное (позитивное) право станет идентичным «идеальному праву» (абсолютному правовому идеалу) оно исчезнет, поскольку это будет означать, что человечество достигло уровня познания Абсолютной Идеи Мироздания, постигло Абсолютный Разум, Божественное откровение.

Как ранее было сказано, в человеческом обществе справедливо то, что согласуется с требованиями Природы, проявляющимися в закономерностях существования данного общества. Иными словами – справедливо то, что закономерно. Право («идеальное» или позитивное) представляет со-

бой не что иное, как меру свободы, закрепленную правилами поведения. Право («идеальное» или позитивное) является действующим принудительно регулятором общественных отношений. Формы принуждения различны: «идеальное» право (абсолютный правовой идеал) исподволь подталкивает людей к построению своих отношений в согласии с закономерностями существования, но в случае нарушения своих требований (нарушения закономерностей существования) «идеальное» право «реагирует» вполне реально (о чем говорилось ранее).

Отметим еще раз: в этом, и только в этом смысле «идеальное» право служит регулятором общественных отношений. В этом, и только в этом смысле возможно рассматривать идеальное право как высшую справедливость (природную, божественную, справедливость Высшего разума и т. и.) для конкретного общества в конкретный период его исторического развития.

Позитивное же право через установленные правила поведения регулирует отношения между людьми в конкретном обществе осязаемо, зримо. Принудительный характер его регулятивной функции проявляется в общественном реагировании через созданные данным обществом институты принуждения. В данном контексте трудно согласиться с позицией либертарной концепции, согласно которой право в современном обществе может существовать, а может и отсутствовать. В Природе вакуума не бывает. Человеческая ис-

тория – это цепь проявлений закономерностей и случайностей (которые, в свою очередь, подтверждают закономерности). К истории человечества необходимо относиться корректно и бережно, поскольку только с ее помощью человек может и должен познавать закономерности своего существования. Писаное (позитивное) право как созданный конкретным обществом государственный регулятор общественных отношений – это и есть реальное право, поскольку только в этой форме «идеальное» право (пусть в ряде случаев в искаженном до неузнаваемости виде) может проявиться в человеческом обществе. Позитивное право как регулятор общественных отношений является всегда в конкретном обществе на конкретном этапе его исторического развития проявлением комплекса социальных реалий: исторических особенностей и уровня развития данного общества, уровня экономики, уровня самооценки и самосознания, уровня правосознания общества (а не отдельных выдающихся его представителей), уровня и качества отношений с внешними социальными образованиями, природных условий существования и т. д., оно является не только и не столько материализованным результатом осознания обществом закономерных потребностей своего существования, сколько результатом искажения данных закономерных потребностей, результатом искажения, произошедшего из-за всей совокупности разнообразных жизненных факторов, о которых только что говорилось.

В конечном итоге «качество» писаного (позитивного) права зависит от силы общества и будет во все времена колебаться по принципу маятника в зависимости от силы общества либо в сторону приближения к требованиям «идеального» права, либо в обратную сторону – удаляясь от объективных закономерностей существования общества, подводя последнее к неминуемому краху.

В этом смысле можно сказать, что в современном обществе право либо есть, либо нет, но тогда нет и общества. Позитивное право таково, каково оно есть, и его качество соответствует всей совокупности исторически сложившихся реалий данного общества на момент его существования. Общество может по мере своего развития эволюционным путем «поднимать» позитивное право к «идеальному». Для этого действительно необходимо, чтобы в данном обществе имелись достаточные (и не только экономические) условия для проявления свободы как осознанной необходимости. Но как только достигается уровень критической диспропорции между позитивным правом и исторически обусловленными реалиями (объективными закономерностями), общество лишается права на существование в том виде, в котором оно зашло за «роковую черту».

Так было везде. И если оценивать исторические процессы не только с точки зрения развития экономических отношений, а в совокупности с уровнем правового (в общем смысле этого слова) состояния, то можно обратить внимание на за-

кономерность: само по себе крайне тяжелое, нищенское состояние общества еще не провоцирует безусловно прекращение его существования.

В связи с этим можно предположить, что одним из главных факторов, подводящих общество к краху, является состояние критической диспропорции между позитивным правом и исторически обусловленными реалиями (объективными закономерностями), требующими соответствующего уровня регуляции общественных отношений. Так было в России в начале XX века, так было в СССР в конце XX века. Очень не хочется, чтобы так стало с Россией в XXI веке<sup>36</sup>.

Почему обозначенный нами подход столь важен? Потому, что если мы согласимся с концепцией о возможности отсутствия права в обществе (наличие неправового права, неправового общества, неправового законодательства, неправового закона и т. д.), то мы вынуждены будем исходить из того, что в данном случае регулятором общественных отношений

---

<sup>36</sup> В связи с этим имеется одно интересное наблюдение, которое в плоскости затронутой проблемы может быть детально изучено и, возможно, подтверждено исторической наукой – как только общество перестает существовать в том виде, в котором оно зашло за «роковую» черту, первыми своими шагами оно изменяет позитивное право, да так, что это позитивное право значительно опережает существующие реалии (как будто срабатывает закон маятника). Это можно сказать и о новой Конституции России 1993 года, и о Законе «О статусе судей» 1992 года, и о Законе «О собственности», ст. 30 которого гарантировала гражданам материальную компенсацию государством за все нераскрытые имущественные преступления, и о Законе «О ветеранах», по которому государство не могло и не может выполнить ряд социальных гарантий, и о других аналогичных законах.

является не право, как таковое, а одни лишь писанные правила (неправовые). Ведь хотим мы этого, или не хотим, но даже в «неправовом» обществе отношения между людьми не только должны, но и подвергаются реальному регулированию. Однако этот вывод (о том, что не право регулирует общественные отношения) тогда должен распространяться на все современные социальные образования, а не только по усмотрению конкретного мыслителя выборочно на критикуемые им регулируемые порядки в том или ином общественном образовании. Тут возникает следующий вопрос: если регулятором общественных отношений является не право (а писанные по своему усмотрению правила), то какую функцию в обществе выполняет право и нужна ли вообще такая научная категория? Думается, что теоретическое противопоставление (жесткий разрыв) между законом и правом, говоря корректно, нежелателен.

В ключе этих рассуждений логично будет привести мнение представителя европейской правовой науки Рене Давида (знающего «правовое» право изнутри): «Во всей континентальной Европе, так же как и в Англии, право рассматривается как естественное дополнение морали и как одно из основ общества... В европейской традиции законы – это не более чем ядро, вокруг которых вращаются вторичные правовые нормы... повсюду граница между правом и фактом весьма искусственна, и трудно сказать, в какой мере решение сложного вопроса основывается на оценке данного дела и в

какой на толковании правовой нормы».

Рене Давид специально рассматривает вопрос о том, что в современном демократическом государстве сам характер законов (в силу необходимости удовлетворения при их создании противоположных требований) не позволяет непосредственно применять многие из них к конкретным обстоятельствам. «Законодатель, – пишет он, – употребив формулы без уточнения, тем самым дал полномочие на свободный дополнительный поиск в рамках закона. Этот свободный поиск требует от судей самостоятельных ценностных суждений, которые не могут быть выведены из позитивного права... Кроме того, намерения законодателя – это по большей части сфера гадания; особенно сложно их установить в условиях современной демократии, когда закон выступает как коллективная воля, процесс формирования которой весьма сложен»<sup>37</sup>.

В приведенной цитате много интересных моментов, один из которых, по нашему мнению, заключается в том, что в демократическом обществе с его «правовым» правом граница между правом и фактом весьма искусственна, что требует от судей свободного дополнительного поиска и самостоятельных ценностных суждений, которые не могут быть выведены из позитивного права. И в связи с этим возникает вопрос: если ценностные суждения не выводятся из позитивного права, которое (в понимании либертарной концепции)

---

<sup>37</sup> Цит. по: *Розин В. М.* Генезис права. М., 2001. С. 3, 57.

является правовым правом, т. е. правом, из чего же тогда выводить ценностные суждения? Опираясь на позиции либертарной концепции и будучи последовательным, следует сказать, что как в континентальной Европе, так и в Англии право тоже неправовое, иначе из него самого необходимо было выводить ценностные суждения.

При всем разнообразии форм, в которых право проявляется в жизни общества, сущность права заключается в регулировании поведения людей путем определения норм – общеобязательных правил такого поведения. Моральные принципы, утвердившиеся в обществе, уровень его правосознания общества, реальные условия существования могут свидетельствовать лишь о том, что право как совокупность юридически закрепленных, общеобязательных правил поведения, в той или иной мере не соответствует закономерностям существования данного общества, и не более того. Чем острее право в обществе не соответствует этим закономерностям, тем больше на это право оказывается воздействие со стороны общества (как в виде тайного сопротивления злу насилием, т. е. невыполнением правовых норм, так и в виде открытого сопротивления – стремления изменить право как допустимыми для данного общества методами и средствами, так и запрещенными).

Таким образом, характеристика права как свободы, равенства и справедливости (в нашем изложении) исключает возможность существования современного общества без

права, но позволяет определить уровень «относительного бесправия» общества, т. е. степень соответствия права в данном конкретном обществе на данном конкретном этапе его исторического развития уровню закономерных потребностей в регулировании общественных отношений. В смысле рассуждений, согласно которым самое идеальное позитивное право никогда не будет идентичным абсолютному правовому идеалу, т. е. уровню регулирования общественных отношений, обоснованному закономерностями существования общества, любое человеческое общество было, есть и будет относительно бесправным. Вопрос заключается лишь в том, какова степень этого «относительного бесправия».

## 1.4. К вопросу о разрешении противоречий между нормами права и морали

Право и мораль в процессе упорядочения общественных отношений теснейшим образом взаимодействуют между собой. Часто правовые конфликты разрешаются между сторонами «по совести» и одновременно безупречно с правовой точки зрения. Однако общественная жизнь столь многообразна, многогранна и сложна, что нередко встречаются такие жизненные ситуации, когда возникший конфликт не поддаётся одновременному разрешению и по закону, и «по совести», т. е. в соответствии с нормами морали. Причины противоречий между нормами морали и нормами права могут быть в известном смысле *объективными* (право и мораль – разноплановые социальные явления; они выполняют одну функцию – функцию социального регулятора, функцию формирования эталонов и стандартов поведения человека в обществе, однако обладают каждое своей спецификой, существуют, развиваются и изменяются по своим внутренним законам) и, так сказать, *субъективными* (право меняется не тождественно морали, не согласуясь с нормами морали в силу субъективного фактора – законодатели могут отступать в процессе нормотворчества от норм морали в угоду конь-

юнктурным, идеологическим, экономическим и т. д. соображениям).

Проблема права, морали и справедливости имеет многовековую историю. Изучению вопроса о взаимоотношении морали и права ученые уделяют внимание и в настоящее время<sup>38</sup>.

Освещая вопрос о соотношении законности и справедливости, А. Т. Боннер указывает, что решения суда должны всегда быть справедливыми, а справедливость – это нормативное понятие морали<sup>39</sup>.

Н. А. Чечина и А. И. Экимов также утверждают, что даже законное и обоснованное решение суда будет несправедливым, если оно вступает в противоречие с требованиями мо-

---

<sup>38</sup> См., например: *Агешин Ю. А.* Политика, мораль, право. М., 1982; *Баранов В. М.* Истинность норм советского права. Саратов, 1989; *Боннер А. Т.* Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. М., 1992; *Лазарев В. В.* Социально-психологические аспекты применения права. Казань, 1982; *Лукашова Е. А.* Право, мораль, личность. М., 1986; *Мальцев Г. В.* Социальная справедливость и право. М., 1977; *Матузов Н. И.* Правовая система и личность. Саратов, 1987; *Мицкевич А. В.* Взаимодействие права и нравственности // Взаимодействие форм общественного сознания. М., 1964; *Матузов Н. И.* Право в системе социальных норм // Правоведение. 1996. № 2; *Нормы советского права /* Под ред. *М. И. Байтина и В. К. Бабаева.* Саратов, 1987; *Орзих М. Ф.* Право и личность. Киев, 1978; *Тихонравов Ю. В.* Основы философии права. М., 1997; *Хайкин Я. З.* Структура и взаимодействие моральной и правовой систем. М., 1972; *Якуба Е. А.* Право и нравственность как регуляторы общественных отношений при социализме. Харьков, 1970.

<sup>39</sup> *Боннер А. Т.* Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. М., 1992. С. 77.

рали<sup>40</sup>.

И. М. Зайцев полагает, что справедливость составляет нравственную основу правомерной судебной деятельности и ее результат<sup>41</sup>.

На противоречия, возникающие между нормами права и нормами морали, кроме ученых-правоведов обращают внимание общественные деятели, социологи, писатели, журналисты. И если лица, далекие от юриспруденции, могут давать эмоциональные рекомендации и советы по поводу выхода из данного тупика, то правоведы (и теоретики, и практики), высказывая свои предложения, должны помнить о «святости» закона.

Диапазон предложений по разрешению ситуаций, когда для принятия решения необходимо выбирать между нормой права и нормой морали, колеблется от одной крайности (полное игнорирование «неправового» закона) до другой («слепое» исполнение закона). Безусловно, подобный разброс мнений в вопросе об отношении к коллизиям морали и права свидетельствует о сложности проблемы, но для судебной практики он явно недопустим. Мудрецам древности принадлежит изречение о том, что лучшая дорога – дорога посередине. В этом смысле для судебной практики необ-

---

<sup>40</sup> Чечина Н. А., Экимов А. И. Категория справедливости в советском гражданском процессуальном праве // Межвузовский тематический сборник. Калинин, 1981. С. 18.

<sup>41</sup> Зайцев И. М. Устранение судебных ошибок в гражданском процессе. Саратов, 1985. С. 4.

ходимо определение такой «золотой середины» в рассматриваемом вопросе, которая будет равно удалена, с одной стороны, от волюнтаризма судьи, полностью игнорирующего «аморальную» (по его мнению) норму права, а с другой – от слепой и полной зависимости судьи от «аморальной нормы» права в данном конкретном случае. *Эта «золотая середина» должна быть регламентирована и закреплена процессуальным законом, чтобы не научные рекомендации, а именно закон предусматривал действия судьи в столь непростой ситуации.*

Здесь необходимо выделить две ситуации:

а) когда норма права «устарела» настолько, что с очевидностью противоречит нормам морали;

б) когда норма права в целом соответствует уровню социально-экономического развития общества, но в данном конкретном споре при стечении данных жизненных обстоятельств противоречит внутреннему убеждению судьи, основанному на нормах морали.

Те случаи, когда «аморальная» норма права противоречит Конституции или норме права, закреплённой в нормативном акте более высокой юридической силы или изданном хронологически позднее, нами не исследуются, поскольку в подобных случаях «аморальная» норма права правоприменителем просто игнорируется.

При исследовании первой ситуации можно согласиться с мнением А. Т. Боннера, считающего, что радикальное устра-

нение коллизии между правом и моралью обычно возможно лишь путем приведения закона в соответствие с моральными установлениями.

Но если устарелость правовой нормы, ее отставание от новых условий жизни очевидно, то практически все жизненные ситуации, требующие правового регулирования этой нормой, неизбежно будут в суде вызывать изучаемый нами конфликт между правом и моралью. В данном случае можно вспомнить в качестве примера институт колхозного двора, существовавший в нашей правовой действительности до последнего времени. И в свете сказанного трудно согласиться с А. Т. Боннером, что «в ряде случаев» можно найти выход из этой ситуации путем «наиболее справедливого истолкования данной нормы и познания ее действительного смысла в системе норм конкретной отрасли права, а также права в целом, учитывая, кроме того, индивидуальные особенности дела, подлежащего разрешению»<sup>42</sup>. Ведь если норма права устарела настолько, что противоречит нормам морали, то, во-первых, наиболее справедливое истолкование будет напоминать стремление назвать темное светлым, а, во-вторых, указание на необходимость «в ряде случаев» находить выход путем справедливого истолкования не вполне корректно, поскольку этот «ряд случаев» будет состоять из всех таких споров.

---

<sup>42</sup> Боннер А. Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. М., 1992. С. 86.

А вот рассуждая о втором случае, когда в конкретной жизненной ситуации применение вовсе не устаревшей нормы права приводит к конфликту с нормами морали, можно частично согласиться с приведенным мнением о том, что разрешение дела должно опираться на справедливое толкование нормы, права в целом, учитывать индивидуальные особенности самого правового конфликта. Проблема заключается в том, что каждый конкретный случай, рассматриваемый в аспекте изучаемого вопроса, это все-таки частный случай, и при его разрешении исследователь постоянно будет сталкиваться с необходимостью разрешения общего вопроса. А такие случаи, когда определенная норма права (вполне соответствующая уровню социально-экономического развития общества) в конкретном жизненном споре противоречит нормам морали, встречаются и будут встречаться постоянно, поскольку многогранна в своих проявлениях жизнь общества, а также потому, что право никогда не будет поспевать за динамикой общественной жизни.

Для радикального разрешения ситуаций подобного рода напрашивается предложение наделить суд правом в исключительных случаях, давая полную правовую характеристику изучаемому конфликту, выходить за рамки правовой регламентации аналогичных отношений, чтобы принятое им решение согласовывалось с нормами морали.

В данном предложении нет ничего алогичного, поскольку, с одной стороны, суд дает изучаемому конфликту полную

правовую характеристику, в которой, безусловно, отражаются правовой характер конкретных отношений и правовая регламентация поведения субъектов в данных отношениях, с другой стороны, суд руководствуется процессуальной нормой (о которой было сказано выше), т. е. действует на основе нормы права, а с третьей – суд принимает на себя ответственность не только за морально-волевое обоснование своего решения выйти за рамки правовой регламентации конкретного случая, но и за интерпретацию данного случая как исключительного. Необходимость такого решения вопроса вызывается тем, что суд в споре по правовым проблемам должен максимально придерживаться моральных ценностей общества. Однако его действия должны базироваться на правовой основе, а не только на морально-волевых переживаниях и чувствах судьи.

Оппоненты могут возразить против этого предложения, заявив, что такая норма права даст чрезмерные права судье (пожалуй, другое возражение придумать трудно). Однако, во-первых, на то судья и является судьей, чтобы в каждой жизненной ситуации разбираться не только умом, но и сердцем. В противном случае можно было бы процедуру судебного разбирательства поручить компьютеру, который даст в каждом конкретном случае верную юридическую квалификацию возникших отношений и отсчитает среднестатистический выход с учетом рамок нормы права (читай – отсчитает срок или сумму...). Во-вторых, поднятый вопрос частич-

но решен в ряде отраслей права. Например, уголовное право знает институт оценки судом конкретных обстоятельств дела в качестве исключительных, который в итоге позволяет суду выйти за нижние пределы санкции конкретной статьи УК РФ. Трудовое право позволяет в исключительных обстоятельствах взыскать ущерб с причинителя вреда не в полном размере (ст. 250 Трудового кодекса РФ), а судебная практика – восстановить на работе лицо, которое с формальной точки зрения было уволено правильно.

Поставленная проблема – лишь одна из целого ряда теоретико-практических проблем, которые ярко высвечиваются, если судебную практику изучать через призму научного, теоретического анализа или если к научным проблемам теории права приближаться, не снимая судебной мантии. Сказанное с очевидностью подтверждает тезис об имманентной связи теории и практики. И если на стыке наук или научных направлений иногда возникает великое таинство – зарождаются значительные теоретические открытия, то на стыке теории и практики постоянно существует великое таинство – действует вечный и универсальный двигатель общественного прогресса, вырабатывающий энергию путем синтеза «живой» теории и «дальновидной» практики.

Завершая рассуждения о правопонимании, следует отметить, что, по нашему мнению, только нормативное понимание права может иметь прикладное значение, поскольку отражает жизненные реалии и соответствует потребностям об-

щества в его функционировании.

# **Глава 2**

## **Разделение властей и независимость суда**

### **2.1. Разделение властей как социальная закономерность**

Доктрина разделения властей не нова. Анализируя ее, Петр Баренбойм утверждает: «Ожидать прихода к власти самых добросовестных, порядочных, честных и умных людей современности – столь же недостижимая цель, сколь и не соответствующая самой сути государственной власти. Хорошая конституционная схема должна быть рассчитана на средний для общества уровень обычных, достаточно мелких страстей и помыслов заурядных людей с поправкой на быструю потерю у них реальной самооценки и возможности самокритики. Разделение властей потому и является важнейшей государственно-правовой доктриной, что предусматривает конституционный баланс для всегда несбалансированных самолюбивых государственных чиновников... Краеугольным камнем доктрины разделения властей является сильная, независимая и равноправная с законодательной и исполни-

тельной властью судебная власть»<sup>43</sup>.

Ссылаясь на достоверный исторический материал, П. Баренбойм убедительно доказал, что доктрина разделения властей не является изобретением Нового времени, ее корни уходят в глубокую древность, подобно истокам государства и права.

В основе доктрины разделения властей лежит идея такой организации механизма государственной власти, при которой в обществе будет достигнуто господство права, т. е. государственная власть будет «связана» правом. Это объективная потребность гражданского общества, нуждающегося в защите свободы, прав и безопасности своего существования. Вместе с тем история свидетельствует о том, что каждый обычный человек (за крайне редкими исключениями, вызванными, скорее, слабостью, нежели силой), так или иначе достигший власти, рано или поздно непременно начинает ею злоупотреблять, открыто стремится расширить ее, проявляет явную вражду к каждому, кого заподозрит в притязаниях на эту власть, и принимает все меры к тому, чтобы ее не потерять. Как ни печально это осознавать, но данная психологическая закономерность относится в той или иной мере ко всем. В этой связи как на положительный момент в изменении правового статуса судей следует указать на ограничение времени выполнения судьей функций председа-

---

<sup>43</sup> Баренбойм П. 3000 лет доктрины разделения властей. Суд Сьютера. М., 1996. С. 9.

ля суда. Однако стремление отдельного индивида к узурпации и злоупотреблению властью проявляется и в коллективной узурпации власти, и коллективном злоупотреблении ею. История человечества свидетельствует о том, что узурпация и злоупотребление властью индивидом или коллективом людей (во всевозможных организационных формах) являются закономерностью, которая побудила великих ученых древности и современности направить свои усилия на создание такого механизма государственной власти, когда, с одной стороны, при сохранении тенденции к узурпации власти и злоупотреблению ею, с другой стороны – в интересах всего общества, в целях защиты прав и свобод личности, создаются условия, исключающие произвол власти. История сегодня подтверждает жизненность этой идеи в рамках концепции существования и развития правового государства – идеи разделения властей (законодательной, исполнительной и судебной), в которой важное значение имеет система сдержек и противовесов. Данная система предполагает, в свою очередь, наличие реальных рычагов у каждой из трех самостоятельных ветвей власти, с помощью которых она (эта власть) может исключить перспективу узурпации власти другой или другими ветвями власти.

«Создатели теории разделения властей придавали суду первостепенное и совершенно самостоятельное значение в обеспечении законности, справедливости и свободы при условии, что судебная власть не будет зависеть от других вла-

стей. Поэтому самостоятельность и независимость судебной власти нужна не для того, чтобы стать неконтролируемой и неуправляемой, не для самоутверждения судебного корпуса и его элитности, а для обеспечения реальной возможности пресечь произвол других властей и защитить права и свободы как отдельных граждан, так и их объединений и общества в целом»<sup>44</sup>.

Доктрина разделения властей не является «искусственным» изобретением человечества, а отражает объективную закономерность развития общества. Одна из важнейших ее граней – связь всеобщей идеи свободы и самой доктрины как конституционное выражение и одновременно гарантия свободы. Главная же задача конституционного принципа разделения властей заключается в обеспечении постепенности преобразований и эволюционного пути развития государства и права. При этом основное условие выполнения этой задачи – сохранение постоянной тенденции к поддержанию права принудительной силой государства и возможности суда по отправлению правосудия независимо от политической борьбы в обществе<sup>45</sup>.

Вместе с тем индикатором силы судебной власти и реальности разделения властей является как отсутствие в государ-

---

<sup>44</sup> Лебедев В. М. Судебная власть в современной России. Проблемы становления и развития. С. 30.

<sup>45</sup> См.: Баренбойм П. 3000 лет доктрины разделения властей. Суд Сьютера. С. 36, 40.

стве «неподсудных» субъектов (независимо от их политического или экономического положения), так и безусловность исполнения судебных постановлений, вступивших в законную силу.

Это вовсе не означает, что доктрина разделения властей имеет своей целью установление непреодолимого водораздела между отдельными ветвями власти. Напротив, законодательная, исполнительная и судебная власти взаимосвязаны, взаимообусловлены и объективно не могут существовать одна без другой сколько-нибудь значимое по историческим меркам время. Именно в этом единстве разделенные ветви власти могут динамично развиваться в соответствии с изменяющимися социально-экономическими условиями жизни общества. Система сдержек и противовесов, обеспечивающая «равновесие» властей, может появиться и полноценно функционировать именно в этом единстве. Лишь в единстве разделенных ветвей власти возможно создание условий для реального усиления каждой из них. Ход исторического развития свидетельствует о том, что в случае узурпации «победившая» ветвь власти неминуемо рано или поздно приходит к своему краху.

Такой подход к пониманию доктрины разделения властей, когда законодательная, исполнительная и судебная власти не подменяют функции друг друга, а, являясь самостоятельными и равновесными, существуют в единстве и взаимозависимости, позволяет создать условия, исключаящие, с од-

ной стороны, гипертрофированное представление судей о роли и месте суда в обществе, а с другой – перейти к уяснению понятия и принципа независимости суда, поскольку данный принцип необходимо выводится из доктрины разделения властей.

## 2.2. О принципе независимости суда

Вопрос о *независимости суда* является краеугольным в доктрине разделения властей и системе сдержек и противовесов. История человечества доказала исключительную важность для общества реального претворения в жизнь этого принципа. Данное обстоятельство подтверждается не только тем, что во всем цивилизованном мире, в любом государстве с развитыми демократическими институтами существуют правовые гарантии независимого суда, но и тем, что требование существования данного принципа в любом государстве, вступившем в Совет Европы, юридически закреплено в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. В соответствии с ч. 1 ст. 15 Конституции РФ составной частью российской системы права служат общепризнанные принципы и нормы международного права, которые содержатся в ратифицированных Россией международных договорах и имеют преимущество перед внутренними законами. Поскольку Россия вступила в Совет Европы и в марте 1998 года ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, необходимо исходить из того, что положения данного нормативного документа не декларативны, а имеют непосредственное прикладное значение для российского правоприменения. «Необходимость учета и непосредственного при-

менения общепризнанных принципов и норм международного права, в том числе содержащихся в Конвенции, и возможность граждан обратиться с жалобами в Суд (Европейский суд. – А. А.) по правам человека, если они не получили адекватной защиты в российских судах, обязывает судей хорошо ориентироваться не только в правовых нормах, содержащихся в Конвенции, но и в их официальном толковании, которое содержится в решениях Суда»<sup>46</sup>.

Понятие «независимый суд», содержащееся в Конвенции, представляется важным в связи с рассматриваемой проблемой. Статья 6 Конвенции закрепляет право человека на справедливое судебное разбирательство: «Каждый имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона...» Европейский суд по правам человека при определении того, является ли судебный орган независимым, принимает во внимание следующие факторы:

- процедуру назначения его членов;
- продолжительность их службы в этом качестве;
- существование гарантий, препятствующих оказанию на

---

<sup>46</sup> Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 6. Право на справедливое судебное разбирательство. Прецеденты и комментарии. М., 2001. С. 5.

них давления, а также наличие у данного органа внешних атрибутов независимости.

Европейский суд постановил, что судебный орган должен быть независим как от исполнительной власти, так и от сторон в деле<sup>47</sup>.

Разумеется, анализируя понятие «независимость суда» в России (в рамках существующей правовой регламентации) и изучая практику осуществления в России данного принципа, необходимо сопоставлять российскую действительность с европейскими стандартами.

Однако вопрос о независимости суда далеко не только философский, но и правовой. Философско-правовая тема в последнее время получила, с одной стороны, достаточно глубокое освещение в многочисленных научных трудах философов, правоведов и юристов-практиков, а с другой – сведена до уровня площадной брани усилиями всевозможных «ревнителей» прав и свобод человека. Особое рвение в борьбе с независимостью суда проявляют некоторые печатные средства массовой информации (от региональных до республиканских). Научно-правовой анализ одного из главных принципов организации судебной власти необходимо давать, обозначив причины, порождающие стремление известной части общества всячески противодействовать становлению независимой и самостоятельной судебной власти. Таких причин несколько.

---

<sup>47</sup> См.: Там же. С. 45.

Одна из них, по нашему мнению, – социально-правовое невежество носителей идеи, согласно которой независимость равнозначна вседозволенности и полной бесконтрольности. Данная идея возникла в обществе не сама по себе, она не является плодом большого воображения конкретного человека. В ее основе – десятилетия правового нигилизма, укоренившегося в сознании большого числа граждан СССР под влиянием известных социально-экономических и политических условий. При этом для возникновения и укрепления в сознании определенной части граждан убежденности в том, что независимость суда тождественна вседозволенности, не потребовалось ни временных промежутков, ни материальных вложений. Все произошло само собой. Достаточно вспомнить о «маятниковой особенности» психологии и менталитета российского человека, возникшей на основе аналогичного свойства самой российской действительности. Только вчера все громогласно заявляли о полной зависимости судов, о «телефонном праве», о партийной дисциплине в судах и т. д., а сегодня, когда появились первые проблески будущей независимости судей в рамках самостоятельной судебной власти, маятник качнулся в противоположную сторону и вместо прежней убежденности в «зависимости» судов в сознании части граждан появилась убежденность во «вседозволенности и беспределе», царящих в судопроизводстве.

Полагаем, что данное явление сугубо российское. Оно отражает особенности духовных устоев нашего общества, где

веками складывался образ чувственных мыслей – «любить, так любить до остатка, ненавидеть, так по полной программе», где сосуществуют рабское чиновничество и ненависть к тому, кто чуть выше по статусу, кто имеет чуть больше и т. д.

Эта, на первый взгляд, «незначительная деталь» – душа, психология, менталитет российского человека, как будто бы и не относящаяся к научному исследованию, на поверку оказывается главенствующей при изучении любой темы, связанной с анализом и оценкой общественной жизни в России. Только глядя через призму названных явлений можно с относительной точностью анализировать общественные процессы, происходящие в России, изучать действенность тех или иных структур и механизмов, участвующих в регулировании общественных отношений, с достаточной степенью точности прогнозировать значимость и ценность для общественного развития той или иной новеллы в институтах, связанных с регулированием общественных отношений. Не принимать это во внимание – значит оторваться от действительности, которую мы хотим понять, которую пытаемся изучить и на постижение которой направлены наши устремления.

Вторая причина коренится в скрытом нежелании представителей законодательной и исполнительной ветвей власти мириться с реалиями сегодняшнего дня: возникновением в нашем государстве третьей власти – судебной, которая не только (в теоретическом плане) выступает необходимым

элементом системы сдержек и противовесов в организации государственной власти, но и реально (в практическом плане) оказывает воздействие на каждую из властей в случае их отступления от требований закона.

«Законодательные и исполнительные ветви власти обречены на пересечение интересов, конфликтность. Изначально заложенная в них сущность подтверждается повседневной реальностью. А между ними в качестве арбитра оказывается третья власть, вынужденная получать обвинения то от одной, а иногда, и это бывает, от обеих вместе.

Власть состоит из людей, а им свойственны субъективизм, амбициозность. Отсюда и оценки, нередко ошибочные, не поддающиеся переубеждению. Пессимизм в прогнозах о перспективе взаимоотношений, может быть, преувеличен. Но лучше получить как подарок разумное, объективное, заинтересованное, мирное развитие, чем подтверждение удручающих предположений и глубокое разочарование.

Есть надежда, что самая спокойная, выдержанная, рассудительная власть – судебная – в силу своей самодостаточности сможет сохранить свой статус с наименьшими издержками.

В конечном счете, это нужно не судьям, а тем, для кого они предназначены – простым людям. Это они, граждане, должны быть уверены, что их проблемы решают судьи независимые, самостоятельные, без страха за свое судейское кресло, без оглядки на должностных лиц и какие-либо ин-

станции»<sup>48</sup>.

Третья причина, на наш взгляд, в основе своей имеет ведомственный интерес тех силовых структур, для которых судебная оценка конкретного правового конфликта – не что иное, как лакмусовая бумага, проявляющая недостатки, упущения или нарушения закона со стороны их сотрудников. Практика показывает, что всякий раз, когда тот или иной судья принимает по конкретному вопросу решение, вскрывающее явные недоработки должностных лиц соответствующих ведомств, на страницах газет и журналов появляются статьи «штатных» журналистов о вреде независимого суда для общества.

Четвертой причиной распространения в нашем обществе неудовлетворенности независимостью суда является, как ни покажется странным, сама деятельность суда по отправлению правосудия, а именно – ее результат. Обычно в суде спорящих сторон две, причем позиция одной из них, с правовой точки зрения, ущербна. Как правило, разрешая спор по существу, суд не удовлетворяет полностью или частично претензии одной из сторон. Дальнейшие события с учетом менталитета российского человека можно прогнозировать с достаточно высокой степенью вероятности: при наличии у недовольной стороны денежных средств и желания всеми правдами и неправдами надавить через общественное мнe-

---

<sup>48</sup> Полудняков В. И. Современная российская судебная реформа. На пути в мир правосудия. СПб., 2002. С. 81–82.

ние на суд, на свет появляется пасквиль о явном беззаконии в судах, о заинтересованности судьи и о вреде независимости суда.

Наши наблюдения подтверждаются богатым эмпирическим материалом, а перечисленные явления столь явно обнаруживают себя в повседневной жизни, что ученые-юристы, как теоретики, так и практики, говорят о них как о чем-то вполне обыденном и естественном. В частности, известный петербургский юрист В. И. Полудняков пишет: «Даже самые активные радикалы понимают, что единственная инстанция, которая реально может принять решение о защите конкретной личности, – это не партийный орган, не газета или телевидение, не депутат, а только – суд. А раз это так, то судья и оказывается в эпицентре столкнувшихся интересов, коллизий, правды и кривды, слабого и сильного, человека и государства. Отсюда все претензии и обвинения направляются в один адрес – судьи и суда. В глазах определенных лиц судья – главный виновник несправедливого решения. В любом судебном деле одна сторона остается неудовлетворенной. При этом для нее нет дилеммы – права она или нет. Разумеется, права, конечно, никаких других контраргументов нет и быть для нее не может... Как следствие возникают истерики, оскорбления и клевета»<sup>49</sup>.

Достаточно убедительно, на наш взгляд, сказанное подтверждает одна из газетных публикаций, помещенных в ре-

---

<sup>49</sup> Там же. С. 22–23.

гиональном приложении к АиФ для читателей Ивановской и Владимирской областей. В рубрике «Скандал» опубликована статья под интригующим заголовком «Судебный беспредел», официально инициированная руководством УВД Владимирской области. Можно было бы, прочитав, забыть явно тенденциозный опус, если бы в нем не была сформулирована конкретная идея, усиленно распространяемая в последнее время в средствах массовой информации. Суть ее изложена в «прямой речи» инициатора публикации и заключается в ненавязчивом сетовании на то, что «полнота судебной власти отдана в настоящее время на откуп независимым судьям...»<sup>50</sup>. Возникает закономерный вопрос: а кому еще, кроме независимых судей, руководство УВД хотело бы передать полноту судебной власти? Если учесть то обстоятельство, что подобные публикации далеко не редкость во Владимирской области, а ярко выраженная позиция по отношению к судебной власти не заблуждение, вспоминаются азы правовой науки.

---

<sup>50</sup> Аргументы и факты. 2002. № 32.

# 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.