Ж.И. Овсепян

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ СТАТУС ЧЕЛОВЕКА (ГРАЖДАНИНА) В РОССИИ

Жанна Овсепян

Конституционно-правовой статус человека (гражданина) в России

«Южный Федеральный Университет»

2018

УДК 342.4
ББК 67.300

Овсепян Ж. И.

Конституционно-правовой статус человека (гражданина) в России / Ж. И. Овсепян — «Южный Федеральный Университет», 2018

ISBN 978-5-9275-2025-1

Монография посвящена исследованию теории, истории и современного состояния научной доктрины, законодательства и практики конституционно-правового положения (статуса) человека и гражданина в России периода глобализации. В теоретической части особое внимание уделяется характеристикам каждого из элементов конституционно-правового статуса человека (гражданина) как сложносоставной научной конструкции. Предлагаются систематизация и развернутое исследование учений о субъективном характере основных (конституционных) прав и свобод в классической научной теории и современное прочтение этого учения, соответствующее периоду глобализации. Выявляются юридические признаки субъективных прав и свобод, осуществлены многообразные классификации основных прав и свобод на основе междисциплинарных (в том числе с использованием методологий неюридических отраслей знаний) подходов; рассмотрено развитие их юридического содержания в конституционном (парламентском) и судебном праве. Исследованы судебные и несудебные механизмы защиты основных прав и свобод в контексте истории их становления в России. Издание предназначено для студентов, преподавателей юридических и неюридических вузов, практиков правозащитной и правоохранительной деятельности, а также всех интересующихся правовым положением человека и гражданина в России и современном мире.

УДК 342.4
ББК 67.300

ISBN 978-5-9275-2025-1

© Овсепян Ж. И., 2018
© Южный Федеральный
Университет, 2018

Содержание

Глава 1. Развитие учения о субъективном характере основных (конституционных) прав и свобод в классической научной теории 6
§ 1.1. Понятие (характеристика сущности) субъективного права 7
§ 1.2. Учение о субъективном публичном праве и его отличии от частного субъективного права как первый этап в истории развития учения о субъективной природе основных (конституционных) прав и свобод (XVII–XVIII вв.) 24
§ 1.3. Упадок популярности и критика учения о субъективной природе публичного права (конституционных прав и свобод) в первые три четверти XIX в. Исследования научной теории «рефлективного права» в трудах Г. Еллинека, Б. А. Кистяковского, Я. М. Магазинера 27
§ 1.4. Современный этап развития учения о субъективном праве, о соотношении индивидуальных интересов (индивидуальной свободы) и общесоциальных и общегосударственных интересов в западных странах (последняя четверть XIX – первые десятилетия XXI в.) 33
§ 1.5. Развитие учения о субъективном характере основных (конституционных) прав и свобод в России (Соотношение субъективного и объективного права. Субъективное конституционное право как правоотношение) 35
Глава 2. Естественно-правовая природа основных прав и свобод 44
§ 2.1. Понятие естественного права. Основные этапы изменения содержания и новых возрождений теоретического учения о естественном праве в классической литературе XVII–XVIII столетий 45
§ 2.2. Общее и особенное в научных определениях естественного права, возрожденного в конце XIX столетия 56
Конец ознакомительного фрагмента. 57

Ж. И. Овсепян
Конституционно-правовой статус человека (гражданина) в России

Глава 1. Развитие учения о субъективном характере основных (конституционных) прав и свобод в классической научной теории

Учение о субъективном праве относится к числу старейших (исчисляемых многими столетиями) направлений юридических исследований, осуществляемых различными отраслями юриспруденции. Учение о субъективном **конституционном** (**публичном** – по терминологии конца XVIII и первых трех четвертей XIX столетия) **праве** является более молодой частью общего (и иного отраслевого правового учения), но и оно насчитывает уже два века (с XVIII столетия). Широкоформатные систематизации (либо обзоры) научных теорий о субъективной природе конституционных (публичных) прав можно найти в трудах таких выдающихся авторов (философов и юристов), как Г. Еллинек (1900 г.), Н. М. Коркунов (начало XX в.), Б. А. Кистяковский (начало XX в.), Я. М. Магазинер (30-е гг. XX в.), Л. Д. Воеводин, Н. И. Матузов, И. Е. Фарбер (70-е гг. XX в.), др. Однако каждая из них являлась полной для своего времени. Кроме того, и по сегодняшний день не осуществлена периодизация учений о субъективном праве. Предлагаемая работа посвящена указанным проблемным научно-теоретическим вопросам теории субъективного права. Цель исследования – обозначить хронологические показатели и изучить связь философских основ, утверждающихся в качестве господствующих воззрений на конституционное субъективное право, с теоретико-правовыми характеристиками последнего в соответствующих правовых учениях.

§ 1.1. Понятие (характеристика сущности) субъективного права

На протяжении уже трех столетий (XVIII–XXI вв.) ведутся исследования понятия субъективного права, в том числе в аспекте разграничения его с понятием объективного права. Соответствующие научные поиски осуществляются различными дисциплинами: философией, социологией, этикой, общей теорией права, гражданским правом, конституционным правом, иными правовыми отраслями. Создано множество учений о праве. По свидетельству специалистов, «ни в какой другой науке нет столько противоречащих друг другу теорий, как в науке о праве. При первом знакомстве с нею получается даже такое впечатление, как будто она только и состоит из теорий, взаимно исключающих друг друга»[1]. Вместе с тем при более внимательном рассмотрении соответствующих учений можно заметить, что понятие права во всех них состоит из более или менее совпадающего и более или менее широкого набора идентичных признаков (свойств, элементов) права. Однако эти признаки различным образом скомбинированы, по-разному определяется очередность, значимость тех или иных признаков права для характеристики его сущностного образа. Соответственно, по этому основанию – приоритетного признака – проводится разграничение учений о сущности субъективного права. С учетом сказанного можно сделать вывод, что каждое из учений о праве позволяет дать углубленную характеристику тому или иному из сущностных свойств субъективного права и вместе с тем – составить совокупный перечень (систему) признаков, характеризующих понятие сущности субъективного права. Иными словами, «сложение» различных теорий о субъективном праве позволяет сконструировать целостную систему его существенных признаков (свойств).

Предваряя анализ признаков субъективного права, обратимся прежде к вопросу об истории разграничения понятий «субъективное право» и «объективное право». По оценкам, которые были даны в российской юриспруденции еще в дореволюционный период (начало XX столетия), различение понятий «субъективное право» и «объективное право» во многом связано с именем выдающегося немецкого ученого-правоведа Рудольфа фон Иеринга (1818–1892). Как отмечал приват-доцент Императорского Московского университета Ф. Ф. Кокошкин (1871–1918), «Иеринг, подвергнув критике господствовавшее до него формальное определение права, выдвинул вместо него свое материальное определение, характеризующее право не со стороны его внешней формы, а со стороны его цели. Всякое субъективное право служит удовлетворению известной человеческой потребности, осуществлению определенного человеческого *интереса*. В этом интересе и лежит сущность права, по мнению Иеринга и его школы. Субъективное право есть защищенный нормой объективного права интерес, субъект права – тот, чей интерес защищен в том или другом случае юридической нормой»[2].

Обращение к концепции субъективного права связано также с влиянием практики принятия конституционных актов о правах и свободах, получившей распространение во многих государствах Европы и Северо-американских Штатах начиная с конца XVIII столетия. Г. Еллинек характеризует историю зарождения этого влияния следующим образом: «В течение XVIII столетия естественно-правовые теории в связи с политическими и социальными отношениями, обнаружившими необоснованность многих из существовавших тогда ограничений индивидуальной свободы, порождают в Америке представление о значительном числе общих прав свободы, которые в качестве условия вступления индивида в государство являются для последнего неприкосновенными: государство только вправе предупреждать злоупотребление ими…

---

[1] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права / сост., примеч., указ. В. В. Сапова. СПб.: РХГИ, 1999. С. 221.

[2] *Кокошкин Ф. Ф.* Лекции по общему государственному праву / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2004. С. 112.

Освобождаясь от английского господства, колонии убеждены, что совершают не восстание, а только защищают свои права. Конституции сделавшихся суверенными колоний, прежде всего Конституция Виргинии, начинаются с биллей или деклараций прав, которые, по мысли их авторов, должны были заключать в себе краткий кодекс всех правовых притязаний индивида по отношению к государственной власти. Пример Соединенных Штатов находит себе затем подражание во Франции»[3]. Там в 1789 г. Учредительным собранием была принята Декларация прав человека и гражданина. «Она была введена в Конституцию 1791 г. и повторена с некоторыми изменениями в двух следующих конституциях. Из позднейших французских конституций приобрела значение Хартия 1814 г., которая заменила общие права человека скудно отмежеванными правами французов и под влиянием которой такого рода права гражданина были санкционированы конституциями многих других государств. Затем бельгийская конституция 1831 г. выставила гораздо более широкий перечень прав гражданина, влияние которого, в свою очередь, отразилось на многочисленных конституциях. Выработка такого каталога основных прав сыграла значительную роль и в конституционном движении 1848–1849 гг. в Германии и Австрии. <…> Под влиянием этих воспринятых конституциями положений возникло учение о субъективном публичном праве»[4]. С этого времени, как можно судить по трудам Г. Еллинека, и начинается исследование субъективной природы прав и свобод: начало учению о субъективном праве положила дискуссия о признании (непризнании) наличия субъективных прав в публичном праве, поскольку частное право идентично субъективному в полном объеме.

Из трудов Г. Еллинека также следует, что со второй половины XVIII в. и в дальнейшем «сталкиваются два резко отличных друг от друга основных воззрения. Одно признает субъективное право однородным по структуре с правом частным, от которого оно отличается только по характеру субъектов публичного правоотношения: в последнем противостоят друг другу властвующее государство или публичный союз и подчиненный индивид, в противоположность основанному на координации частному праву. Второе отрицает существование субъективного публичного права индивида и усматривает в том, что обыкновенно обозначают этим именем, только рефлекс положений публичного права»[5]. Интересно обоснование Еллинеком субъективной природы правомочий лица как в частном праве, так и в публичном. В этой связи он дает определения субъекта права и субъективного права. По Еллинеку, «субъектом… прав является тот, кто может в своем интересе привести в движение правопорядок»; эта способность индивида, «как и всякая ограниченная индивидуальная, признанная правом сила», создает «субъективное правомочие». Автор указывает, что «эта способность признается (по состоянию на 1900 г. – *Ж. О.*) за индивидом только в области гражданского правосудия»; между тем, по Еллинеку, в связи с введением конституционных (основных) прав индивид признается «лицом и членом государства», т. е. личность признается публично-правовым понятием, что служит «основой всех публично-правовых притязаний» к государству. Более того, личность со времени перехода к конституционному государству «является условием частного права и всякого правопорядка вообще, который таким образом тесно связан с существованием индивидуальных публичных прав» как субъективных[6]. Г. Еллинеку же принадлежит разъяснение того, что «как объекты государственной власти индивиды являются носителями обязанностей, как члены государства – субъектами прав»[7].

---

[3] *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 402–403.

[4] Там же. С. 403–404.

[5] *Еллинек Г.* Указ. раб. С. 404.

[6] Там же. С. 404–405.

[7] Там же. С. 396.

Обратимся к дифференцированному анализу учений о субъективном праве и, соответственно, признаков субъективного права, выделяемых теми или иными учениями в качестве основных в характеристике сущности субъективного права.

1. Важнейшей из характеристик права в объективном и субъективном смыслах является его определение как юридического выражения (воплощения) свободы человека (индивида). Эта дефиниция субъективного права в науке сложилась под влиянием выдающегося немецкого философа И. Канта (1724–1804). В работе «Метафизика нравов» (1797) он дал определение понятия субъективного права, в основу которого положен принцип свободы. Кант писал: «право есть совокупность норм, устанавливающих и разграничивающих свободу лица», «право – это совокупность условий, при которых произволение одного совместимо с произволением другого с точки зрения всеобщего закона свободы»[8].

В связи с многозначностью философских определений свободы различаются и многообразные определения понятия субъективного права, соотносимые с категорией «свобода». Кстати, этим обстоятельством (многообразием определений понятия «свобода») объясняется и многообразие признаков, которые характеризуются как сущностные свойства права, понимаемого через категорию «свобода». В философской литературе под понятием свободы понимается «возможность поступать так, как хочется»; кроме того, свобода определяется как свобода воли, поскольку «воля по своей сущности всегда свободная воля»[9].

В процессе развития человеческого общества приоритет приобретали те или иные аспекты сущностного содержания субъективного права как свободы. Как указывается в философской литературе, «в истории развития понятия свободы с древнейших времен понятие творческой свободы постепенно вытесняет понятие свободы от препятствий (принуждения, казуальности, судьбы). В философии древности (у Сократа и Платона) речь идет прежде всего о свободе и судьбе, затем о свободе от политического деспотизма (у Аристотеля и Эпикура) и о бедствиях человеческого существования (у Эпикура, стоиков и в неоплатонизме). В Средние века речь идет о свободе от греха и о проклятии церкви, причем возникает разлад между нравственно требуемой свободой человека и требуемым религией могуществом Бога. В эпоху Ренессанса и последующий период под свободой понимали беспрепятственное всестороннее развертывание человеческой личности. Со времен Просвещения возникло понятие свободы, заимствованное у либерализма и естественного права (Альтузий, Гоббс, Гроций, Пуфендорф, в 1689 г. в Англии Билль о правах), сдерживаемое все углубляющимся научным взглядом, признающим господство всемогущей естественной причинности и закономерности. В немецкой религиозности и философии, начиная от Мейстера, Эсхарта, включая Лейбница, Канта, Гёте и Шиллера, а также немецкий идеализм до Шопенгауэра и Ницше, ставится вопрос о свободе соответствия сущности и ее развития. Марксизм считает свободу фикцией: в действительности человек мыслит и поступает в зависимости от побуждений и среды, причем основную роль в его среде играют экономические отношения и классовая борьба»[10].

Новые нюансы в теорию свободы внес экзистенциализм. Так, «согласно экзистенциализму Сартра[11], свобода – не свойство человека, а его субстанция. Человек не может отличаться от ее проявлений. Человек, поскольку он свободен, может проектировать себя на свободно выбранную цель, и эта цель определяет, кем он является. Вместе с целеполаганием возникают и все ценности, вещи выступают из своей недифференцированности и организуются в ситуа-

---

[8] *Кант И.* Сочинения: в 6 т. М., 1965. Т. 4, ч. 2. С. 139–140.

[9] Философский словарь. Основан Г. Шмидтом. 22-е, новое, перераб. изд. / под ред. Г. Шишкоффа; общ. ред. В. А. Малинина. М.: Республика, 2003. С. 397.

[10] Философский словарь Г. Шмидта. С. 398.

[11] Жан Поль Сартр – французский философ (1905–1980).

цию, которая завершает человека и которой принадлежит он сам»[12]. Свобода воли делает возможной и практическую свободу[13].

Основоположник понимания субъективного права как свободы И. Кант исходил прежде всего из двух аспектов в понимании свободы: «внешней свободы» (т. е. свободы действий, которая, как писал Кант, на практике часто превращается в произвол) и «внутренней свободы» (свободы воли). Кант замечает, что право есть регулятор внешнего поведения, внутренне же человек таким регулятором не может быть ограничен, свобода воли, строй мыслей человека не должны регулироваться (ограничиваться, пресекаться) другими гражданами или государством. По Канту, «право подразумевает свободу индивидов (свободу их воли) и связанную с этой свободой возможность (и необходимость) произвола, столкновения и коллизию различных произвольных действий и т. д.; право и есть общее для всех правило (совокупность правил) согласования произвольных, коллизионных действий свободных лиц. Смысл и назначение права в том, чтобы ввести свободу и произвол всех индивидов (как властвующих, так и подвластных) в разумные и общезначимые рамки. Право касается лишь действий и обозначает только внешние границы обще-допустимого поведения, т. е., иначе говоря, выступает, по существу, в виде запретов, подразумевая дозволенность незапрещенного»[14]. Право не затрагивает строй мыслей человека. «Никто не вправе, – поясняет философ, – предписывать с помощью внешнего закона то, ради чего он должен жить или в чем непосредственно надо видеть ему свое личное благо и счастье»[15].

Вслед за И. Кантом формулируются через категорию свободы совпадающие и иные определения права, отражающие приведенные выше философские дефиниции понятия свободы. Так, в начале XX в. под субъективным правом понимались: «признанная законом за данным лицом, в известном направлении и в известных пределах свобода действий» (Д. Д. Гримм, 1910); «индивидуальные вольности, основанные на законе» (М. М. Ковалевский, 1906)[16], др. Обращает на себя внимание то, что в соответствии с кантовской и неокантианской философией в ранних конституционных актах, принятых в конце XVIII столетия, характеристики субъективного права через понятие «свобода» имеют соответствующие признаки. Прежде всего, они основаны на понятии свободы от политического и экономического деспотизма. Кроме того, в своих нормах сформулированы не только с учетом дифференцированного понимания свободы – включающей такие ее виды, как свобода воли, свобода тех или иных действий, но и с учетом понимания ее как единого, комплексного, сложносоставного субъективного права, противопоставляемого праву власти.

Так, французская Декларация прав человека и гражданина от 26 августа 1789 г. в числе «естественных и неотъемлемых прав человека» называет свободу, собственность, безопасность и сопротивление угнетению. Права человека и гражданина в Декларации сформулированы и как отдельные виды свобод (или «вольностей»), составляющих общее право свободы: свобода «делать все, что не приносит вреда другому», свобода выражения мыслей и мнений, свобода писать и печатать, др. (пп. 4, 11, др.).

Влияние философских учений, характеризующих субъективное право через категорию свободы, прослеживается и в Конституции США 1787 г. В отличие от французской Декларации, в американском Билле о правах (первых десяти поправках к Конституции США, принятых Конгрессом в 1789 г. и ратифицированных штатами в 1791 г.) нет формулировки права

---

[12] Философский словарь Г. Шмидта. С. 398.

[13] Там же.

[14] См.: *Нерсесянц В.* С. Философия права. 2-е изд. М.: НОРМА, 2006. С. 620–621.

[15] См. об этом: *Графский В. Г.* История политических и правовых учений: учебник. 2-е изд. М.: Проспект, 2007. С. 318.

[16] *Гримм Д. Д.* Лекции по догме римского права. СПб., 1910. С. 177; *Ковалевский М. М.* Учение о личных правах. М., 1906. С. 6. Цит. по: *Матузов Н. И.* Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966. С. 94–95.

на свободу как многоаспектного социального блага, а предусматриваются права на отдельные виды свобод: свободное исповедание религии, свободу слова, печати, нек. др.[17]

Влияние философских учений, связанных с характеристикой права как свободы, хотя и со своеобразным (классово ограниченным) истолкованием последней, можно обнаружить и в первой конституции советского типа – Конституции РСФСР от 10 июля 1918 г. Здесь также формулировались нормы об индивидуальной свободе, но эта свобода толковалась с позиций приоритета начал коллективной (классовой) свободы по отношению к индивидуальной. Так, провозглашались прежде всего свободы коллективных общностей: свобода наций (п. 2 гл. 1), свободное социалистической общество всех трудящихся (п. 10 гл. 5), а уже затем отдельные свободы, которыми наделялись только трудящиеся: свобода совести (п. 14), свобода собраний (п. 15), свобода организаций (п. 16, гл. 5)[18]. В последних советских конституциях (СССР 1936, 1977 гг. и РСФСР 1937, 1978 гг.) о свободе общества в целом уже не упоминалось. В преамбуле Конституции СССР 1977 г., например, в пространных определениях признаков социалистического общества оно ни разу не было названо свободным. Но в главах, посвященных правовому статусу личности, отдельные личные и политические права в указанных Конституциях СССР и РСФСР именовались свободами. Так, в Конституции СССР 1977 г. закреплялись: свобода научного, технического и художественного творчества (ст. 47), свобода слова, печати, собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций (ст. 50), свобода совести (ст. 52). Вместе с тем в советских конституциях не признавались такие важнейшие из свобод, как свобода мысли и идеологический плюрализм, свобода объединений была ограничена «целями коммунистического строительства» (ст. 51 Конституции СССР 1977 г.).

Соответственно состоянию конституционного регулирования в юридической литературе советского периода рядом авторов также давались определения субъективного права через категорию «свобода»[19]. Однако понимание субъективного права как «известной сферы свободы» в советской науке было основано на критической оценке кантианского и неокантианских учений, которые, как тогда писали, допускают «разрыв и противопоставление свободы человеческих поступков – внешней свободы – внутренней нравственной свободе воли»[20]. Важной частью такого рода определений являлись указания на пределы индивидуальной свободы, недопустимость «крайнего индивидуализма», который политически осуждался. В юриспруденции это выражалось в реализации принципа приоритета коллективных (общественных, государственных) интересов над индивидуальными (субъективными) правами и интересами. В советский период требовалась «для практики осуществления субъективных прав… направленность правовых действий и на собственные интересы и цели управомоченного лица, и социалистического общества в целом, а также коллектива, в котором живет и работает гражданин – обладатель субъективного права»[21].

Дефиниции права как формы свободы осуществляются и в российской юриспруденции постсоветского, постсоциалистического периода. Однако в их основе лежит не вопрос о балансе общественных и индивидуальных интересов. Как раз в этом отношении российская наука конца XX – начала XXI в., вслед за официальной практикой, исходит из однозначной, противоположной советской теории и практики, позиции, а именно из признания условного приоритета индивидуальных прав перед какими бы то ни было большими или малыми коллективами, государством, обществом. В постсоциалистической российской юриспруденции определения понятия субъективного права через категорию «свобода» формулируются на основе

---

[17] США: Конституция и законодательные акты / под ред. О. А. Жидкова. М.: Прогресс-Универс, 1993. С. 40–42.

[18] Сборник законодательства по конституционному (государственному) праву Российской Федерации / сост. и авт. вступ ст. Ж. И. Овсепян. Ростов н/Д: Феникс; М.: Зевс, 1997. С. 199–203.

[19] *Мальцев Г. В.* Социалистическое право и свобода личности. М., 1968. С. 63–65.

[20] *Мальцев Г. В.* Указ. раб. С. 63–65.

[21] Там же.

иных, соответствующих классическим европейским философским представлениям, аспектов понятия «свобода». Так, один из выдающихся российских ученых В. С. Нерсесянц определяет субъективное право через категорию «свобода» на основе понимания свободы как всеобщей связанности субъектов общей нормой права, равной их подчиненности общей норме. По его мнению, «неправовая свобода, свобода без всеобщего масштаба и единой меры – словом, так называемая свобода без равенства – это идеология элитарных привилегий, а так называемое равенство без свободы – идеология рабов и угнетенных масс…»[22].

Кроме того, В. С. Нерсесянц указывает, что право как свобода идентично свободе воли. Он пишет: «Свобода индивидов и свобода их воли – понятия тождественные. Воля в праве – свободная и вместе с тем разумная воля, которая соответствует всем сущностным характеристикам права и тем самым отлична от произвольной воли и противостоит произволу. Волевой характер права обусловлен именно тем, что право – это форма свободы людей, т. е. свобода их воли, включающая в себя возможность осознанного выбора и реализации того или иного варианта поведения»[23].

В завершение анализа отметим, что во всех действующих конституциях стран мира, в том числе в Конституции РФ от 12 декабря 1993 г., многие нормы о личных и политических правах, – а начиная с германской Веймарской Конституции 1919 г. и целого ряда социально-экономических прав – формулируются как свободы. В этом можно видеть влияние философских учений, определяющих сущность субъективного права через категорию свободы, которые были восприняты первыми в мировой практике конституциями и конституционными декларациями, чей опыт отразился и в последующем конституционном развитии различных стран.

2. Помимо определения права в объективном и субъективном его понимании как юридического выражения (воплощения) свободы человека (индивида), другой его существенной характеристикой является то, что право выступает категорией разума и высокой нравственности (правом справедливости). О значении разума и нравственности для философской характеристики не только сущностных свойств права, но и всей системы мировоздания говорит высоким поэтическим слогом в своей работе «Критика практического разума» (1790) родоначальник немецкой классической философии И. Кант. «Две вещи, – пишет он, – наполняют душу все новым и возрастающим удивлением и благоговением, чем чаще и продолжительнее занимается ими размышление: это – звездное небо над нами и нравственный закон внутри нас. То и другое я не могу искать и как бы только предполагать как нечто, скрытое во мраке или в беспредельности и лежащее вне моего горизонта; я вижу их перед собою и соединяю их непосредственно с сознанием своего существования… Первый взгляд на это бесчисленное множество миров как бы уничтожает мое значение как животного создания, принужденного возвратить своей планете (этой точке вселенной) ту материю, из которой оно произошло и которая на короткое время и неизвестно как была снабжена жизненной силой. Второе созерцание, напротив, бесконечно возвышает мое достоинство как одаренной разумом силы, как личности, в которой нравственный закон обнаруживает жизнь, независимо от животного существования и даже от всего чувственного мира; таково, по крайней мере, свидетельство этого закона, определяющего мою жизнь; требования его не ограничиваются пределами этого существования, но простираются в бесконечность»[24].

Характеристика права через категорию нравственности предполагает ответ на вопрос, что такое нравственность (нравственное)? Как отмечается в Философском словаре, основанном немецким философом и лексикографом Генрихом Шмидтом (первое издание в Германии

---

[22] *Нерсесянц В. С.* Указ. раб. С. 39.

[23] *Нерсесянц В. С.* Указ. раб. С. 38.

[24] *Кант И.* Сочинения: в 6 т. Т. 4, ч. 1. С. 405–406.

в 1912 г.), «сущность нравственности является предметом этики»[25] как науки. Термин «этика» происходит от греческого ethika < ethos, что в переводе означает «обычай», «нравственный характер»[26]. Этика, таким образом, это учение о нравственности, морали[27]. Этика исследует, что в жизни и в мире обладает нравственной ценностью[28].

В определении нравственности (ценности) в науке этике есть две методологически значимые проблемы, которые влияют и на концепцию субъективного права с позиций его идентификации с этическими категориями нравственного и ценностного.

Прежде всего, проблема в том, что по своему содержанию ценности многообразны, «различаются вещные ценности, логические, этические и эстетические: приятное, полезное и пригодное, истина, добро, прекрасное»[29]. Поэтому для использования понятия «нравственность» в целях определения сущностных свойств субъективного права необходимо отграничить этическое как сущностное свойство нравственного от иных ценностей. Именно с этическим (нравственным) аспектом принято ассоциировать ценностное в праве. С позиций этики суть нравственного есть добро[30]. Однако добро – это в первую очередь моральная, а не только правовая категория. Поэтому определения права через понятие добра как сути нравственно-этического неотъемлемо связаны с отграничением права от морали, дифференциацией понятий нравственности (добра) как элементов характеристики права и морали.

Для осуществления соответствующей дифференциации обратимся к научно-методологическим основам. Древнегреческий философ Аристотель, стоявший у истоков учения о нравственности, морали, этике, понимал под учением о нравственности особую область исследования – практическую философию, которая пытается «…ответить на вопрос: что мы должны делать? Этика учит оценивать всякую ситуацию, чтобы сделать возможными этически (нравственно) правильные поступки»[31].

Таким образом, нравственное в этическом смысле – это правильные (добрые) поступки. При таком понимании нравственности как сущностного свойства субъективного права последнее есть воплощение правильных (добрых) поступков.

Другая проблема, влияющая на разработку концепции субъективного права с позиций его идентификации с этическими категориями нравственного и ценностного, связана с фактором определенной динамичности представлений о нравственных ценностях. Как пишут специалисты, «требования человеческого существования приводили к тому, что порог ценностного сознания постоянно перешагивает новые ценности, а другие выпадают из него. То, что сто лет тому назад было высоконравственным, сегодня может быть безнравственным»[32]. Кроме того, «у каждого человека есть собственная “пирамида” ценностей. “Пирамиды” ценностей, основой которых является принадлежность к какому-нибудь народу (как языковой и мыслительной общности), имеют общее ядро, содержащее ценности, осуществление которых требуется от каждого и у каждого предполагается. Группа ценностей, объединенных в этом ядре, составляет добрые, хорошие нравы, действующую мораль»[33].

В контексте вышесказанного возникают вопросы: а возможно ли при неизбежной динамике представлений о нравственном (добром) идентифицировать этику, нравственность с

---

[25] Философский словарь Г. Шмидта. С. 312.

[26] Философский энциклопедический словарь / ред.-сост. Е. Ф. Губский, Г. В. Кораблева, В. А. Лутченко. М.: ИНФРА, 2009. С. 545.

[27] Философский словарь Г. Шмидта. С. 538.

[28] Там же.

[29] Там же. С. 538, 539.

[30] Там же; Философский энциклопедический словарь. С. 545.

[31] Философский энциклопедический словарь. С. 545.

[32] Философский словарь Г. Шмидта. С. 538.

[33] Там же.

существом права? Не умаляет ли такой подход ценность права? А с учетом многообразных представлений о морали у разных народов и их переменчивости в разные эпохи возникают следующие вопросы: возможно ли создание универсального определения субъективного права, одинаково приемлемого для всех народов и эпох и имеющего в своей основе характеристику права с позиций категорий нравственности (добра)?

Блестящую попытку ответов на эти вопросы предпринял И. Кант, которого справедливо называют основателем этической философии права.

И. Кант обосновывает возможность характеристики субъективного права в качестве нравственно-этической категории, исходя из близости права и морали. По Канту, право связано с этикой, поскольку право и мораль имеют один и тот же источник (практический разум) и единую цель (утверждение всеобщей свободы). Общность морали и права в кантовской трактовке состоит в том, что они оба представляют правила должного, продиктованные идеей разума. Основными категориями нравственности, значимыми для определения сущности субъективного права, согласно учению И. Канта, являются «долг» и «добродетель». Кант пишет: «Добродетель есть моральная твердость в следовании своему долгу, которая, однако, никогда не становится привычкой, а всегда полностью вновь и изначально должна возникать из акта мышления»[34].

Подчеркивая неразрывную связь права с этикой, Кант вместе с тем указывает, что право несводимо к морали. Во-первых, потому, что мораль основана на внутреннем осознании долга и соответствующих побуждениях, а право использует для обеспечения аналогичных целей внешнее принуждение (со стороны граждан или государства)[35]. Во-вторых, поскольку область моральных суждений и требований – внутренний мир человека, а область правовых оценок и требований – мир внешних практических поступков[36]. В-третьих, специфика морали, по Канту, состоит в том, что она (и ее правила) требует автономного установления и исполнения долга ради самого долга – без всяких внешних расчетов, вмешательств, наград и принуждений.

Причем, по мнению Канта, нравственный закон дается человеку априори (до опыта, т. е. гораздо раньше, чем происходит его постижение на собственном опыте). Он не подвержен никакому влиянию внешних обстоятельств и потому безусловен (т. е. категоричен) и выступает как безусловное внутреннее веление (категорический императив)[37].

Ключевой идеей кантовской теории понимания права, процессов его образования и применения, важной для выявления сущностных свойств субъективного права, является выдвинутое им понятие категорического императива как высшего нравственного закона. На наш взгляд, оно весьма значимо как философская методологическая основа для разработки концепции универсального определения субъективного права, одинаково приемлемого для всех народов и эпох. При его формулировании Кант исходит из того, что «каждый индивид уже в силу своего прирожденного естества, будучи также творением Божьим, обладает в этих своих свойствах абсолютной ценностью и совершенным достоинством. Поэтому он не должен превращаться в орудие (средство) в чьих-то руках, а только быть целью в раскрытии этого совершенства и в рамках абсолютной ценности. При этом он, будучи достаточно развитым в моральном отношении, руководствуется априорным нравственным законом в обстоятельствах, когда он в состоянии свободно следовать голосу “практического разума”. Атрибут свободы у него неотъемлемый и врожденный в силу прирожденной наделенности разумом и волей[38].

---

[34] *Кант И.* Метафизика нравов, ч. II. Введение, § XIII // Сочинения: в 6 т. Т. 4, ч. 2. С. 314.

[35] См. об этом: *Графский В. Г.* Указ. раб. С. 317–318.

[36] См. об этом: *Омельченко О. А.* История политических и правовых учений: учебник. М.: Эксмо, 2011. С. 388.

[37] *Графский В. Г.* Указ. раб. С. 314.

[38] *Графский В. Г.* Указ. раб. С. 317–318.

Категорический императив, по Канту, – это истинное право, т. е. это право (или правовое предписание), которое отвечает внутренней установке человеческого разума, потребностям и естественным интересам человека. Категорический императив – одно из важнейших понятий всей социальной философии Канта, его этики, а значит, центр взаимосвязи этики и права[39]. И. Кант определял императив как «практическое правило, благодаря которому сам случайный поступок делается необходимым… Категорический (безусловный) императив – это такой императив, который мыслит и делает поступок необходимым только через одно представление о самом поступке… Категорический императив, выражая обязательность в отношении определенных поступков, есть моральный практический закон»[40].

«Подлинное право не может не находить своего основания в морали (вернее, в *добродетели;* зло как моральная практика Канта не интересует). Таким образом, принцип добродетельного поведения не может не преломиться в принцип поведения правового»[41]. Суть категорического императива, важного для правопонимания, в следующем: «Высшее основоположение учения о нравственности гласит: поступай согласно максиме, которая в то же время может иметь силу всеобщего закона»[42]. То есть установка индивида на поведение принимается обществом[43].

Другая, уточняющая, формула категорического императива гласит: «Поступай так, чтобы ты всегда относился к человечеству и в своем лице, и в лице всякого другого так же, как к цели, и никогда не относился бы к нему только как к средству»[44].

В соответствии с еще одним из определений Канта, «…всеобщий правовой закон гласит: поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произволения было совместимо со свободой каждого, сообразной со всеобщим законом; этот правовой закон хотя и налагает на меня обязательность, вовсе не ожидает и еще в меньшей мере требует, чтобы я ради одной этой обязательности сам ограничил свою свободу указанными выше условиями… разум выражает это как постулат, дальнейшее доказательство которого невозможно»[45].

Характеристика права как категории высокой нравственности получила широкое распространение в русской философской литературе конца XIX – начала XX в. (до Октябрьской социалистической революции 1917 г.), в трудах выдающихся российских мыслителей И. А. Ильина, П. И. Новгородцева, В. С. Соловьева, Б. Н. Чичерина и др.

Так, профессор Императорского Санкт-Петербургского университета Б. Н. Чичерин «… в понятии права выделял два значения: субъективное и объективное. Субъективное право он определял как нравственную возможность или законную свободу что-либо делать или требовать. Под объективным правом им понимался сам закон, определяющий эту свободу. Соединяя эти два значения и принимая во внимание, что применительно к праву правильнее говорить только о внешней свободе, проявляющейся в действиях, Чичерин давал следующее общее определение: “Право есть внешняя свобода человека, определяемая общим законом”»[46].

Основатель христианской философии В. С. Соловьев (1853–1900) в своей работе «Оправдание добра» (1897–1899) доказывает, что «подлинное существо права обладает нравственным характером»[47]. Напротив, великий русский писатель Л. Н. Толстой считал право

---

[39] *Омельченко О. А.* Указ. раб. С. 388.

[40] *Кант И.* Введение // Сочинения: в 6 т. Т. 4, ч. 2.

[41] *Омельченко О. А.* Указ. раб. С. 388.

[42] *Кант И.* Сочинения: в 6 т. Т. 4, ч. 1. С. 260.

[43] *Омельченко О. А.* Указ. раб.

[44] *Кант И.* Сочинения: в 6 т. Т. 4, ч. 1. С. 260, 270, 347.

[45] *Кант И.* Введение в учение о праве.

[46] *Томсинов В. А.* Б. Н. Чичерин (1828–1904). Биографический очерк // Б. Н. Чичерин. Общее государственное право. М.: Зерцало, 2006. С. XXIII–XXIX.

[47] Цит. по: *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 223.

«безусловным злом и явлением безнравственным, так как оно прибегает к принуждению, т. е. насилию над человеком»[48].

Концепцию права как категории, несущей высокий нравственный потенциал, блистательно разработал великий русский мыслитель И. А. Ильин (1883–1954), в частности в труде «Общее учение о праве и государстве» (впервые опубликован в 1915 г.). Ильин указывает, что между нормами права и нормами морали имеются существенные различия, но «между ними не порывается и не должна порываться живая связь».

Правовые нормы, по Ильину, отличаются от норм морали следующим. Во-первых, «… по тому авторитету, который устанавливает правило (в морали – внутренний авторитет: голос совести; в праве – внешний авторитет: другие люди, строго определенные и особо уполномоченные); во-вторых, по тому порядку, в котором правило устанавливается (в морали – самостоятельное восприятие и формулирование голоса совести, данного каждому особо; в праве – последовательное прохождение правила через все строго установленные этапы рассмотрения, в котором участвуют многие люди); в-третьих, по тому, кто получает предписание (в морали – добровольно признавший требование совести; в праве – всякий член союза, указанный в норме, независимо от его согласия и признания); в-четвертых, по тому поведению, которое предписывается в норме (в морали – внутреннее поведение, выражающееся и во внешних поступках; в праве – внешнее поведение, которое может, однако, привести и к рассмотрению душевного состояния; и, наконец, в-пятых, по санкции (в морали – укор совести и чувство вины; в праве – угроза неприятными последствиями и внешние принудительные меры)»[49].

Разъясняя развернуто четвертое из различий между правом и моралью, И. А. Ильин пишет: «Право может предписывать только внешнее поведение и не может требовать от людей, чтобы они осуществляли по приказанию какие-нибудь внутренние душевные состояния: о чем-нибудь думали, что-нибудь любили, чего-нибудь желали и т. д. Такие предписания со стороны права несостоятельны, во-первых, потому, что внутренние, душевные качества нравственно ценны только тогда, если они выработаны и созданы доброю волей и личными усилиями человека, и теряют свою ценность, если человек старается приобрести их по чужому приказу; они несостоятельны, во-вторых, потому, что никто не может заставить человека признать что-нибудь, или захотеть, или подумать, а также не может проверить, действительно ли он это признал, захотел и подумал или только сделал вид, чтобы избежать преследований.

Это не значит, однако, что правовые предписания совсем не обращают внимания надушевные состояния людей. Нет; но право считается лишь с теми душевными состояниями (помыслами, желаниями, чувствованиями), которые проявлены людьми в их внешнем поведении – посредством слов, жестов или в простой письменной форме»[50].

«Пока человек ничем внешним не обнаружил намерения или попытки нарушить правовую норму и не совершил никакого внешнего поступка, которому правовые нормы придают известные последствия… власть… не имеет никаких оснований вторгаться в его внутреннюю жизнь. Нравственные решения и дурные желания сами по себе имеют значение в религии и морали, но не в праве; для права важно только то, что обнаружено или чего не обнаружено во внешнем поведении»[51].

Из учения Ильина следует, что, несмотря на существенные различия права и морали, между ними есть связи, которые также существенны. Ильин подчеркивает, что «правильное отношение» между правом и моралью имеет место «тогда, когда право, не выходя из своих пределов, согласуется *по существу* с требованиями морали и является для нее подготовитель-

---

[48] Цит. по: *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 223.

[49] *Ильин И. А.* Теория права и государства. М.: Зерцало, 2008. С. 244.

[50] *Ильин И. А.* Указ. раб. С. 243.

[51] Там же. С. 244.

ной ступенью и поддержкою; а мораль, с своей стороны, служа для права высшим мерилом и руководителем, придает правовым велениям то глубокое значение и ту обязательную силу, которая присуща нормам морали. Это бывает, следовательно, тогда, когда право, с одной стороны, предписывает людям такое внешнее поведение, которое может быть одобрено и совестью (напр., служение общему благу, ненарушение чужой свободы, неподкупность, защиту родины, исполнение обязательств, принятых на себя добровольно, и т. д.); когда оно, с другой стороны, воспрещает людям те внешние уступки, которых и совесть не одобряет (напр., нарушение данного слова, обман, причинение вреда, насилие, притеснение, убийство и т. д.); и когда, наконец, право, не разрешая людям никаких нравственно предосудительных деяний, устанавливает в людских отношениях справедливый порядок»[52].

Ключевыми нравственными категориями философского учения Ильина, в отличие от кантовской философии, является развернутый ряд нравственных ценностей, созвучных проблемам периода уже не раннего, а достаточно «продвинутого» буржуазно-демократического развития. В ряду этих ценностей: «справедливость», «совесть», «достоинство», «добро», «равенство» и «равновесие».

Для более глубокого осмысления идей Ильина обратимся к характеристике философского понятия «справедливость». Как указывают авторы Философского словаря, основанного Г. Шмидтом, «справедливость (Gerechtigkeit) – у Платона добродетель правильного отношения к другим людям, сумма всех добродетелей вообще. В современной этике ценности справедливость является предварительным условием осуществления остальных ценностей и состоит в том, чтобы быть справедливым по отношению к чужой личности как таковой, уважать ее и не вторгаться в сферу ее свободы, чтобы сохранить ее свободу действий и не препятствовать созданию культурных ценностей. В своей известной книге “A Theory Justice” (1971; рус. пер.: “Теория справедливости”, 1996). Дж. Роулз характеризует справедливость как безупречное (благородное) поведение и считает справедливым такой общественный порядок, при котором каждый член общества был бы согласен с тем (даже если он пока не знает об этом), какое положение он займет в обществе»[53].

В приведенном определении обращает на себя особое внимание платоновская характеристика справедливости как «суммы всех добродетелей вообще». Соответственно, определение субъективного права как «права справедливости» означает «вложение» в дефиницию права нравственной максимы – т. е. всей совокупности, всего многообразия нравственных ценностей как показателей его сущностной природы, сущностных свойств. И. А. Ильин высказывает оригинальную мысль о том, что необходимость максимального подхода к определению нравственной составляющей субъективного права продиктована несовершенством норм права. Он указывает: «Норма, если она не превращается в императив, всегда имеет в виду лишь одинаковое, “типическое” во многих возможных различных случаях; поэтому она по необходимости не учитывает каждый отдельный случай, и этим она как бы “уравнивает” все случаи, т. е. рассматривает их так, как если бы они были одинаковы, тогда как на самом деле они остаются неодинаковыми. И вот здесь возникает опасность, что правовые нормы окажутся чрезмерно отвлеченными, рассматривающими всю жизнь как бы с высоты птичьего полета и все уравнивающими. Чрезмерная удаленность и общность права неминуемо поведет к его несправедливости, мы все чувствуем и сознаем, что люди не равны между собою: справедливая норма не может возлагать одинаковые обязанности на ребенка и на взрослого, на бедного и на богатого, на женщину и на мужчину, на больного и на здорового; ее требования должны быть соразмерны личным силам, способностям и имущественному положению людей: кому больше дано,

[52] Там же.

[53] Философский словарь Г. Шмидта. С. 423.

с того больше и взыщется. Поэтому справедливость требует, чтобы правовые нормы сохраняли в своих требованиях соразмерность действительным свойствам и деяниям людей»[54].

По Ильину, необходимость повышения нравственного уровня права в глобальном объяснении проблемы обусловлена потребностями общественной организации человеческой жизнедеятельности. Обосновывая это положение, он особо упоминает о таких нравственных ценностях, соответствующих сущности права справедливости, как равенство и равновесие между людьми, безусловное духовное достоинство – добро, совесть.

В частности, И. А. Ильин пишет: «Совместная жизнь людей ставит их в такое положение, что каждый оказывается помещенным как бы в клеточку, окруженную такими же клеточками других людей. И вот справедливость требует, чтобы эти клеточки не вытесняли взаимно друг друга, но предоставляли друг другу свободу существования. Согласно этому, справедливость требует, чтобы право поддерживало равенство и равновесие между людьми, поскольку это необходимо для того, чтобы каждый мог вести достойное существование. Здесь право должно избегнуть другой опасности: оно не должно упускать из вида, что каждый человек, кто бы он ни был, как бы ни был он ограничен в своих силах и способностях, имеет безусловное духовное достоинство и что в этом своем человеческом достоинстве каждый человек равен другому. Если люди различны по своим реальным свойствам, то они равны по своему человеческому достоинству»[55].

Из учения Ильина следует, что хотя право используется для пресечения правонарушений, но по своей сути оно созвучно, помимо вышеназванных, и такой нравственной ценности, как добро. Как указывает философ, «право призвано служить не злу, а добру. Первоначально правовые нормы были введены для того, чтобы обуздать внешние проявления злой воли, но было бы жестокой ошибкой думать, что этим исчерпывается назначение права. Самое обуздание внешних проявлений злой воли необходимо именно для того, чтобы содействовать развитию в душах людей доброй воли, и право только тогда будет понято в своем истинном значении, когда люди будут иметь в виду не букву права, а его основную цель и дух»[56].

Апофеозом концепции «права справедливости» И. А. Ильина можно считать его обобщающее определение справедливого (нравственного) права, которое по характеристике степени нравственного потенциала права и начал гуманности можно сопоставить с бессмертной формулой кантовского категорического императива. Итак, Ильин пишет: «Справедливое право не поддерживает естественного неравенства людей, если от этого может пострадать их духовное равенство. Справедливое право есть право, которое верно разрешает столкновение между естественным неравенством и духовным равенством людей, учитывая первое, но отправляясь всегда от последнего»[57].

В отличие от философии и юриспруденции дореволюционного периода, в советской научной литературе характеристики субъективного права с позиций категории нравственности не были популярны. Новая волна интереса к соответствующим исследованиям возникла лишь в 90-х гг. XX в., в связи с радикальными демократическими преобразованиями того периода, демонтажем советской социалистической системы и переходом к либеральным социально-политическим ценностям и рыночной экономике. Из классического наследия на современном этапе оказались востребованными концепция «права справедливости», кантовская концепция нравственного права. Так, обращаясь к классическим теориям, оценивая кантовский категорический императив, один из ведущих российских специалистов конца XX – начала XXI столетия профессор В. С. Нерсесянц отмечает: «Принцип кантовского морального

[54] *Ильин И. А.* Указ. раб.

[55] Там же. С. 248.

[56] *Ильин И. А.* Указ. раб. С. 250–251.

[57] Там же. С. 248.

закона по сути дела является лишь модификацией принципа формально-правового равенства (с его всеобщностью, независимостью индивидов, свободой их воли и т. д.). Иначе говоря, кантовская концепция моральности права имеет правовой смысл и значима для философии права именно потому и постольку, поскольку сама эта моральность по сути своей юридична, а под принципом индивидуальной по своей сути морали имеется в виду абстрактно-всеобщий принцип права.

Именно поэтому, кстати, и нельзя согласиться с гегелевскими утверждениями, что в кантовском моральном учении о праве "практический разум полностью лишен материи законов и способен установить в качестве наивысшего закона только форму пригодности максимы произвола", и будто нет ничего, что с помощью кантовского категорического императива не могло бы быть представлено в виде морального закона[58].

В возражение Гегелю и в защиту Канта можно, напротив, сказать, что в кантовском практическом разуме как раз присутствует "материя", а именно – правовая "материя" (принцип правового равенства), адекватным выражением чего и является категорический императив. А без такой правовой "материи" и просто невозможно (фактически и логически) сформулировать кантовский категорический императив. Тем более невозможно во всеобщей форме такого (правового по своей "материи") категорического императива выразить антиправовой произвол»[59].

Что касается учений о праве как воплощении справедливости, то они тоже принимаются в новейший период. Так, В. С. Нерсесянц считает, что справедливость как сущностное свойство права характеризует последнее неразрывно с другим его основным свойством – равенством (понимаемым как общий масштаб и равная мера свободы людей). Он пишет: «В контексте различения права и закона это означает, что справедливость входит в понятие права, что право по определению справедливо, а справедливость – сущностное свойство и качество права, категория и характеристика правовая, а не внеправовая (не моральная, нравственная, религиозная и т. д.)»[60].

Также В. С. Нерсесянц указывает: «Только право и справедливо… И по смыслу, и по этимологии справедливость (iustitia) восходит к праву (ius), обозначает наличие в социальном мире правового начала и выражает его правильность, императивность и необходимость. Латинское слово "юстиция" (iustitia), прочно вошедшее во многие языки, в том числе и в русский, переводится на русский язык то как "справедливость", то как "правосудие", хотя по существу речь идет об одном и том же понятии – о справедливости, включающей в себя и правосудие… Все эти аспекты правового смысла справедливости нашли адекватное отражение в образе богини Справедливости – Фемиды с Весами Правосудия. Используемые при этом символические средства (богиня с повязкой на глазах, весы и т. д.) весьма доходчиво выражают верные представления о присущих праву (и справедливости) признаках общезначимости, императивности, абстрактно-формальном равенстве (повязка на глазах означает, что абстрагированный от различий равный правовой подход ко всем, невзирая на лица, – это необходимое условие и основа для объективного суждения о справедливости)»[61].

В. С. Нерсесянц подчеркивает неразрывность права и с такими свойствами справедливости и равенства, как «выражение соразмерности и эквивалента», поскольку в традиционном естественно-правовом определении справедливость понимается как «воздаяние равным за равное»: «Значение права состоит в том, что оно есть могучее средство воспитания людей к общественной жизни. Правовые нормы и повиновение им должны научить человека считаться

---

[58] *Гегель.* Политические произведения. М., 1978. С. 208.

[59] *Нерсесянц В. С.* Указ. раб. С. 623.

[60] Там же. С. 45.

[61] *Нерсесянц В. С.* Указ. раб. С. 44–45.

с существованием других людей и с их интересами. Каждый человек должен приучить себя к тому, чтобы доброю волею ограничивать свои притязания, принимая во внимание, что другие также имеют право жить и осуществлять свои интересы»[62].

3. Наряду с перечисленными выше сущностными свойствами субъективного права: выражением им свободы, разума, нравственности, справедливости, – следующим его существенным свойством является то, что право (объективное и субъективное) по своему генезису является категорией математической. Сущность права в объективном и субъективном его смыслах заключается в принципе формального равенства. Право (субъективное право) по своей сущности есть всеобщая равная, одинаковая мера (свободы и справедливости). Так, субъективное право является всеобщим масштабом, выражением эквивалента, соразмерности и равномерности в отношениях между субъектами права.

Категория «равенство» как основа формулирования анализируемого сущностного свойства субъективного права известна как минимум трем отраслям научных знаний: математике, социологии и праву.

Господствующим в науке является мнение, что первично математическое понятие равенства, оно означает количественную «разновидность алгебраических выражений или функций, которая позволяет составить уравнение»[63]. На основе учения греческого философа Пифагора (570–496 гг. до н. э.) «развилось воззрение, согласно которому принципы математики – числа – одновременно являются и принципами мира, а числовые отношения, пропорции – отражением гармонии самого мира»[64].

Под влиянием идей Пифагора и его последователей математические представления о равенстве были экстраполированы на общественные явления, включая право. Как пишет В. С. Нерсесянц, «сущность мира (физического и социального), согласно пифогорийцам, есть число, и все в мире имеет цифровую характеристику и выражение. Трактуя справедливость (и справедливое право) как воздаяние равным за равное, они в духе своей социальной математики выражали справедливость (т. е. право с его принципом равенства) числом четыре. Обосновывали они это тем, что четыре – это первый квадрат, т. е. первое число, полученное от умножения одного числа (числа два) на само себя, а сущность справедливости состоит в воздаянии равным за равное»[65].

Вслед за Аристотелем В. С. Нерсесянц замечает, что Пифагор, «возводя добродетели к числам… создавал ненадлежащее учение о добродетелях. Ведь справедливость не есть число, помноженное само на себя»[66]. Хотя попытки пифагорийцев «перенести» математические представления о равенстве на общественные явления подвергались критике еще со времен Аристотеля, однако научная теория и практика социологии и права исторически и по сегодняшний день, по образному определению В. С. Нерсесянца, находятся под влиянием «магии» пифагорийского числа.

В социологии равенство – «это исходная логическая посылка для кажущегося единственно справедливым общественного порядка, предполагающего для всех экономическое, социальное, образовательное и политическое равенство, боевой лозунг со времен Французской революции, призывающий к борьбе против феодализма и социальной иерархии, позднее – против капиталистической эксплуатации и двухклассового общества»[67]. Кроме того, в социо-

---

[62] Там же. С. 46.

[63] Философский словарь Г. Шмидта. С. 373.

[64] Там же. С. 342.

[65] *Нерсесянц В. С.* Указ. раб. С. 31.

[66] Там же.

[67] Философский словарь Г. Шмидта. С. 373.

логии равенство понимается как равенство перед законом, «перед Богом», «равенство шансов на развитие»[68].

В праве (юриспруденции) математическое и социологическое понятие «равенство» формулируется как положения о «равенстве» и «равноправии». Эти положения стали основополагающими идеями первых в мировой практике конституционных актов. «Декларация независимости США (1776 г.) возвестила, что “все люди сотворены равными”. Несколько позже Декларация прав человека и гражданина (Франция, 1789 г.) зафиксировала: “Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах”. С принципа равноправия начинается изложение всех прав и свобод человека во Всеобщей декларации прав человека (ООН, 1948 г.)»[69].

В истории развития мировой науки одним из направлений понимания равенства в социологии и праве стало «…утопическое повышение постулата равенства, которое привело к возникновению марксизма. Марксизм нарисовал картину будущего, в котором путем полного обобществления средств производства и частной собственности наступает всеобщее равенство и таким образом будет построено “совершенное” общество»[70].

Идеи К. Маркса получили практическую апробацию в России в связи с социалистической революцией 1917 г. В Конституции РСФСР 1918 г., в полном соответствии с вышеизложенными предписаниями марксизма, главной задачей новой революционной власти было названо установление равноправия, обеспечиваемого в случае его нарушения принуждением. Также в качестве главной задачи заявлялось «уничтожение всякой эксплуатации человека человеком, полное устранение деления общества на классы, беспощадное подавление эксплуататоров». Для решения этой задачи Конституция РСФСР 1918 г. предусматривала такие меры, как введение «уравнительного землепользования», обобществление (путем национализации, огосударствления) всех лесов, недр, вод общегосударственного значения, инвентаря, сельскохозяйственных предприятий. Кроме того, предусматривались шаги «к полному переходу фабрик, заводов, рудников, железных дорог и прочих средств производства и транспорта в собственность Советской рабоче-крестьянской Республики» (п. 3 гл. 2 Конституции РСФСР 1918 г.). Конституция вводила также всеобщую трудовую повинность (там же) и т. д. Последующие советские конституции (СССР и РСФСР) по своему духу сохраняли преемственность с этой первой социалистической Конституцией России[71].

Критикуя марксистское учение о равенстве, зарубежные специалисты дают ему следующие оценки, которые можно распространить и на практику «реального социализма» в России: «В то время как равенство перед законом, “перед Богом” и равенство шансов на развитие оказались реалистическими точками зрения, теория утопического общества потерпела крах по причине, которая часто умалчивается, а именно, что все люди по природе своей неравны и в ходе “соревнования” в развитом обществе занимают различные позиции и достигают различных вершин. Когда же активность деловых людей (включая ловкачей, карьеристов, честолюбцев и пр.) ограничивается в пользу плетущейся массы вялых, безынициативных граждан, то такая “уравниловка”, удерживаемая исключительно при помощи силы, согласно имеющемуся опыту, ведет к бюрократическому застою, принудительному равенству и тем самым к существенному спаду производительности во всех областях жизни»[72].

Если руководствоваться этим толкованием, которое представляется убедительным, то принципы «равенство» и «равноправие», с одной стороны, и категория меры – с другой, лишь в их взаимосвязи характеризуют сущность субъективного права. «Мера» является индикатором

---

[68] Там же.

[69] *Баглай М. В., Туманов В. А.* Малая энциклопедия конституционного права. М.: БЕК, 1998. С. 389.

[70] Философский словарь Г. Шмидта. С. 373.

[71] Сборник законодательства по конституционному (государственному) праву Российской Федерации.

[72] Философский словарь Г. Шмидта. С. 373.

предельности (масштаба) «равенства» и «равноправия». Тем не менее до 90-х гг. XX в. в российской юридической литературе «равенство» («равноправие») и «мера» использовались для определения сущностных свойств субъективного права не как неразрывно связанная между собой (в социологическом смысле) пара категорий, а дифференцированно. Часть авторов определяли субъективное право в единстве с идеей равноправия; другие предпочитали характеризовать субъективное право через понятие «мера», т. е. через указание на количественные показатели свободы и справедливости, которые заключены в субъективном праве.

Так, о связи сущностных свойств субъективного права с принципом равноправия высказывался в 70-х гг. XX столетия известный российский ученый-конституционалист, профессор МГУ Л. Д. Воеводин. В рецензии на книгу Г. Ханая он заявил, что субъективное право в своем историческом развитии выражало идеи равноправия, а не идеи деления права на частное и публичное[73]. С этим заключением нельзя согласиться полностью, однако можно принять позицию в части, касающейся утверждения, что генезис субъективного права (а следовательно, и его сущностные признаки) неразрывно связан с понятием «равноправие».

Характеристику сущности субъективного права с использованием категории «мера» можно встретить в работах многих российских авторов. Впервые в отечественной юридической литературе (советского периода) подобное определение находим у профессора С. Н. Братуся, крупнейшего теоретика права и цивилиста по профилю юридической специализации. Согласно его дефиниции, субъективное право – это мера возможного или дозволенного поведения самого управомоченного[74].

В дальнейшем отдельные авторы такую методологию отвергали. Так, известный российский теоретик права (советского периода) С. Ф. Кечекьян, в целом соглашаясь с дефиницией С. Н. Братуся, «…считал, однако, неудачным выражение “мера поведения”, так как “мера” – понятие количественное, предполагающее соразмерность различных величин, а субъективные права разнообразны и несоизмеримы»[75]. Тем не менее многие известные ученые, классики отечественной юриспруденции (работавшие в советский период) – Н. Г. Александров, О. С. Йоффе, М. Д. Шаргородский – пришли к следующему выводу: «Субъективное право есть обеспеченная законом мера дозволенного управомоченному поведения и возможность требовать определенного поведения от обязанного лица в целях удовлетворения признаваемых законом интересов управомоченного»[76].

Обосновывая предпочтительность использования при характеристике субъективного права категории «мера», один из крупнейших российских теоретиков права С. С. Алексеев писал: «Вызывает сомнение допустимость употребления при рассмотрении субъективных прав терминов, используемых обычно при характеристике юридических норм: “модель поведения” или “масштаб поведения”. Употребление подобной терминологии, хотя бы и с пояснениями, с добавлением слов “конкретные”, “персонифицированные”, приводили к терминологическому отождествлению юридически разнородных, разноуровневых явлений – правовых норм и субъективных прав, к тому же стирается качественное различие между нормативной основой юридического регулирования и промежуточным, близким к завершающим, звеном его механизма – субъективными правами и юридическими обязанностями (их лучше назвать мерой поведения)»[77].

---

[73] *Воеводин Л. Д.* Рецензия на книгу Г. Ханая «Социалистическое право и личность» // Советское государство и право. 1972. № 2. С. 159. Приводится по: *Матузов Н. И.* Указ. раб. С. 133.

[74] *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права. М.: Госюриздат, 1950. С. 13.

[75] *Алексеев С. С.* Общая теория права: учебник. 2-е изд. М.: ТК Велби: Проспект, 2008. С. 259; *Кечекьян С. Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958. С. 56–57.

[76] *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. М.: Юрид. лит., 1961. С. 223.

[77] *Алексеев С. С.* Общая теория права. С. 70.

С 90-х гг. XX в. в российской юридической науке отмечается активизация попыток констатировать неразрывность равенства в социологическом и правовом смыслах с категорией меры. И в этой связи акцентируется внимание на необходимости дифференциации понятий «фактическое» и «юридическое» равенство; «равенство» и «равноправие».

Так, выдающиеся российские ученые и практики М. В. Баглай (Председатель и судья Конституционного Суда РФ в отставке) и В. А. Туманов (Председатель и судья Конституционного Суда в отставке) указывают: «Равенство и равноправие – близкие, но не равнозначные понятия, первое из которых означает одинаковое юридическое положение граждан (и неграждан) перед законом, т. е. совпадение всего комплекса прав и обязанностей у всех лиц, а второе – совпадение объема только права (в Конституции РФ 1993 г. это понятие выражено также термином “равенство прав и свобод”). Но оба понятия употребляются как синонимы для обозначения одинаковой меры свободы для каждого человека. Равенство и равноправие предполагают отсутствие не-узаконенных привилегий и запрет дискриминации по любым основаниям» [78].

Кроме того, по нашему мнению, соотношение «равенства», «равноправия» и «меры» характеризуется их предельной идентичностью. «Меру» следует рассматривать как субстанцию (неотъемлемый, неизменно сопутствующий компонент) принципов «равенства» и «равноправия», и именно через такое определение соотношения анализируемых трех категорий характеризовать равенство (равноправие) как сущностное свойство субъективного права. Когда мы справедливо говорим, что право предполагает «формальное равенство свободных индивидов», которое «…является наиболее абстрактным определением и сущностным свойством права, общим для всякого права и специфичным для права вообще», и «если нет этого принципа – нет и права как такового», – то это заключение должно подразумевать, что в принципах «равенства» («равноправия») неизбежно заложена категория «меры» (мера свободы, мера справедливости, т. е. определенное число)[79].

В этой связи следует согласиться с размышлениями В. С. Нерсесянца, по мнению которого «всеобщая равная мера – один из необходимых составных компонентов принципа формального равенства и одно из сущностных свойств права. В качестве такого компонента равная мера предполагает и другие компоненты правового принципа формального равенства – свободу и справедливость. Поэтому равная мера – это равная мера свободы и справедливости. При этом под равной мерой имеется в виду не только всеобщий масштаб и единая для всех норма правовой регуляции, но также и соблюдение эквивалента, соразмерности и равномерности в отношениях между самими субъектами права»[80].

Представляет интерес для уточнения правопонимания и высказывание профессора Нерсесянца о том, что сущность права составляет не фактическое, а формальное равенство и это обстоятельство не означает нуллификацию социальной ценности права. По его разъяснениям, «правовое равенство и правовое неравенство (равенство и неравенство в праве) – однопорядковые (предполагающие и дополняющие друг друга) правовые определения и характеристики, понятия, в одинаковой степени противостоящие фактическим различиям и отличные от них. Принцип правового равенства различных субъектов предполагает, что приобретенные ими реальные субъективные права будут неравны»[81]. Однако «благодаря праву хаос различий преобразуется в правовой порядок равенства и неравенства, согласованных по единому основанию и общей норме»[82].

---

[78] *Баглай М. В., Туманов В. А.* Указ. раб. С. 389.

[79] *Нерсесянц В. С.* Указ. раб. С. 36.

[80] *Нерсесянц В. С.* Указ. раб. С. 30.

[81] Там же. С. 34.

[82] Там же.

§ 1.2. Учение о субъективном публичном праве и его отличии от частного субъективного права как первый этап в истории развития учения о субъективной природе основных (конституционных) прав и свобод (XVII–XVIII вв.)

Учение о субъективном характере основных (конституционных) прав и свобод началось с учения о субъективном публичном праве. В свою очередь, теория субъективных публичных прав имеет в своей основе две предпосылки, которые обусловили ее развитие. Во-первых, научная теория субъективного права является частью более общего учения о естественном праве и повторяет его историю. Во-вторых, учение о субъективных публичных правах основано на делении права на частное и публичное и производно от характеристики частного права в качестве субъективного в полном его объеме.

Разделение права на публичное и частное восходит еще ко временам Древнего Рима, оно было сформулировано Ульпианом (около 170–228). Критерием различения частного и публичного права служит интерес (польза): для частного преимущественное значение имеют интересы отдельных лиц, их правовое положение и имущественные отношения, для публичного главными являются общие, публичные (государственные) интересы, «правовое положение государства, его органов и должностных лиц, регулирование отношений, имеющих ярко выраженный общественный интерес»[83].

Различие между правом в объективном и субъективном смысле в юриспруденции сложилось тоже давно. Оно также идет от римского права и существует в настоящее время во всех правовых системах[84].

Сказанное, однако, справедливо для частного права, что же касается публичного, то оно со времени его выявления в философской науке, изначально характеризовалось не как субъективное. Ульпиан обосновал представление о публичном праве как о праве, относящемся к положению самого государства. Публичное право рассматривалось под углом зрения устройства государства, прав и обязанностей его должностных лиц. Научно-теоретическая квалификация и исследования субъективной природы публичного права отсчитываются не со времен Римского государства, не с античного, а с более позднего периода.

Учение о субъективных публичных (гражданских), личных и политических правах было создано школой естественного права в период Реформации, начиная с XVI–XVII вв., в Западной и Центральной Европе. Как указывает немецкий ученый Георг Еллинек (1851–1911), учение о субъективном публичном и личном праве началось с учения «о прирожденном праве свободного исповедания веры», которое «возникает в сфере английских и шотландских конгрегационалистов и индепендентов под влиянием борьбы за реформационные идеи»[85].

Примерно с этого же времени учение об основных субъективных правах базируется не только на идеалах естественного «первоначального» права свободы, но и на позитивном праве, юридически закрепившем политические и личные (гражданские) права и свободы, а также на процессах кодификации позитивного права, содержащего те или иные вольности, дарованные властью подданным.

---

[83] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 222–228; *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. М.: БЕК, 1995. С. 2; *Баглай М. В., Туманов В. А.* Указ. раб. С. 387.

[84] *Баглай М. В., Туманов В. А.* Указ. раб. С. 387.

[85] *Еллинек Г.* Указ. раб. С. 405 и др.

По данным Г. Еллинека, «положительное признание эти (публичные-гражданские, личные и политические) права получают впервые при основании некоторых из американских колоний Англии». Однако «первыми предвестниками идеи кодификации всех публичных прав индивида явились принятые английским парламентом и признанные королем Petition of Right (1628) и Bill of Right (1689)[86]. Впоследствии «американские колонисты многократно объединяли, в промежуток времени между петицией и биллем о правах, в своем колониальном законодательстве старые и новые вольности, дарованные английской короной, в особые писанные хартии, которые впоследствии также назывались биллями о правах. Кроме того, наряду с деятельностью по собиранию дарованных вольностей в Америке – сперва в Род-Айленде, а затем и в других колониях – получила правовое признание свобода совести, хотя нередко со значительными ограничениями. Вследствие указанных процессов, уже в XVII столетии было санкционировано общее право человека, основанием которого служила не Великая хартия вольностей или позднейшие английские законы, а совесть человека, которую Реформация возвысила на степень высшего судьи в вопросах веры»[87]. Учение о субъективном публичном праве «… выработалось в Англии в связи с великим религиозным и политическим движением XVII в.»[88].

В течение XVIII столетия, на основе раннего английского законодательства, кодификаций американскими колонистами вольностей, дарованных им английской короной, а также посредством анализа складывающейся социально-политической практики, были предприняты философские и теоретико-правовые исследования, которые обнаружили необоснованность многих существовавших на тот период ограничений индивидуальной свободы и расширили представления о возможных видах и более широком перечне субъективных публичных (политических) прав и свобод. Большая заслуга в этом приписывается Дж. Локку, У. Блэкстону, Дж. Отису[89].

Как пишет Г. Еллинек, «непосредственно после того, как (английский. – *Ж. О.*) билль о правах сделался законом, Локк выводит – из неразрывно связанной с самим существом человека свободы – абсолютные границы для государственной власти, которую он прямо признает установленной для защиты жизни, свободы и собственности индивида. Затем, в XVIII в., W. Blackstone в своем знаменитом, оказавшем большое влияние сочинении об английском праве превращает эти границы, у Локка еще выраженные в форме объективных правоположений, в абсолютные права английских подданных, выведенные из положений естественного права, в связи с положениями билля о правах»[90].

В результате со времени начала ранних буржуазно-демократических революций (конец XVIII в.) естественно-правовая теория создала представление о значительном числе неприкосновенных «общих прав свободы», которые государство не должно ограничивать, а лишь «предупреждать злоупотребления ими»[91]. Эти права были зафиксированы уже в первых в мировой истории конституциях (и конституционных актах): Конституции штата Вирджиния (США) и конституциях других ставших суверенными североамериканских колоний, тексты которых начинаются с биллей (или деклараций) о правах; Конституции США 1787 г., в связи с принятием в 1789 г. и ратификацией в 1791 г. Билля о правах как составной части общеамериканской Конституции. Под влиянием Вирджинского билля о правах были приняты: французская Декларация прав человека и гражданина (22 августа 1789 г.), положения которой затем были повторены с некоторыми изменениями в двух переходных исторических Конституциях Фран-

[86] *Еллинек Г.* Указ. раб. С. 405.
[87] Там же. С. 400.
[88] Там же. С. 401.
[89] Там же.
[90] *Еллинек Г.* Указ. раб. С. 403.
[91] Там же.

ции (начала 1791 г.) и которая является составной частью действующей французской Конституции 1958 г.; Конституция Бельгии 1831 г., которая «выставила гораздо более широкий перечень прав гражданина (в сравнении с французской Декларацией. – *Ж. О.*), влияние которой, в свою очередь, отразилось на многочисленных конституциях»[92].

Закрепление с конца XVIII в. прав и свобод индивида в нормативных актах столь высокого уровня, как конституции (основные законы), имело два важных последствия для развития науки. С одной стороны, создавало формально-юридические предпосылки для дальнейшего развития учения о субъективном праве – как праве на взаимные притязания субъектов не только частноправовых, но и публично-правовых отношений, для устойчивого развития учения о субъективном публичном праве. С другой стороны, со времени, когда стали приниматься первые конституции, учение о субъективном публичном праве приобрело характер теории о субъективной природе конституционных прав и свобод, поскольку ранние конституции (да и значительная часть ныне действующих) провозглашают прежде всего права и свободы, относящиеся к публично-правовой (политические и личные права), меньше – к частноправовой сфере.

В плане его общей оценки отметим, что учение о субъективном праве XVII–XVIII столетий, как и все социально-научные и философско-правовые системы того времени, так или иначе отправлялось от отдельного человека и его природы. В основу этого учения была положена теория индивидуализма, которая в тот период имела крайнюю степень своего выражения. Очевидно, в противоположность абсолютной власти монарха в канун буржуазных революций была выдвинута концепция прав и свобод, имеющих не относительное, а абсолютное значение. Вместе с тем индивидуализм противопоставлялся не только государственному (абсолютный монарх), но и социальному (общество). Учение о субъективных правах XVIII столетия было основано на предположении, что индивидуальное и социальное начала являются взаимоисключающими принципами[93]. В этом была его уязвимая сторона.

[92] Там же.

[93] См. об этом: *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 291 и др.

§ 1.3. Упадок популярности и критика учения о субъективной природе публичного права (конституционных прав и свобод) в первые три четверти XIX в. Исследования научной теории «рефлективного права» в трудах Г. Еллинека, Б. А. Кистяковского, Я. М. Магазинера

В первые три четверти XIX в. теория школы естественного права об изначально присущих каждой личности субъективных правах, о субъективной природе публичных (гражданских, политических) прав подверглась полному пересмотру, вместе с ниспровержением всей системы идей XVIII столетия. В блистательном исследовании Б. А. Кистяковского о развитии философских учений о природе государства, общества и индивидуума, о значении прав человека и гражданина указывается, что критика школы естественного права в целом и учения о публичном субъективном праве в частности «…велась представителями двух различных наук – истории и социологии, с одной стороны, и юриспруденции, с другой». По его замечанию, главный пункт критики заключался в утверждении, «что публичные (личные. – *Ж. О.*) и политические права вовсе не являются субъективными правами подобно частным правам, например, имущественным или праву на доброе имя»[94]. «Если признавать за личностью такие права, как свобода совести, свобода слова, свобода профессий, свобода передвижения и т. п.», – то отчего, говорили противники естественно-правовой школы, «…не провозглашать права свободно ходить гулять, права молиться, права посещать театр, права обедать в любое время, одним словом, не конструировать все естественные проявления человеческой жизни в виде каких-то субъективных прав? Чем отличается свобода передвижения и свобода профессий от права ходить гулять и от права ездить на площадях и по железной дороге?»[95].

Согласно исследованию Б. А. Кистяковского, историки и социологи, которые бóльшую часть XIX в. были в оппозиции к учению о субъективном основном праве, видели в провозглашении «личных общественных свобод, как субъективных публичных прав, чисто историческое явление»[96]. В частности, историки говорили, что поскольку «абсолютное монархическое государство отрицало и ограничивало свободу личности и общества, простирая чрезмерно далеко свою опеку над ними, то правовое государство считало нужным провозгласить эти свободы в качестве субъективных публичных прав. Когда, однако, забудутся все ограничения свободы, созданные абсолютно-монархическим государством, когда опека государства над личностью и обществом отойдет в глубь истории и сделается лишь преданием, то все эти так называемые права перестанут быть правами и превратятся как бы в естественное проявление человеческой личности вроде права ходить гулять»[97].

Наряду с исторической наукой, критика учения о субъективном публичном праве (т. е. конституционных гражданских, личных и политических правах) осуществлялась и новой наукой, созданной О. Контом в XIX в., – социологией. Критика с позиций социологии была весьма убедительна и долгое время (первые три четверти XIX в.) имела широкую поддержку. Успех социологической критики объяснялся тем, что провозглашенные в ранних конституциях и конституционных актах (конца XVIII в.) основные права и свободы не воплощались

[94] См. об этом: Там же. С. 293 и др.

[95] См. об этом: *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 293 и др.

[96] Там же. С. 293.

[97] Там же. С. 293–294.

на практике, не обеспечивали в тот период осуществление идеалов буржуазно-демократических свобод, равенства и братства. Поэтому, если «в XVIII столетии первичным элементом во всех теоретических построениях, касающихся общества, государства и права, был индивидуум, напротив, в XIX столетии теоретическая мысль упорно останавливалась на обществе как на первичном элементе в жизни человека»[98]. Как писал Б. А. Кистяковский, «все социальные реформаторы в первые три четверти XIX столетия довольно согласно учили, что отдельный индивидуум совершенно бессилен изменить исторически сложившиеся социальные отношения и что только общественные группы могут преобразовать и устроить на справедливых началах жизнь человека… Высшего пункта своего развития эти идеи достигли в научном социализме, или марксизме, согласно которому вся жизнь человека определяется с естественной необходимостью социальными условиями, движущимися и развивающимися лишь по закону причинности»[99].

Соответственно, «общество теперь было объявлено единственным источником всего права. Если отдельное лицо представлялось лишь продуктом социальных условий, то тем более и свои права оно получало только от общества. Но в таком случае, то общество или государство, которое даровало эти права, наделив ими отдельных лиц, очевидно, может в любой момент и отнять их. Отсюда не труден был переход к полному отрицанию субъективных прав, да и права вообще. Формулируя свои идеи всепоглощающей роли общества по отношению к праву, О. Конт учил, что идея субъективного права есть продукт метафизической философии; напротив, при организации общества на позитивно-научных началах отдельному лицу должны быть присвоены обязанности, а не права»[100].

Согласно анализу Б. А. Кистяковского, «в первую половину XIX века индивидуализм нашел себе пристанище, главным образом, в учении так называемого экономического либерализма»[101].

Со стороны юристов критика учения о субъективном праве в рассматриваемый период (первые три четверти XIX в.) заключалась в том, что они считали «…личные свободы, вытекающие из прав человека и гражданина, не субъективным правом граждан, а лишь результатом объективного права, т. е. следствием общего государственного правопорядка, установленного в современных конституционных государствах»[102]. По мнению юристов, опровергавших субъективное право в публично-правовой сфере, то, что именуется субъективным публичным или политическим правом, на самом деле есть пределы правомочий органов и должностных лиц, это следствие норм о статусе государства, своеобразный «рефлекс» объективного права. По данным Б. А. Кистяковского, впервые указанную теорию выдвинул немецкий юрист Гербер, «первый исследователь юридической природы прав человека и гражданина»[103].

Известный в конце XIX – начале XX в. юрист П. Лабанд, наиболее активный противник учения о субъективном публичном праве, утверждал, что «права свободы, или основные права, – суть нормы для государственной власти, которые она сама для себя устанавливает; они создают пределы для правомочий должностных лиц; они обеспечивают каждому его естественную свободу действий в определенном объеме, но они не образуют субъективных прав граждан. Они – не права, так как у них нет объекта». На соответствующую особенность публичных прав обращал внимание и Г. Еллинек. Он писал: «Эти права существенно отличаются от частных прав тем, что они связаны непосредственно с личностью. Они не имеют, в проти-

[98] См. об этом: *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 291.

[99] Там же. С. 292.

[100] Там же.

[101] Там же.

[102] Там же. С. 295.

[103] См. об этом: *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 294.

воположность частным правам, независимого от личности объекта». Тем не менее Г. Еллинек различает субъективное публичное право и правовые рефлексы в публичном праве[104]. Итак, согласно анализируемому мнению юристов, «…личные свободы – вовсе не права в субъективном смысле, а лишь следствие общего правопорядка и, прежде всего, известного правового принципа: все, что не запрещено, дозволено»[105].

Таким образом, юристы, которые в первые три четверти XIX в. не признавали гражданские свободы субъективными правами, рассматривали их как продолжение норм о статусе государства и государственного правопорядка, как своеобразные положения о самоограничении государственной власти, структурно сохраняющиеся в системе норм объективного права, квалифицировали гражданские вольности в качестве «рефлекса объективного права», рефлекса обязанностей органов государственной власти не вторгаться в сферу политических и личных (гражданских) свобод. В своей позиции они опирались на понятие «рефлекс права», выявленное немецким ученым Р. Иерингом в области гражданского права, – распространив такое явление, как «рефлексы права», на сферу публичного права.

Как пишет Б. А. Кистяковский, «Иеринг приводит следующий чрезвычайно яркий пример частного рефлективного права: когда в многоэтажном доме квартирант второго этажа кладет на лестницу, ведущую в его квартиру, ковер, то и квартиранты третьего, четвертого, пятого и т. д. этажей, пользуясь общей лестницей, приобретают право ходить по ковру. Но квартиранты третьего, четвертого, пятого и т. д. этажей не приобретают субъективного права на пользование этим ковром. У них есть только субъективное право пользоваться лестницей, и рефлексом этого права является отраженное право пользования ковром»[106]. Далее Б. А. Кистяковский развивает эту мысль: «То же явление мы постоянно встречаем и в области публичного права. Так, например, государство в своих фискальных интересах или желая покровительствовать какой-нибудь отрасли промышленности устанавливает известные пошлины. Благодаря им цена на обложенные продукты возрастает внутри страны, и промышленники, производящие эти продукты, получают добавочную прибыль. Но у них нет субъективного права на обеспечение путем пошлин высоких цен на предметы их производства, так как это обеспечение есть только рефлекс права»[107].

Российский ученый Я. М. Магазинер (1882–1961) дает следующее теоретическое определение природы рефлексов в праве: «Рефлексы – это случайные выгоды, случайные преимущества, вытекающие из технического несовершенства общественно-распределительного аппарата, но не отделимые от той функции, которую осуществляет этот аппарат. Поэтому рефлекс представляет собой выгоду, случайную для данного лица, но необходимо вытекающую из обеспечения чужого, действительно защищенного субъективного права, из удовлетворения чужой юридически обеспеченной потребности»[108].

В период, когда активно обсуждался вопрос о природе основных публичных и политических прав и свобод, об их отождествлении с субъективными правами либо правовыми рефлексами, обращалось внимание на внешнюю близость этих понятий, специалисты указывали на ущербность квалификации публичных (политических и гражданских, личных) прав в качестве рефлексов обязанностей органов государственной власти не вторгаться в сферу политической и личной свободы человека.

Так, пытаясь выявить признаки рефлективного права, Б. А. Кистяковский отмечает его близость к субъективному праву: «В рефлективном праве можно было бы видеть нечто про-

---

[104] *Еллинек Г.* Указ. раб.

[105] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 295.

[106] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 295.

[107] Там же. С. 295–296.

[108] *Магазинер Я. М.* Избранные труды по общей теории права. СПб., 2006. С. 173.

межуточное между объективным и субъективным правом, как бы подготовительную стадию к субъективному праву, если бы эти явления допускали переходные стадии. Во всяком случае, исторически рефлексы права часто превращаются в субъективные права и наоборот»[109]. Признавая наличие правовых рефлексов не только в частном, но и в публичном праве, сторонники теории субъективного публичного права подчеркивали недопустимость отождествления основных гражданских (политических и личных) прав и свобод с рефлексами публичного права.

Весьма интересное обоснование субъективного характера публичных (гражданских, личных и политических) прав принадлежит немецкому ученому Г. Еллинеку. По его определению, общие гражданские и политические вольности являются не продолжением статуса государства и государственного правопорядка, не рефлексом объективного права, а субъективным правом, так как в ином случае (при отрицании субъективных публичных прав) подвергается сомнению возможность правопорядка, а с тем вместе и государства[110]. Свое соображение Еллинек поясняет следующим образом: «Закрепляя за индивидом гражданские вольности, государство тем самым признает индивида лицом, субъектом права, который может в своем интересе привести в движение правопорядок». Признание индивида лицом, «членом народа», гражданином, как указывает немецкий ученый, «служит основой для всех публично-правовых притязаний». При этом он выделяет три их вида:

– подчинение субъектов лишь ограниченной государственной власти (притязания на отрицательную свободу от государства);

– возможность «притязания на положительные действия государства в интересах индивида» (возможность в своем интересе привести в движение судебную власть), притязания на административную власть в интересах индивида;

– притязания индивида, направленные на «допущение его к функционированию в качестве постоянного органа государства и на участие путем выборов в создании органов государства)»[111].

По Еллинеку, суть первой разновидности притязаний лица (на отрицательную свободу – от государственного вмешательства в сферу автономии личности) заключается в том, что его подчинение государству простирается лишь настолько, насколько этого требует право. Смысл данной разновидности притязаний состоит в признании государством действия в отношении индивида принципа «разрешено все, что не запрещено». Г. Еллинек пишет: «Фактическое состояние свободы, в котором находится предоставленный самому себе человек, превращается в правовое состояние вследствие признания только ограниченного подчинения»[112]. Таким образом, как следует из концепции Еллинека, для реализации анализируемых притязаний нет необходимости наделения правами и свободами, достаточно признавать «свободное от вмешательства государства состояние индивида», в силу которого лицо «приобретает притязание на отмену всех нарушающих свободу распоряжений государства»[113].

Тем не менее для обеспечения отдельных видов притязаний анализируемого блока Г. Еллинек указывает на необходимость соответствующего управомочивания субъекта, т. е. наделения его соответствующими правами. Ученый замечает: «Существование ограничений, являющихся особенно тягостными для индивида, исторически обусловило требование признания определенных прав свободы. Принуждение в делах веры и цензуры вызвало представление о

---

[109] См. об этом: *Магазинер Я. М.* Избранные труды по общей теории права. СПб., 2006. С. 170–171.

[110] *Еллинек Г.* Указ. раб. С. 404.

[111] Там же. С. 406–408.

[112] *Еллинек Г.* Указ. раб. С. 406.

[113] Там же.

свободе совести и печати, вследствие полицейского вмешательства и запретов стали требовать в качестве особых прав свободы, неприкосновенности частного жилища, соблюдения почтовой тайны, права собраний и сходов и т. д.»[114].

В отношении второго блока притязаний индивида, которые предполагают не отрицательную свободу от государства, а положительные действия последнего, Г. Еллинек указывает: «Строго отличаемо должно быть в этой области рефлективное право от права субъективного». Из его аргументов следует, что этот блок притязаний индивида составляет рефлективное, а не субъективное право. Как пишет ученый, «уголовное право и полиция призваны защищать индивидуальные правовые блага, но, тем не менее, они не обосновывают никакого индивидуализированного притязания того лица, которое должно быть защищаемо. И административная деятельность государства, как осуществляемая в общих интересах, служит на пользу индивиду. То, что государство делает, оно делает для своих настоящих и будущих членов, которые поэтому являются дестинатариями доставляемых им благ, но не всегда получают их в качестве управомоченных»[115].

Третий блок возможных притязаний индивида к государству – притязания, не направленные «ни на положительные, ни на отрицательные действия государства, а на признание им возможности действовать для него». К таковым относятся притязания на функционирование в качестве постоянного органа, а также «притязания на участие путем выборов в создании органов государства»[116]. В наиболее общей формулировке, Г. Еллинек именует анализируемый блок притязаний «притязаниями на состояние активного гражданства», «расширенное право гражданства»[117]. Такого рода притязания в разных государствах принадлежат разному кругу лиц. По словам Еллинека, «невозможно такое государство, в котором подобного рода притязания не принадлежали бы никому. По меньшей мере, одно лицо – властитель – должно иметь личное притязание на признание его высшим органом государства».

В связи с такого рода притязаниями индивиды и существующие в государстве союзы являются обязательными субъектами публичных прав. Из учения Еллинека следует, что народ как элемент государства составляют не рабы, а индивиды – носители субъективных публичных прав, в ином случае нет оснований говорить о бытии государства. Ученый замечает, что между народом как субъектом и публичным правомочием проявляется очевидная связь: «Государственная власть должна каким-нибудь образом быть связана с членами народного общения. Точно так же, как толпа рабов, – т. е., юридически, вещей, объединенных общим владельцем, не образует государства»[118]. Следует различать, таким образом, власть господина и власть государственную.

Вслед за Г. Еллинеком российский ученый Я. М. Магазинер, признавая наличие правовых рефлексов не только в частном, но и в публичном праве, писал, что необходимо «отличать действительные рефлексы от мнимых рефлексов, т. е. субъективных прав с юридически несовершенной защитой». Из рассуждений Магазинера следует, что и субъективное право, и рефлекс права могут быть определены через категорию «интерес». Различие же в том, что если «интерес юридически защищен… тогда он означает право требовать его защиты», если же «он не защищен… тогда он является рефлексом, т. е. перед правом он беззащитен»[119]. По мнению ученого, публичные права, политические свободы – это мнимые рефлексы, так как они

[114] Там же.

[115] Там же. С. 407.

[116] *Еллинек Г.* Указ. раб. С. 409.

[117] Там же.

[118] Там же.

[119] *Магазинер Я. М.* Указ. раб. С. 171.

характеризуются (по состоянию на первые три четверти XIX в.) юридически несовершенной защитой[120].

Я. М. Магазинер, также вслед за Еллинеком, справедливо указывал, что учение, отрицающее субъективный характер основных прав, «обеими ногами стоит на почве абсолютизма»[121]. Он оценивал соответствующее учение как «пренебрежение к правовой личности», поскольку «за ней признаются интересы, но не права, блага же, которые она получает через деятельность государства, рассматриваются как юридические рефлексы, которые вовсе не предполагают у гражданина каких-либо правовых средств защиты угрожаемого или попираемого рефлективного блага. Даже если подданный имеет право жалобы, то и она имеет значение только как средство доведения до сведения высшей власти о неправильных действиях низшей, но не как средство защиты субъективного права. Равным образом удовлетворение жалобы имеет целью если не попечение о подданном, то лишь восстановление законного объективного порядка, но отнюдь не нарушенного субъективного права. В такой системе действующее право низводится на степень какого-то внутреннего регламента, инструкции для органов власти»[122].

Завершая анализ концепций XIX в. о рефлексной, а не субъективной природе публичных прав, приведем слова Б. А. Кистяковского, который отмечал: «…Г. Еллинек указывает на то, что Гербер для своего времени и своего отечества был совершенно прав, когда он доказывал, что личные свободы основаны лишь на объективном праве и не заключают в себе права субъективного. Однако эти исторические обстоятельства, с точки зрения существа личных свобод, имеют временный и случайный характер. Напротив, по своему существу личные свободы всегда являются субъективными публичными правами; им по преимуществу присуща та индивидуализация, та связь с личностью, которые составляют основной признак всякого субъективного права»[123].

---

[120] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 295.

[121] См.: *Магазинер Я. М.* Указ. раб. С. 171.

[122] Там же.

[123] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 297.

§ 1.4. Современный этап развития учения о субъективном праве, о соотношении индивидуальных интересов (индивидуальной свободы) и общесоциальных и общегосударственных интересов в западных странах (последняя четверть XIX – первые десятилетия XXI в.)

Последняя четверть XIX – первые десятилетия XXI в. – это этап возрождения учения о субъективном публичном праве и его трансформации в учение о субъективной природе основных (конституционных) прав и свобод. Этап аргументации субъективного характера основных (конституционных) прав и свобод с позиций возрожденной теории естественного права; новых представлений о соотношении публичного и частного права; новых социологических воззрений на взаимоотношения индивида и общества.

На рубеже XIX и XX столетий все большее внимание стали привлекать «формальное различие частного и публичного права»[124], условность деления права на публичное и частное, взаимопроникновение частного и публичного начал в праве. Г. Еллинек в своей работе «Общее учение о государстве», опубликованной в Германии в 1900 г. (первое издание в России – 1903 г.), оценивает как крайние теории и учения, признающие «субъективное публичное право однородным по структуре с правом частным»; и учения, отрицающие деление субъективного права на публичное и частное.

Возрожденная в конце XIX – начале XX столетия теория индивидуализма как философская (социологическая) основа современной концепции субъективного права уже «…не противопоставляет индивидуальное начало социальному и не считает, как в былое время, что одно из начал безусловно исключает другое. Напротив, он сам (индивидуализм. – *Ж. О.*) насквозь проникнут социальным началом»[125].

С конца XIX в. многообразные противоположные учения в философии и социологии все более «…сходятся и примиряются в солидарном стремлении отстоять и обосновать индивидуализм»[126]. Так, с одной стороны, не подвергаются сомнению положения, которые были выдвинуты в XVIII – первой половине XIX в., – о том, что «всякая личность вырастает из социальной среды и является продуктом общества», что «от общества личность приобретает общие и родовые черты, которые соответствуют известному уровню культуры и делают каждую личность из данной социальной среды похожей на другую личность из той же среды»[127]. С другой стороны, во второй половине XIX столетия стало обращаться внимание на то, что понятие личности «…далеко не исчерпывается общими и родовыми признаками, характеризующими в одинаковой мере все личности, составляющие каждую данную группу. Напротив, теперь основным признаком личности было признано то, что делает каждую личность безусловно своеобразной, индивидуальной и неповторяющейся особью»[128]. В начале XX столетия Б. А. Кистяковский писал: «Итак, мы снова стоим перед двумя противоположными и взаимно друг друга исключающими утверждениями. Одни говорят, что личность есть самоцель, а общество средство, другие, напротив, утверждают, что самоцелью является общество, а личность средство… Оценив их значение в сфере не формально-логических соотношений, а реального жизненного про-

---

[124] *Еллинек Г.* Указ. раб.

[125] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 298.

[126] Там же.

[127] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 300.

[128] *Новгородцев П. И.* Кризис современного правосознания. С. 58 и сл., 291–295, 304 и сл.; *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 300–301.

цесса, мы должны, напротив, признать истинными оба эти утверждения. Самоцелью является одинаково и личность, и общество»[129].

Дальнейшее нарастание идей конституционализма в мировой практике в новое время выразилось в расширении числа государств, перешедших к установлению конституционной формы взаимоотношений государства и индивида. В конституциях стали закрепляться не только гражданские свободы публично-правового профиля, но и свободы частноправового блока. С начала XX в. в текстах конституций появились новые поколения прав: социально-экономические (впервые введены Веймарской конституцией 1919 г. в Германии, широко были заявлены в социалистических конституциях, в том числе СССР и РСФСР, начиная с 1936 (1937), 1977 (1978) гг.); возникло такое поколение прав, как коллективные права и свободы; расширился традиционный каталог гражданских свобод – личных и политических прав. Не только юридически, но и фактически соответствующие права получили широкое признание в новых конституциях стран Европы, принятых после Второй мировой войны (Конституция Италии 1947 г. и др.). Указанные события придали учению о субъективном характере основных прав и свобод неопровержимый характер в юридической науке XX столетия. Важным фактором, стимулирующим процессы субъективизации основных (конституционных) прав и свобод в различных странах, стало широкое учреждение в период после Второй мировой войны специализированных судебных органов – конституционных судов, предназначенных для защиты конституционных прав и свобод путем непосредственного применения конституционных норм, в том числе формулирующих основные права и свободы.

Таким образом, описанные выше процессы явились важными импульсами для утверждения субъективной природы конституционных прав и свобод. А закрепление в текстах послевоенных и более поздних конституций основных прав и свобод, относящихся не только к публично-правовому блоку, но и к частноправовому профилю (социально-экономические права), создало предпосылки для модификации категориального инструментария юридической науки, а именно для замены понятия «субъективное публичное право» новым, более имманентным понятием – «субъективное конституционное (основное) право».

[129] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 302.

§ 1.5. Развитие учения о субъективном характере основных (конституционных) прав и свобод в России (Соотношение субъективного и объективного права. Субъективное конституционное право как правоотношение)

В России история развития учения о субъективном публичном праве имела ряд особенностей. Во-первых, началась значительно позднее в сравнении с западными странами – с конца XIX столетия. Это объясняется длительным господством в России крепостного права, признававшего крестьян не лицом, а вещью землевладельца. Крепостное право было введено Судебником 1497 г., указами о заповедных летах и урочных летах и окончательно – Соборным уложением 1649 г., отменено в 1861 г.[130] Во-вторых, в России позднее начался подъем революционного движения, обеспечившего первые шаги к конституционализации страны. Раннее (исходное) конституционное законодательство в России было принято на волне первых буржуазно-демократических революций лишь в 1905–1907 гг.: Манифест «Об усовершенствовании государственного порядка» от 17 октября 1905 г.; Основные государственные законы Российской империи от 23 апреля 1906 г. Но время их действия было непродолжительным, до Октябрьской социалистической революции 1917 г. В-третьих, «в русском праве ввиду его специфики и заметного удельного веса обычаев и “общинного права” деление на публичное частное право исторически не было выражено столь отчетливо, как в других государствах. Лишь в XIX в. внимание к этому вопросу получает дополнительные импульсы ввиду нарастающего интереса прогрессивной общественности к идеям конституционализма и введения системы законов»[131].

Исследованиям субъективного права в конце XIX – начале XX в. посвящены работы российских ученых Н. М. Коркунова (1853–1904), Ф. Ф. Кокошкина (1871–1918), И. А. Ильина (1882–1954), Я. М. Магазинера (1882–1961), Б. А. Кистяковского (1868–1920), Г. Ф. Шершеневича (1863–1912), Л. И. Петражицкого (1867–1931).

Согласно представлениям, сложившимся в российской науке на рубеже XIX–XX вв., общетеоретическая концепция субъективного права может быть сформулирована на основе сравнительного анализа субъективного и объективного права. При этом, в соответствии с классическими западными канонами, объективное право идентифицировалось с нормой права, а субъективное право отождествлялось с правоотношением. Так, характеризуя соотношение объективного и субъективного права, известный русский ученый Н. М. Коркунов, отражая научные теоретико-правовые позиции своего времени, писал: «Существование права выражается не только в существовании юридических норм, но также и в существовании юридических отношений. Юридические нормы и юридические отношения – это две различные стороны права: объективная и субъективная. Юридические отношения называются правом в субъективном смысле, потому что право и обязанность составляют принадлежность субъекта. Без субъекта они существовать не могут: и право, и обязанность должны непременно быть чьи-нибудь. Напротив, юридические нормы не стоят в таком отношении к субъекту. Они имеют более общий и более отвлеченный характер, они не приурочены к определенному субъекту и потому, в противоположность юридическим отношениям, называются правом в объективном смысле»[132].

---

[130] Советский энциклопедический словарь / под ред. А. М. Прохорова. М.: Сов. энциклопедия, 1983. С. 650.

[131] *Тихомиров Ю. А.* Публичное право: учебник. М.: БЕК, 1995. С. 12.

[132] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права.

Я. М. Магазинер – ученый, деятельность которого охватила периоды трех русских революций (1905–1907, 1917 гг.) и советский социалистический период в истории России, в своей книге, опубликованной в 1925 г., проводит, на наш взгляд, весьма глубокое разграничение понятий «объективное право» – «субъективное право» – «закон» («нормативный акт»), применимое и сегодня. По его определению, объективное право – это система норм, действующих в данном обществе; субъективное право – это юридические отношения; а закон (так же как и «обычное право и практика государственных учреждений») – это не объективное право, это источник права[133].

Одним из аспектов в характеристике субъективного права, касающимся проведения его соотношения с объективным правом, является вопрос о том, какое из указанных понятий надо считать первичным. По этому поводу высказывается две противоположные точки зрения. Как писал Н. М. Коркунов в своей книге «Лекции по общей теории права» (1894), для римских юристов «характерною особенностью юридических отношений представлялась именно связанность их объективным правом», т. е. их характеристика как «правообязанности»[134]. И далее он продолжает: «Активная же сторона юридического отношения, правовое притязание, так мало обращала на себя их внимание, что у них не выработалось понятие субъективного права в смысле правомочия. Напротив, западноевропейские юристы, начиная уже с глоссаторов, придают особенное, главное значение активной стороне отношения, правопритязанию, так что не правопритязание они выводят из правоотношения, а наоборот, и отношения рассматривают как последствия правопритязания. Это объясняется свойственным германским народам субъективизмом в противоположность объективизму древности и тем, что христианское учение с особенною силою выдвинуло значение воли»[135].

В отечественной юридической литературе всегда признавалась неразрывная связь субъективного и объективного права. Однако в начале XX столетия разные авторы характеризовали эту связь по-разному. Одни утверждали, что объективное право есть источник субъективного (И. А. Ильин)[136].

Другие, напротив, считали, что всякое субъективное право опережает объективное. Так, Н. М. Коркунов писал: «В исторической последовательности не объективное право предшествует субъективному, а, наоборот, субъективное – объективному. Историческое развитие всегда начинается с частного, а не с общего. Поэтому раньше создаются отдельные субъективные права, а уже потом общие регулирующие их нормы»[137].

В советской литературе доминировало мнение, что первичным является объективное право как основа субъективного. Как писал в 70-х гг. XX в. В. А. Патюлин, к отличительным признакам субъективного права, помимо прочего, относится то, что оно основано на нормах объективного права. Один из классиков отечественной науки теории права С. С. Алексеев и в своих монографиях советского периода, и в учебнике за 2008 г. указывает: «Как бы ни были близки к объективному праву связанные с ним субъективные права, они явления разнопорядковые, занимающие в правовой действительности свои, особые места. Здесь важно не потерять из виду специфику объективного права как институционного нормативного образования. Субъективные права – не основание юридического регулирования, не источник юридической энергии, а результат ее претворения в жизнь, последствие конкретизированного воплощения нормативных предписаний в виде точно определенной юридической свободы, ее меры для дан-

[133] *Магазинер Я. М.* Избранные труды по общей теории права. СПб., 2006. С. 68, 69.

[134] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 179.

[135] Там же. С. 155.

[136] *Ильин И. А.* Указ. раб. С. 102.

[137] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 155.

ного лица. К тому же субъективные юридические права существуют в нераздельной связи с юридическими обязанностями, неотделимыми от них»[138].

Заметим, что в российской юридической литературе конца XIX – первых двух десятилетий XX в. давалась лишь общетеоретическая дефиниция субъективного права.

Как указывает Я. М. Магазинер, «понятие “право” имеет два разных значения. Когда мы говорим: “Это по праву можно”, – мы имеем в виду норму права, т. е. хотим сказать, что данное действие допускается нормой права. Когда же мы говорим: “Я имею право”, – мы имеем в виду право, принадлежащее данному лицу, т. е. его отношение к другим лицам, позволяющее ему совершить данное действие, воздержаться от него или потребовать действий от другого. Право как система норм, действующих в обществе или в данном круге отношений, называется объективным правом… Всякое же право данного лица называется субъективным правом»[139].

Автор приходит к заключению, что «всякое действующее право может быть рассматриваемо с двух различных точек зрения: как система объективных норм и как система субъективных прав», подобно тому как, например, «одно и то же словесное сочетание “избирательное право” может означать и систему норм избирательного права, и личное право данного гражданина на участие в выборах»[140]. До октября 1917 г. в России, в основном, довольно сдержанно оценивалось древнеримское деление права на публичное и частное. В этой связи исследования особенностей субъективного публичного права, отличающих его от субъективного частного права, в российской юриспруденции конца XIX – начала XX столетия многими авторами оценивались как непродуктивные. Так, об известном русском ученом – специалисте в области теории права и цивилистики Г. Ф. Шершеневиче, относительно его работы, опубликованной в 1912 г., где дается обзор теоретических учений о соотношении публичного и частного права, в российской юриспруденции отмечают: «Во всех подходах различение между публичным и частным правом проводится либо по содержанию регулируемых отношений – это материальный фактор, либо по порядку их защиты – это формальный момент. Рассматривая оба критерия, он делает акцент на их взаимопроникающих свойствах. Ибо в праве всегда выражаются общественные интересы, а государство является участником гражданско-правовых отношений»[141]. Один из основоположников российского государственного права Н. М. Коркунов также указывал, что «…все попытки найти основание для различения частного и публичного права в различии содержания юридических отношений (т. е., по концепции Коркунова, в содержании субъективного права. – *Ж. О.*) оказываются неудачными». Он же отмечал: «Невозможность найти в содержании юридических отношений (т. е. в субъективном праве. – *Ж. О.*) основания для различения частного и публичного права подтверждается еще и тем, что история права представляет нам примеры того, как одни и те же по своему содержанию отношения получали то частноправовую, то публично-правовую форму. Так, например, в Средние века многие права власти составляли лишь придаток частного права землевладения»[142].

Вместе с тем можно назвать и отдельные примеры того, как когда в анализируемый период в российской науке проводились развернутые исследования, касающиеся характеристики субъективного публичного права. Так, Б. А. Кистяковский на основе изучения трудов Г. Еллинека, Р. Иеринга, многих других зарубежных и российских авторов осуществил весьма глубокий теоретический анализ различных учений о соотношении не только субъективного права вообще, но и субъективно-публичного права в частности[143]. Полезность такого рода

---

[138] *Алексеев С. С.* Общая теория права. С. 70.

[139] *Магазинер Я. М.* Избранные труды по общей теории права. С. 68.

[140] Там же.

[141] *Арутюнян Г. Г., Баглай М. В.* Конституционное право. Энциклопедический словарь. М.: НОРМА, 2006. С. 386 и др.

[142] *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. М., 1912. С. 513–554; *Тихомиров Ю. А.* Указ. раб. С. 8.

[143] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 291–345.

исследований объяснена самим же Кистяковским, который справедливо отмечал, что таким образом создается теоретическое обоснование процессов расширения «…субъективных прав с целью выработать юридические начала для будущих социальных реформ»[144].

После Октябрьской социалистической революции 1917 г. в России были впервые приняты законы, называвшиеся конституциями, – это Конституция РСФСР 1918 г. (затем 1925, 1937 и 1978 гг.) и Конституция СССР 1924 г. (затем 1936 и 1977 гг.). Все указанные конституции были маломощны в части формирования юридических предпосылок субъективных прав. Прежде всего потому, что опирались на неконструктивную, как показал дальнейший опыт, философскую основу. В согласии с марксистско-ленинским учением, составители советских конституций исходили из следующих мировоззренческих посылок.

Во-первых, из критической оценки индивидуализма, провозглашался приоритет общественного (социального) над индивидуальным. Во-вторых, отрицалась концепция естественного права. В-третьих, советские конституции в своей концептуальной идее полностью отвергали деление права на публичное и частное. В. И. Ленин в свое время заявлял: «Мы ничего “частного” не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное»[145]. Эта позиция в конечном счете утвердилась и в среде практиков советской юриспруденции. Так, согласно исследованию Ю. А. Тихомирова, «если к моменту работы над книгой “Революционная роль права и государства” П. И. Стучка (Председатель Верховного Суда РСФСР в 1923–1932 гг. – *Ж. О.*) различал государственное, или публичное, и гражданское, или частное право, то позднее он уточняет: “Для нас, стоящих на точке зрения права как системы общественных отношений, такое деление на частное и публичное право, конечно, устарело. Но оно еще вполне соответствует условиям буржуазного общества, точке зрения буржуазии, где именно деление человека на гражданина и частного человека является основным результатом революции”»[146].

Таким образом, публичное право стало доминантой во всей системе советского права. Как пишет Ю. А. Тихомиров, «публичное право испытало в начале XX в. триумф, когда в соответствии с марксистским учением о власти большинства оно, по сути дела, “окрасило” всю систему права “государственными красками”. Его элементы доминировали во всех отраслях права и законодательства, хотя как таковое публичное право ни официально, ни доктринально не признавалось»[147].

Перспективу публичного права еще задолго до революционных событий в России видели не только Маркс и Энгельс, но и другие выдающиеся ученые. В частности, Г. Еллинек в свое время указывал, что «тот или иной объем частных субъективных прав… не влияет на личность, напротив, всякое приращение или сокращение публичных субъективных прав увеличивает или умаляет личность»[148]. Б. А. Кистяковский вслед за Еллинеком также отмечал: «Если в социалистическом государстве будет сужен тот круг личных прав, который создается и обеспечивается современным гражданским правом, то зато значительно будет расширена сфера публичных субъективных прав. Это сильно изменит самое положение личности в государстве, так как сделает ее более полноправной»[149].

Однако, как показала история, подобные оптимистические прогнозы оказались несостоятельными. Неэффективность философской основы советских конституций отразилась в недостаточности содержания и юридической техники оформления положений о правах и свободах.

---

[144] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 344.

[145] *Ленин В. И.* Полное собрание сочинений. Т. 44. С. 398.

[146] *Тихомиров Ю. А.* Указ. раб. С. 18.

[147] *Тихомиров Ю. А.* Указ. раб. С. 19–20.

[148] Цит. по: *Кистяковсикй Б. А.* Философия и социология права. С. 339.

[149] Там же.

Так, в первой советской Конституции (РСФСР 1918 г.) гражданские гарантии в основной их части закреплялись не в виде субъективных прав, а как обязательства и пределы правомочий государственной власти; закреплялись, в соответствии с требованиями концепции права как продолжения правопорядка, в основном, не как принадлежность лица, а как обязанности правопорядка (государства). Но выделявшиеся здесь права и свободы были ограничены и по объему регулирования, и по классовому признаку.

В последующих советских конституциях (1936/37 гг.) предусматривались специальные главы о правах и свободах, и со временем они были расширены (в Конституциях 1977/78 гг.). Но провозглашенные в них права не являлись принадлежностью субъекта и по формально-юридическим показателям, и поскольку их осуществление блокировалось однопартийным недемократическим режимом.

В СССР периода правления И. В. Сталина, когда имели место массовые нарушения прав и свобод как индивидуальных лиц, так и целых народов, в том числе важнейшего из прав – права на жизнь, в условиях авторитарного, репрессивного режима возникли нигилистические тенденции относительно понятия субъективного права и в самой научной теории. В соответствующие десятилетия ее истории ставилась под сомнение даже общетеоретическая концепция субъективного права, не говоря уже об обосновании субъективной природы конституционных прав.

По данным Н. И. Матузова, «в России в советский период отечественной истории (до 50-х годов XX столетия) в юридической литературе вокруг понятия субъективного права не раз возникали споры, высказывались сомнения по поводу самой необходимости этой категории. Одно время она была объявлена устаревшей и ненужной в науке»[150].

После XX съезда КПСС, на котором была принята резолюция о культе личности Сталина, где подвергалась критике указанная практика, «вопрос о “нецелесообразности” понятия субъективного права, как якобы не присущего советской правовой науке, уже не поднимался». Напротив, «в 1955 г. журнал “Советское государство и право” в одной из своих редакционных статей писал: “Следует признать глубокую ошибочность попыток “ликвидировать” самую категорию субъективного права под флагом якобы борьбы с влиянием “буржуазной юриспруденции”… Советское правоведение не должно отбрасывать, а глубоко и всесторонне разрабатывать категории субъективных прав»[151]. Однако в 1950–1960-х гг. в советской юриспруденции утверждается общетеоретическая (цивилистическая) концепция субъективного права, согласно которой и в соответствии с классическими представлениями субъективное право характеризовалось как право, принадлежащее конкретному субъекту и возникающее в конкретных правоотношениях.

По мнению одного из ведущих теоретиков советского периода О. С. Иоффе, субъективное право – это право, в котором управомоченному субъекту противостоит конкретный субъект с корреспондирующей обязанностью, «субъективное право, взятое вне правоотношения, исключенное из него, превращается в ничто, в “социальный нуль”[152]. Подобные узкоцивилистические определения субъективного права не отражали особенностей содержания понятийного аппарата иных, сравнительно более молодых отраслей российского права – в частности, конституционного.

С позиций методологии цивилистического подхода конституционные права и свободы в советский период не обнаруживали признаков субъективного права, а именно:

---

[150] *Матузов Н. И.* Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966. С. 10.

[151] Там же. С. 11.

[152] *Иоффе О. С., Шаргородский Д. М.* Указ. раб. С. 229.

– реализация норм о правах и свободах в СССР допускалась не непосредственно, а только совместно с корреспондирующими им нормами иных отраслей права;

– конституционные права и свободы в СССР не могли непосредственно защищаться в судах;

– поведенческое содержание конституционных норм о правах и свободах во всех странах и во все времена формулируется наиболее широко, емко и поэтому менее отчетливо, конкретные обязанности субъектов конституционных прав и свобод в них не определены.

В этой связи долгое время (до конца 60-х гг. XX в.) общепринятой в советской юридической науке, по свидетельству ряда авторов, была характеристика конституционных прав и обязанностей как элементов их правоспособности. В частности, об этом писал в 1972 г. Л. Д. Воеводин: «Характеристика конституционных прав и обязанностей граждан как элементов их правоспособности в течение длительного времени была общепринятой в нашей литературе. Эта мысль совершенно определенно высказана в первом учебнике по теории государства и права, вышедшем после принятия Конституции СССР, и затем прочно утвердилась во многих других изданиях. “Все права и обязанности, установленные главой X Конституции СССР 1936 г. (право на труд на образование и т. п.), – сказано в этом учебнике, – входят в правоспособности граждан”»[153]. Упомянутое положение поддерживается и до сих пор отдельными авторами.

В процессе «субъективизации» конституционных прав и свобод в России и, соответственно, в развитии учения о субъективной природе конституционного права (свободы) можно выделить две волны:

– 60-е гг. XX в. (период демократизации в СССР, последовавший в связи с приходом к власти Н. С. Хрущева);

– 90-е гг. XX в. (начало радикальной ломки советского социалистического режима, предпринятой М. С. Горбачевым после вступления его в должность Генерального секретаря ЦК КПСС).

С конца 1950-х – начала 1960-х гг., со времен хрущевской «оттепели», в условиях начавшейся демократизации, после осуждения тоталитарного сталинского режима, в СССР началась некоторая популяризация идей основных прав и свобод. В этой связи, по свидетельству Л. Д. Воеводина, с начала 1970-х гг. сложились две противоположные точки зрения о характере записанных в Конституции прав и обязанностей. «Сторонники одной из них отрицают субъективный характер конституционных прав и обязанностей. Напротив, приверженцы другой – решительно высказываются за признание за ними такого качества. Если в недалеком прошлом первая точка зрения была господствующей, то теперь, видимо, большинство за теми, кто отстаивает субъективный характер конституционных прав и обязанностей»[154]. В общей теории государства и права стала разрабатываться новая концепция субъективного права, учитывающая его особенности во всех отраслях права – в частности, не только в цивилистическом, но и в конституционном праве.

Как свидетельствует Д. М. Чечот, по состоянию на 1968 г. в юридической науке в СССР произошло размежевание научно-теоретических позиций о понятии субъективного права. Все более четко складываются две концепции. Согласно одной из них, субъективное право возникает на основе нормы объективного права, правоспособности и юридического факта, являясь в конечном итоге элементом правоотношения (Н. Г. Александров, О. С. Иоффе, А. В. Мицкевич, Ю. К. Толстой, М. Д. Шаргородский и др.). Согласно другой концепции, субъективное

[153] *Воеводин Л. Д.* Конституционные права и обязанности советских граждан. М., 1972.

[154] *Воеводин Л. Д.* Указ раб.

право может возникнуть непосредственно из закона, существовать вне правоотношения, ему могут и не соответствовать какие-либо конкретные обязанности других лиц (Д. М. Генкин, С. Ф. Кечекьян, Д. А. Керимов, А. С. Пашков, О. В. Смирнов, Ц. А. Ямпольская и др.)[155].

Наряду с этими двумя концепциями, в юридической литературе 1970-х гг. была разработана еще одна, третья концепция юридической природы основных прав и свобод – с позиций теории общерегулятивного (общего) правоотношения. Среди создателей данной теории можно назвать таких авторов, как С. С. Алексеев, Н. И. Матузов, И. Ф. Рябко, др. В свое время И. Ф. Рябко отмечал: «Кроме конкретных правоотношений, возникающих в результате действия таких правовых норм следует различать и наиболее общие правоотношения, которые направлены на регулирование постоянно существующих и всеобъемлющих общественных отношений, охватывающих важнейшие стороны жизни. Такие общие, всеобъемлющие правоотношения вызываются действием, главным образом, конституционных норм, а конкретные правоотношения являются следствием, конкретизацией общих правоотношений и сообразуются с последними»[156].

С. С. Алексеев особо подчеркивал значение разработки теории обще-регулятивного правоотношения для обоснования субъективной природы конституционных прав и свобод. Он писал: «Вопрос о природе общих прав и обязанностей в советской юридической литературе в достаточной степени еще не изучен. Причем ряд авторов рассматривают их как права и обязанности “вне правоотношений” или же только как “элементы” правосубъектности, т. е. в виде предпосылки правоотношений. Вместе с тем есть основания отстаивать и иной вариант обсуждаемого вопроса – характеризовать общие права и обязанности также в составе правоотношений, но правоотношений особых, очень своеобразных. Во всяком случае, существенное значение принадлежит обоснованию того теоретического положения, что права и обязанности граждан, установленные на основе конституционных норм, – это не декларации, не просто предпосылки субъективных юридических прав и обязанностей, а сами – подлинные субъективные права и обязанности (хотя и особые, своеобразные). Но каким образом возможно обосновать указанное положение, если не обращаться к такой общей юридической категории, как правоотношение?»[157].

По мнению С. С. Алексеева, правоотношения представляют собой довольно сложный механизм. «Они состоят из нескольких “слоев” правоотношений, которые взаимодействуют друг с другом… Первый “слой” правоотношений в процессе правового регулирования – это общерегулятивные правоотношения… Общерегулятивные правоотношения выполняют в основном функцию по закреплению круга субъектов советского права, их общего юридического положения, статуса. Вместе с юридическими нормами они образуют ту основу, на которой затем складываются многочисленные и разнообразные конкретные регулятивные правоотношения… они не имеют точной “поименной” индивидуализации по субъектам. Для их возникновения не требуется иных обстоятельств (юридических фактов), кроме существования самого объекта – носителя общего права или общей обязанности»[158]. Обосновывая субъективный характер конституционных прав и свобод, их связь с правоотношениями особого рода – общими, общерегулятивными правоотношениями, С. С. Алексеев указывал также: «Если не видеть, что общим правам на положительные действия корреспондируют обязанности воздерживаться от нарушения субъективных прав, а общим обязанностям – право требовать исполнения этих обязанностей…», то можно заключить, что общерегулятивные отношения «это не

---

[155] *Чечот Д. М.* Субъективное право и формы его защиты. Л., 1968. С. 20; *Мицкевич А. В.* Некоторые вопросы учения о субъективных правах // Правоведение. 1958. № 1. С. 28–36; *Иоффе О. С., Шаргородский М. В.* Указ. раб. С. 226–229.

[156] *Рябко И. Ф.* О соотношении правового сознания, правовых норм и правовых отношений в социалистическом обществе в период постепенного перехода к коммунизму // Ученые записки Рост. гос. ун-та. 1958. Т. 17, вып. 2.

[157] *Алексеев С. С.* Общая теория права. С. 143–144.

[158] Там же. С. 140, 141.

конкретные, индивидуализированные связи между неопределенными лицами, а специфическое состояние, в котором находится данный субъект и которое определяет его общее положение по отношению ко всем другим лицам»[159].

Как уже указывалось, с 90-х гг. XX в. в России возникла новая волна практической широкой субъективизации основных (конституционных) прав и свобод и развития научной теории о субъективной природе конституционных прав и свобод. Это время начала радикальных преобразований советского социалистического режима, предпринятых М. С. Горбачевым в связи с его вступлением в должность Генерального секретаря ЦК КПСС. С этих событий отсчитывается современный (новейший) этап истории развития теории и практики конституционных прав и свобод, который может быть определен как обращение к универсальным международным стандартам прав.

Философскими основами стимулирования процессов широкой субъективизации основных (конституционных) прав и свобод явились следующие. Во-первых, в России с 90-х гг. XX в. господствующим стало учение о естественном праве. Причем не только в науке, но и в официальной практике в сфере конституционных (основных) прав и свобод. В Декларации прав и свобод человека и гражданина в РСФСР от 22 ноября 1991 г. (ст. 1.1), Конституции РФ от 12 декабря 1993 г. (п. 2 ст. 17) закреплено, что «основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения». Признание конституционных прав неотчуждаемыми – важный фактор наращивания процессов их субъективизации.

Во-вторых, в анализируемый период официально признано новое соотношение индивидуального и социального начал в государственном устройстве, предполагающее преобладание первого, и эти новые представления воплощены в содержании конституционного законодательства. В Конституции РФ 1993 г. (ст. 2) впервые установлено, что именно «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства». В то же время субъективный характер конституционных прав и свобод, согласно Конституции РФ 1993 г., обеспечивается тем, что предполагается их осуществление в системе отношений с другими людьми, т. е. ограничение их этими отношениями. В п. 3 ст. 17 Конституции говорится: «Осуществление прав и свобод человека не должно нарушать права и свободы других лиц».

В современной российской науке высказывается предостережение о недопустимости забвения общественной природы человека: «Не следует искусственно абсолютизировать “личное начало” в обществе и органически противопоставлять право и интересы человека и гражданина интересам общества и государства»[160], дабы не прийти к «полному обособлению индивидуума от своего рода»[161].

В-третьих, особенностью современного этапа развития учения о субъективной природе конституционных прав и свобод является возвращение к дискуссии о делимости права на публичное и частное. Как указывает Ю. А. Тихомиров, «крупнейшие преобразования в России и государствах Восточной Европы в конце 80-х – начале 90-х годов и сокрушение тоталитарных основ государственности дали повод повести “атаку” на отрасли публичного права, которые стали связывать только с тоталитарными, авторитарными проявлениями, и при всей оправданности такой связи ее крайне преувеличили… Наметился новый дуализм – частное право рассматривается как главный фактор и носитель правового прогресса…»[162]. Так, в России в

[159] *Алексеев С. С.* Общая теория права. С. 142, 143.

[160] *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. С. 24.

[161] *Гегель.* Политические произведения. М., 1978. С. 176.

[162] *Тихомиров Ю. А.* Указ. раб. С. 20.

декабре 1991 г. был создан Исследовательский центр частного права, устав которого утвержден распоряжением Президента РФ от 14 июля 1992 г.[163]

Наиболее яркий представитель этих взглядов профессор С. С. Алексеев утверждал, что именно частное право «…выражает особый правовой строй и юридический порядок, построенный на свободе человека. В частном праве, в отличие от публичного, человек сам, на основе своих естественных прав и в своих интересах строит свои юридические отношения (т. е. субъективные права. – *Ж. О.*). От него, а не от государства исходит все “юридическое”. А отсюда и сокрушительные выводы об отставании публично-правовых институтов, о необходимости отказаться от правовой системы, где доминируют публичные начала и «главенствуют конституционные вопросы, управленческие проблемы, уголовные преследования и т. п. Не публичное, а частное, гражданское право будет на первом месте в новой правовой системе. Отсюда тезис: право только тогда право, когда в нем высокое место занимает частное право. Гражданский кодекс – своего рода конституция гражданского общества»[164].

В середине 1990-х гг. по поводу указанной трактовки Ю. А. Тихомиров писал: «Резкое возвышение частного права за счет противопоставления и умаления роли публичного права чревато недооценкой внутренних связей между ними. Частное право не может существовать без публичного права, его институтов. Элементы публичного права все глубже проникают в ткань отраслей частного права, меняется понимание публичности в обществе, что должно обеспечить паритет частного и публичного начал»[165].

Похоже, что первые 25 лет радикальных постсоветских реформ в России, связанных с переходом к рыночной экономике, подтверждают этот прогноз.

Заметным шагом в направлении субъективизации основных (конституционных) прав и свобод в России стали три важные новеллы, связанные с расширением судебной защиты конституционных прав. Во-первых, был учрежден Конституционный Суд РФ как специализированный орган, предназначенный для осуществления защиты основных прав и свобод путем применения норм Конституции, в том числе формулирующих основные права и свободы (1990–1991 гг.).

Во-вторых, были созданы юридические предпосылки для формирования практики непосредственного применения конституционных норм о правах и свободах судами общей юрисдикции при осуществлении правосудия (на основе ст. 18 Конституции РФ от 12 декабря 1993 г. и Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» [166]).

В-третьих, созданы юридические предпосылки для формирования практики применения судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации, формулирующих положения об универсальных общепризнанных правах и свободах человека и гражданина (на основе п. 4 ст. 15 и ст. 18 Конституции РФ от 12 декабря 1993 г. и Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»), др.

---

[163] См. об этом: *Тихомиров Ю. А.* Указ. раб. С. 23.

[164] *Алексеев С. С.* Не просто право – частное право // Известия. 1990. 19 окт.; *Он же*. Наш шанс // Новый мир. 1993. 25 мая.

[165] *Тихомиров Ю. А.* Указ. раб. С. 25.

[166] Сборник законодательства по конституционному (государственному) праву Российской Федерации. Ростов н/Д: Феникс; М.: Зевс, 1997. С. 688–696.

Глава 2. Естественно-правовая природа основных прав и свобод

Настоящую главу хотелось бы предварить рядом вопросов, постановка которых носит скорее риторический характер и дает информацию о структуре и содержании дальнейшего изложения. В контексте исследования сути учений о естественно-правовой природе основных прав и свобод предполагаем обращение к следующим вопросам:

– Является ли право дуалистическим? Или оно моноправо?

– Есть ли естественное право, либо все право позитивно (положительно)?

– Каково соотношение естественного права и позитивного?

– Соотношение естественного и позитивного права – это отношение идеала к действительности либо отношение одной части действительности к другой?

– Что есть естественное право? Предправо или право, сформированное в результате правоприменительной практики (судебной, др.)? Пред-позитивное или постпозитивное?

– Как соотносится естественное право и иные источники права (закон, правовой обычай, судебный прецедент)?

– В чем заключается роль нравственного сознания в процессе право-образования?

– Как соотносятся нормы естественного права и нормы этики, морали, нравственности, справедливости? Это различные или тождественные категории?

– Является ли естественное право вечным и неизменным, либо это право с меняющимся содержанием?

– Что такое «естественное право»? Идеал права, к которому должно приближаться положительное право, или это действительное право, существующее наряду с положительным?

– Являются ли естественные права продуктом бессознательных процессов (установленных природой), либо они результат рассудочной, сознательной, волевой деятельности людей, установления, сформированные на основе требований разумности и нравственности? Либо они неизбежны, независимы от человеческой воли?

– Каков процесс образования естественного права? Это естественный инстинкт или человеческое установление?

– Каким образом формируется естественное право – из разума или из природы? В результате мыслительного процесса или вследствие природных инстинктов?

– Какое начало: сознательное (рассудочное) либо бессознательное – преобладает в правообразовании? В чем значение нравственного сознания в процессе правообразования?

– Какова роль человеческой воли в развитии права?

– Является ли право национальным, или оно универсально?

– Какова роль интереса и цели в процессе правообразования? Как соотносятся категории «право» – «интерес» – «цель»?

– Какова роль экономического фактора в процессе правообразования? Как соотносятся понятия «экономика» – «государство» – «право»?

§ 2.1. Понятие естественного права. Основные этапы изменения содержания и новых возрождений теоретического учения о естественном праве в классической литературе XVII–XVIII столетий

Анализ темы естественного права весьма актуален. Естественное право – это старейшая, но всегда прогрессивная идея, имеющая высокий авторитет не только в науке, но и на практике. Еще в начале прошлого столетия один из родоначальников российского государственного права Н. М. Коркунов отмечал: «Естественное право не есть предмет только научных гипотез. Это не книжная теория, чуждая действительной практической жизни. Напротив, идея естественного права играла и в практической жизни едва ли еще не большую роль, чем в научной теории права. Для многих идея естественного права не есть только предположение, а составляет их твердую веру. Существование естественного права кажется им аксиомой само по себе очевидной и необходимой»[167].

Специалисты указывают, что «никогда не было, нет и в принципе не может быть какого-то одного-единственного естественного права, а было и есть множество различных (отдельных, особенных) естественных прав, точнее говоря – их концепций и версий. Так что под общим наименованием и единым термином “естественное право” подразумеваются различные (по своему содержанию, сущности и понятию) варианты (дефиниций. – *Ж. О.*) естественного права, различные смыслы, вкладываемые его прошлыми и современными сторонниками и противниками в это устоявшееся и широко используемое собирательное (техническое) понятие»[168]. Тем не менее плюрализм естественно-правовых учений не исключает периодизации развития естественно-правовой теории и не является препятствием для составления «собирательного образа» естественного права, что необходимо, в частности, как одна из методологий преподнесения темы в учебном процессе в вузах.

Концепция естественного права характеризуется как учение с постоянно меняющимся содержанием[169]. В этой связи есть основания для постановки вопроса об этапах развития теории естественного права.

С учетом того, что «естественное право – самое старое, самое исконное, оно явилось вместе с первым человеком, оно предшествовало всякому другому праву»[170], – **первый этап** учений о естественном праве можно именовать *древним естественным правом*. Учение о естественном праве было создано еще в древнем мире в период античности.

Концепция естественного права впервые была создана в Древнем Риме. Римские юристы разработали теорию естественного права, опираясь на нравственное учение стоиков, которые, в свою очередь, под естественным правом понимали «право, которому людей научила сама природа»[171]. В частности, согласно известному определению естественного права Ульпиана, «естественное право есть такое право, которому научила природа не только людей, но и других существ. К числу построенных на естественном праве отношений принадлежит связь между существами мужского и женского пола, именуемая браком, забота о детях, об их воспитании и т. д. Более узким характером обладает, по мнению Ульпиана, право международное

---

[167] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 127.

[168] *Нерсесянц В. С.* Философия права. М.: НОРМА, 2006. С. 789.

[169] Там же. С. 797.

[170] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 130–131.

[171] Там же. С. 131.

(jus gentium): оно обще не всем живым существам вообще, но только людям. Еще более узким характером обладает jus civile, как положительно установленное право данного государства» [172].

Позднее Исидор Севильский учил, что естественное право охватывает только человеческие отношения и есть проявление особого естественного инстинкта, а не человеческое установление[173].

В соответствии с представлениями римских юристов, «некоторые нормы установлены волею людей и могут быть ими изменяемы по своему усмотрению, другие представляются неизменными, всегда и везде необходимо существующими, так как обусловлены самой природой. Естественное право они отличали от положительного тем, что естественное право необходимо, неизменяемо, независимо от человеческой воли. Но и естественное право они признавали действующим совместно и одинаково с положительным правом… его действию придавали такое же реальное значение, как и положительному» [174].

«В сочинениях римских юристов содержится множество указаний на юридические нормы, не зависящие якобы от человеческой воли, а установленные самой природой, причем основанием этих норм признается то природа этого человека, то природа вещей, служащих объектом его прав, то природа самих правоотношений»[175].

В Древней Греции также «праву по установлению противопоставлялось право по природе, т. е. рядом с правом, установленным людьми, признавалось право, начертанное природою»[176].

Аристотель разделял «…все право, действующее в государстве, на две части: на изменчивые человеческие постановления и на неизменные веления природы». Так, к неизменному праву он относил «разделение людей на рожденных повелевать и рожденных повиноваться»[177]. По Аристотелю, «это естественное право вступает в силу, когда молчит право, установленное людьми»[178]. Согласно его учению, «с одной стороны, естественное право является как бы частью всего права, с другой – стоит где-то над ним и выступает только по временам как бы в помощь положительному праву»[179].

Второй этап истории развития естественно-правовых учений связан с периодом Средневековья, когда были разработаны первые схоластические, религиозные, божественные концепции естественного права. В соответствии с ними, всякий закон, всякое право имеет божественное происхождение.

Среди теологических (религиозных) учений сложилось «…два основных направления: томистское (и неотомистское) направление, ориентированное на учение Фомы Аквинского о разумности божественного порядка мироздания и естественном праве как выражении этого разумного порядка, и протестантское (и неопротестантское) направление, восходящее к положению Августина о воле Бога как основе и источнике естественного права.

В отличие от томистов, признающих познаваемость разумом божественного порядка, представители протестантских учений отрицают такую познаваемость и ориентируются прежде всего на Священное Писание как источник божественных установлений.

---

[172] *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. СПб., 1998. С. 30.

[173] *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. С. 30.

[174] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 119.

[175] Там же.

[176] Использован анализ, данный в кн.: *Шершеневич Г. Ф.* Философия права. Часть теоретическая. Т. 1. Общая теория права. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1911. С. 27.

[177] Там же.

[178] Там же.

[179] Там же.

В рамках теологических учений в целом явно превалируют и задают тон томистские (католические) концепции естественного права»[180].

Третий этап развития теории естественного права приходится на XVIIXVIII столетия. В рассматриваемый период проявилась связь естественного права с революционными идеями, провозглашенными первыми буржуазно-демократическими революциями. В это время теория естественного права отрешается от религиозной основы и «…понимается как отвлеченная система права, вытекающая с логической необходимостью из разумной природы человека и существующая наряду с положительным правом»[181].

В XVII–XVIII вв. школа естественного права стала в оппозицию к исторически сложившемуся (позитивному, положительному) праву, являвшемуся продуктом «искусственного творчества прежних времен», поскольку оно было архаичным и перестало удовлетворять изменившимся запросам общества, противоречило требованиям разумности и нравственности[182]. Согласно школе естественного права, основанной Гуго Гроцием и развитой его блестящими последователями XVII–XVIII вв.: Гоббсом, Локком, Монтескье, Спинозой, Пуффендорфом, Томазием, Лейбницем, Руссо, естественное право – «это то, что было бы, если бы не существовало государства и установленных им законов… это то право, которое должно было бы действовать вместо исторически сложившегося порядка… это то право, которое должно применяться там, где молчат законы, а иногда и там, где они явно противоречит разуму»[183]. Естественное право является абсолютным, неизменным, равным для всех народов и времен правом, «которое дано самою природою, а потому стоит выше положительного права»[184]. Общим для всех учений о естественном праве является мысль о том, что оно не только вечно и неизменно, но и едино, т. е. космополитично: «не может быть права французского, английского, немецкого», «право только одно – человеческое», оно является всеобщераспространенным. Таким образом, естественное право выше позитивного права[185].

Школа естественного права XVII–XVIII столетий исходила из того, что естественное право – это право разума, поскольку последний един с природой. Позитивное же (положительное) право – это всегда право произвола. Согласно естественно-правовым теориям рассматриваемого периода, «исторически сложившееся право есть произвольное уклонение от права природы», поэтому «основная задача государственной власти – создать право, соответствующее праву природы»[186]. Историческое право – произведение людей, оно было некогда создано их произволом, и может быть так же «произвольно преобразовано на началах разума»[187]. Представители школы естественного права считали закон наилучшей формой права. По их мнению, «просвещенный монарх или суверенный народ могут дать торжество праву разума только путем законодательным»[188]. «Хотите иметь хорошие законы? – спрашивает Вольтер, – сожгите старые и напишите новые». «Во всяком положении народ всегда в силах изменить свои законы, – говорит Руссо, – даже самые лучшие; если ему хочется сделать себе зло, кто вправе помешать ему?»[189].

---

[180] *Нерсесянц В. С.* Указ. раб. С. 797–798.

[181] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 115.

[182] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 475, 476.

[183] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 28, 29.

[184] Там же.

[185] Там же.

[186] Там же. С. 476.

[187] См. об этом: *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 477.

[188] Там же; см. также в кн.: *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. С. 29.

[189] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 475, 476.

В соответствии с теориями XVII–XVIII вв., «естественный закон и естественное право понимались… как первоначальные нормы, закрепленные в результате общественного договора и образования государства»[190].

Создатели теории общественного договора (Ж. Ж. Руссо и др.) полагали, что «только отдельные люди, их добрая воля и простое соглашение между ними целиком определяют всю организацию общественной и государственной жизни. При таком понимании сущности общественной жизни наличие прав у человека, как члена общества, даже не требовало особого обоснования. Так как исходным моментом всякого общественного считался единичный человек, то его правам был присвоен характер первичности. Это были в полном смысле слова естественные права человека, изначально ему присущие и неотъемлемые от него. Права эти, по убеждению сторонников старой (XVII–XVIII вв.) школы естественного права, вытекали из самой природы человека; в силу же того, что природа общества всецело определялась природой отдельных людей, они необходимо должны были быть присвоены всякой правильной, т. е. согласной с естественными началами, а не извращенной организации общества. Поэтому права человека и гражданина утверждались мыслителями XVIII столетия как имеющие непреложное, безотносительное или подлинно абсолютное значение. В них, по мнению соответствующих авторов, даже раскрывалась метафизическая сущность и отдельного человека, и совместно живущей совокупности людей, т. е. общества»[191].

Наряду с тем что политические учения XVIII столетия обосновывали концепцию естественного характера прав и свобод, исходя из идеи первичности единичного человека и производности от него общества, общественного состояния, мыслители этой эпохи считались и с тем бесспорным фактом, что «общественное состояние порождает такие явления, которые не свойственны человеку, живущему в одиночку», что, «живя в обществе, человек приобретает известные права, которые возможны только при совместной жизни»[192]. Авторы теории общественного договора в этой связи отмечали, что «члены общества, заключая общественный договор, переуступают часть своих прав государству. Взамен этого государство, благодаря своей организации, создает для своих граждан новые права, обеспечивая им безопасность и устанавливая новые формы свободы. Это права на защиту со стороны государства и на участие в организации и управлении государством»[193].

В учениях о естественном праве XVII–XVIII вв. различаются два важнейших направления – рационалистическое и эмпирическое. Основатели рационалистического направления в школе естественного права (Гуго Гроций, Пуффендорф, Томазий, Лейбниц, Вольф) утверждали, что «естественное право врождено человеку, а само положительное право основывается на естественном»[194]. «Естественное право вечно и неизменно, его не могут изменить не только люди, но, по уверению Гуго Гроция, и сам Бог»[195].

«Представители эмпирического направления (Гоббс, Локк, Юм)… не признают врожденности естественного права. Существует естественное право, но нет врожденного права. Естественному праву мы должны научиться из опыта. Несовершенство человеческого знания и обусловливает разнообразие и изменчивость существующих систем положительного права. Раз будет достигнуто полное знание естественного права, оно одно и станет определять взаимные отношения людей»[196].

---

[190] *Плотников Н. С., Колеров М. А.* Павел Иванович Новгородцев. Введение // Новгородцев П. И. Сочинения. М.: РАРИТЕТ, 1995.

[191] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права.

[192] Там же.

[193] Там же. С. 290.

[194] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 125.

[195] Там же. С. 126.

[196] Там же. С. 176.

Стоит отметить, что специалисты конца XIX – начала XX в. называют XVII–XVIII столетия «лучшей порой естественного права»[197].

Третий этап возрождения естественного права, помимо вышеназванных особенностей содержания теоретико-философских учений, связан с первыми случаями конституционного закрепления идей естественно-правового учения. С этого периода естественное право начинает сопоставляться с такой новой отраслью позитивного права, как конституционное право.

Теория естественного права, разработанная в XVII–XVIII столетиях, явилась философской основой и вместе с тем философским обобщением итогов первых буржуазно-демократических революций. «Первооткрывателем» конституционного по своей сути законодательства, ограничивающего государственную власть в интересах свободы личности, стала Англия. Начальный ее опыт в этой области связан с принятием в 1215 г. Великой хартии вольностей. Однако этот документ обеспечил права лишь одного из сословий. В период формирования буржуазного строя в XVII в. в Англии были приняты такие важные акты, как Петиция о праве 1628 г., Хабеас корпус акт 1679 г., Билль о правах 1689 г. В анализе, данном профессором Е. А. Лукашевой, говорится: «Петиция о праве 1628 г. … возлагала определенные обязанности на короля, которые призваны были защищать подданных от произвола королевской администрации»; Хабеас корпус акт 1679 г. «ввел понятие “надлежащей процедуры”, установил гарантии неприкосновенности личности, принцип невиновности»[198], право судебной проверки законности содержания под стражей и возможность изменения этой меры пресечения, освобождения от стражи до принятия судебного решения. Билль о правах 1689 г. запрещал без согласия парламента «приостанавливать действие законов, взыскивать налоги в пользу короля», установил «свободу слова и прений в парламенте, свободу выборов в парламент», «право обращения подданных с петицией к королю»[199]. В дальнейшем «учение естественного права было развито Томасом Пей-ном и Томасом Джефферсоном в их борьбе за победу буржуазно-демократической и антиколониальной революции»[200] в Североамериканских Соединенных Штатах.

Идеи учения о естественных правах XVII–XVIII столетий получили свое воплощение в первых в мировой практике конституционных актах, являющихся и ныне действующими. Так, в самом раннем из них – Декларации прав штата Вирджиния, принятой в 1776 г., было торжественно, высоким слогом официально заявлено о естественных, неотъемлемых правах: «Все люди по природе являются в равной степени свободными и независимыми и обладают определенными прирожденными правами, коих они – при вступлении в общественное состояние – не могут лишить себя и своих потомков каким-либо соглашением, а именно правом на жизнь и свободу со средствами приобретения и владения собственностью, правом на стремление к счастью и безопасности и их приобретение».

Вслед за этим в Декларации независимости Североамериканских Штатов 1776 г. идеи естественно-правового учения того времени получили еще более полное закрепление. В ней, в частности, сказано: «Мы полагаем самоочевидными те истины, что все люди созданы равными и наделены Творцом определенными неотчуждаемыми правами, что к ним относятся жизнь, свобода, стремление к счастью, что для обеспечения этих прав среди людей учреждаются государства, черпающие свои разумные полномочия в согласии управляемых».

В 1789 г. были приняты первые 10 поправок к Конституции США, вступившие в силу после их ратификации необходимым числом штатов в 1791 г. Они составили американский Билль о правах, представляющий собой перечень неотъемлемых естественных прав человека.

---

[197] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 28.

[198] *Лукашева Е. А.* Раздел 1. Права человека, общество, государство // Общая теория прав человека / рук. авт. коллектива Е. А. Лукашева. М.: НОРМА, 1996. С. 7.

[199] *Лукашева Е. А.* Раздел 1. Права человека, общество, государство. С. 7–8.

[200] Там же. С. 8–9.

В результате Великой французской буржуазно-демократической революции была принята Декларация прав человека и гражданина 1789 г. – первый в Европе документ такого рода. Обратим внимание, что концепция естественного права и его отличие от позитивного права отражены уже в наименовании этого документа, где впервые носителем прав и свобод объявлен «человек» – существо природное, в отличие от гражданина как «государствообразующего» лица. Во французской Декларации отмечается, что «невежество, забвение прав человека или пренебрежение ими являются единственной причиной общественных бедствий и испорченности правительства»[201]; поэтому представители французского народа, образовав Национальное собрание, приняли решение изложить в торжественной Декларации естественные, неотчуждаемые, священные права человека. Декларация провозгласила, что «люди рождаются свободными и равными в правах, цель всякого политического союза – обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека: свободы, собственности, безопасности и сопротивления угнетению. Декларация провозглашает презумпцию невиновности, свободу совести, свободное выражение мнений, свободу печати, гарантии личных и иных прав граждан»[202]. Высокая революционность учения о естественном праве вызвала «гонения на него со стороны всех реакционных сил, поднявшихся в Европе на защиту старого порядка»[203].

На протяжении XIX столетия гоббсовское учение о праве, сформировавшееся в XVII–XVIII вв. было вытеснено новой наукой – социологией и исторической концепцией права. «…Историческая школа в лице Гуго и Савиньи впервые выставила философски обоснованное отрицание гипотезы естественного права»[204]. Согласно анализу Г. Ф. Шершеневича, произошло это «по основаниям отчасти философским, отчасти политическим»[205]. Политические причины, как указывает Г. Ф. Шершеневич, заключались в противоречивости событий Великой французской революции и в эволюции ее внешних оценок. «Франция конца XVIII и начала XIX в., первая сбросившая с себя средневековое одеяние, вызвала своими просветительскими идеями полное сочувствие со стороны всех народов Европы. Только такое сочувствие и надежда на осуществление у себя дома таких же освободительных начал объясняет тот замечательный военный успех французов, который был бы необъясним при слабости их средств»[206]. Однако в ходе наполеоновских войн «…французы, упоенные успехом, перешли от роли освободителей народов к роли их поработителей. Выступая первоначально во имя общечеловеческих идей, французы постепенно стали заменять их националистическими принципами»[207].

Это вызвало сопротивление обманувшихся народов, которые, стремясь защитить свое национальное достоинство и избавиться от угнетения, причиняемого «зазнавшимися победителями», стали отказываться от космополитической идеи и обратились к национальной. Последняя проявилась во всех сферах духовной жизни, в том числе в философии и праве, прежде всего – германском[208]. По оценке Г. Ф. Шершеневича, историческая школа права появилась в «период разочарования в успехе борьбы, предпринятой во французскую революцию 1789 г., и ужаса перед теми крайностями, какие приняла эта борьба», она была отражением этого разочарования, «служила больше делу правительственной реакции, нежели успеху народного дела»[209].

---

[201] Цит. по раб.: *Лукашева Е. А.* Раздел 1. Права человека, общество, государство. С. 9.

[202] Там же.

[203] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 29.

[204] *Коркунов Н. М.* Указ. раб. С. 115.

[205] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 482.

[206] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 479.

[207] Там же.

[208] Там же. С. 486.

[209] Там же.

Кроме того, Г. Ф. Шершеневич обращает внимание на то, что «время и место возникновения исторической школы определяется торжеством германской нации в борьбе за ее освобождение от французского господства под главенством Наполеона I»[210]. Другой российский ученый, Б. А. Кистяковский, указывает на политические причины, уже не связанные с конкретной проблемой обеспечения национального суверенитета германской и иных европейских стран от бонапартистского вторжения. Он отмечает то, что в XVIII столетии люди связывали с принятием французской Декларации прав человека и гражданина надежды на новый государственный строй и новый правопорядок: «Всем тогда казалось, что государство, построенное на принципах Декларации прав человека и гражданина, будет идеально организованным и вполне свободным государством, в котором каждая личность получает возможность вести достойное человеческое существование. <…> Однако Декларации прав уже давно были провозглашены, а государственно-правовая жизнь шла каким-то своим собственным путем; иногда даже казалось, что бесправие нисколько не изменилось, несмотря на провозглашение прав»[211]. Это происходило по той причине, что Декларация не реализовывалась, ее принципы не соблюдались. В этой связи восторг и воодушевление по поводу ее принятия сменились полной холодностью[212].

Как считает Б. А. Кистяковский, «несомненная неудача, постигшая Декларацию прав человека и гражданина, была не только временным поражением известных политических стремлений, но и полным крушением целой социально-научной и философско-правовой системы. После нее идеи старой школы естественного права (XVII–XVIII столетий) уже не могли претендовать на былую теоретическую достоверность; их влияние и убедительность были совершенно подорваны и умалены. Теперь они уже были осуждены на постепенное разложение и в конце концов на утрату всякого интеллектуального и морального авторитета и престижа»[213]. Далее Кистяковский заключает: «…эпоха великой французской революции более, чем какие-либо другие события, раскрыла перед сознанием культурного человечества самобытную природу общества как такового и стихийный характер всякой общественной жизни. Отныне стало совершенно ясно, что общество представляет из себя нечто особенное, отнюдь не совпадающее с простой арифметической суммой составляющих его индивидуумов, и что его жизнь и развитие управляются не благими пожеланиями его членов, а своими собственными самостоятельными законами».

Переворот в философской науке, обусловленный вышеуказанными политическими причинами, заключался в том, что «сменилась основная проблема философии права. На место вопроса, как преобразовать право, стал вопрос, как образуется право. В ответе на этот вопрос новые философско-правовые теории исходили из изменившихся представлений о соотношении общества и отдельного человека (лица)». По этому поводу Кистяковский пишет: «Если в предшествующие века признавалось бесспорной истиной, что общество является произведением отдельных лиц и что оно механически составляется из их совокупности, то теперь, наоборот, природа общества стала настолько очевидной, что индивидуум и личность были признаны лишь продуктом общества и социальной среды»[214]. Таким образом, если «в XVIII столетии первичным элементом во всех теоретических построениях, касающихся общества, государства и права, был индивидуум, напротив, в XIX столетии теоретическая мысль упорно останавливалась на обществе как на первичном элементе в жизни человека»[215]. При этом «пре-

[210] Там же. С. 478–479.

[211] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 285.

[212] Там же.

[213] Там же. С. 290.

[214] Там же. С. 291.

[215] *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. С. 291.

имущественная и даже исключительная роль общества особенно была выдвинута О. Контом в намеченной им новой науке – социологии»[216].

На основе нового представления о соотношении общества и отдельного человека «общество теперь было объявлено единственным источником всего права. Если отдельное лицо представлялось лишь продуктом социальных условий, то тем более и свои права оно получало только от общества. Но в таком случае эти права не были неотъемлемыми и неприкосновенными. То общество или государство, которое даровало эти права, наделив ими отдельных лиц, очевидно, может в любой момент и отнять их»[217]. Историческая школа права опровергала естественно-правовое учение XVII–XVIII столетий с иных позиций, нежели социологическая школа. Старая естественно-правовая теория подвергалась критике со стороны исторической школы прежде всего в тех положениях, где «обнаруживалась наклонность естественно-правовой доктрины раздвоить право на положительное, обязанное своим происхождением предрассудкам или произволу, и естественное, раскрываемое из разума или природы». В концепции исторической школы «…проявляется стремление свести право к единству. Все право – положительное, все право имеет общий источник происхождения»[218]. Представители исторической школы права, в отличие от теоретиков естественного права, отрицали человеческий произвол в образовании права и отвергали влияние внешних факторов на его развитие. По их мнению, источник права – народное правосознание, народный дух, «образование права есть не что иное, как постепенное раскрытие этого духа в историческом процессе». Согласно учению исторической школы права, «воля человеческая не играет роли в развитии права, которое происходит чисто объективно (бессознательно), по началу необходимости»[219]. В соответствии с теорией исторической школы, «право не является ни естественным, ни произвольным, а оно есть историческая необходимость»[220].

При этом историческая школа толковала идею закономерного исторического развития в недостаточно общей форме. «Она видела в праве не продукт истории человечества, а только историю каждого народа в отдельности. Право в ее глазах являлось исключительно национальным»[221].

Традиционное учение о естественном праве в XIX в. утратило свой высокий авторитет, достигнутый в предшествующие два столетия, не только вследствие конкуренции с социологической и исторической школами права, но и в связи с появлением ряда критических правовых теорий, которые, не отрицая позицию естественного права, дали ей столь своеобразное истолкование, что, по сути, оказались противоположны традиционным естественно-правовым теориям. В ряду этих крупных концепций права, созданных в XIX столетии и дополнивших собой теоретико-правовое и философское пространство в соответствующей его части, можно назвать учения о праве таких мыслителей, как И. Кант, Г. В. Ф. Гегель, К. Маркс, Р. Иеринг. Их теории, как правило, критически оценивали историческую школу права и высказывали поддержку естественно-правовой концепции. Однако, по сути дела, каждое из учений названных мыслителей представляло собой взгляд на право, содержащий признаки и естественно-правовой, и социологической, и исторической школ в разных их комбинациях, с привнесением новых, весьма глубоких идей.

Так, рассуждая в духе Гоббса, И. Кант считал, что естественное право – это естественное состояние, состояние беззаконий и дикости, это право произвола и оно безнравственно

---

[216] Там же. С. 292.

[217] Там же.

[218] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 482–483.

[219] Там же. С. 484.

[220] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 116.

[221] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 115, 116; *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 484.

по своей первоначальной природе, так как «…“зло присуще человеку от природы”… Оно не внесено извне в его характер, но составляет прирожденное свойство его воли и проявляется в противоборстве естественных стремлений нравственному закону»[222].

По Канту, «…если естественное состояние и не всегда представляет собой действительную вражду людей, то оно неизбежно заключает в самой своей сущности возможность этой вражды», поэтому «…необходимо выйти из естественного состояния, которое представляет собой постоянное нарушение права через притязание каждого быть самому своим судьей и не давать другим никакой иной обеспеченности, кроме зависящей от своего произвола»[223]. В связи с этим Кант считал необходимым усиливать (формировать) нравственную составляющую естественного права. По его мысли, для торжества идеи права необходим государственный порядок, необходимо ценить власть и закон, под эгидой которых возможен переход от дикости и произвола к культуре и гражданскому состоянию. Однако речь у Канта идет о таких государстве и праве, которые находятся в высшем согласии с принципами права, основанными на разуме и нравственности, со ставшим в последующие столетия афористичным категорическим императивом, сформулированным этим философом: относись к окружающим так, как ты бы хотел, чтобы они относились к тебе[224].

С именем Канта связывают зарождение так называемой морально-этической (нравственно-этической) теории естественного права. Вместе с тем в исследованиях его философии, представленных в русской дореволюционной литературе, указывается: «С точки зрения кантианства естественное право есть “должное” право – не запечатленный закон, но правовой идеал… Хотя сам Кант пользовался термином “естественное право”, однако, начиная с него, термин этот начинает выходить из употребления. Философы начинают говорить уже не о естественном праве, а о праве разума и создают понятие новой науки – философии права»[225].

Как отмечает Н. Н. Алексеев, в посткантовской философии «…впервые было достигнуто принципиальное преодоление естественного права при полном признании недостаточности юридического позитивизма»[226].

В учении Гегеля и его последователей теория естественного права была обновлена: естественное право стало противопоставляться уже не произвольному, а историческому и национальному.

При этом, вслед за исторической школой права, Гегель признает только одно положительное право, но, в отличие от исторической школы, видит в нем проявление абсолютной идеи права. Кроме того, в отличие от исторической и естественно-правовой школ, Гегель считает, что естественное право – это общее в праве, оно предшествует историческому развитию права.

Естественное право, по Гегелю, – это вечная, абсолютная идея, проявляющаяся в историческом развитии положительного права[227].

По оценкам Г. Ф. Шершеневича, данным в начале XX столетия, «самым решительным противником исторической школы права»[228] признается Р. Иеринг. Однако его понимание права в такой же мере опирается на историческое и естественно-правовое учения о праве, в какой и отличается от них обоих. Так, подобно представителям исторического направления в определении понятия права, Иеринг не признает раздвоения права на положительное и естественное, право, по его концепции, оно существует только в виде положительного[229]. В отличие

---

[222] См.: *Новгородцев П. И.* Сочинения. М.: РАРИТЕТ, 1995. С. 185.

[223] Там же. С. 185–186.

[224] *Кант И.* Сочинения. Т. 4. С. 260, 270, 347.

[225] *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. С. 35.

[226] Там же. *С.* 36.

[227] Там же. С. 126–127.

[228] *Шершеневич Г. Ф.* Указ раб. С. 488.

[229] *Шершеневич Г. Ф.* Указ раб. С. 488

от сторонников школы естественного права, «для Иеринга нет вечного, неизменного и всеобщего права, – все право исторически сменяемое явление»[230]. Причем Иеринг считал, что процесс правообразования – это «безостановочная борьба и труд целого народа», «борьба народов, государственной власти, сословий, индивидов», «образование права… совершается не мирным, а боевым путем»[231].

В то же время, как и представители школы естественного права, но в противовес исторической школе, Иеринг поддерживал идею сознательного, рассудочного (а не бессознательного) начала в правообразовании. Также он разделял идею естественно-правовой школы о высокой роли законодателя «как сознательного творца права»[232].

В отличие же от исторического правового и от естественно-правового учений, Иеринг выдвинул свою оригинальную концепцию правообразования. Согласно его теории, изложенной в знаменитом труде «Цель в праве», право развивается не из самого себя, а под влиянием внешних факторов. «Этими факторами являются интересы, двигающие человеком и заставляющие его ставить цели, осуществляемые при посредстве права»[233].

Доводы против исторической школы права, в поддержку естественно-правового учения были выдвинуты и К. Марксом. Отчасти они были связаны также с критикой гегелевской философии права и правообразования. Так, Маркс пишет: «Мои исследования привели меня к заключению, что правовые отношения наравне с формами государства не могут быть поняты ни из самих себя, ни из так называемого общего развития человеческого духа»[234].

По мнению Маркса, единственной силой, двигающей процесс образования права, является экономический фактор. Об этом он пишет, в частности, в работе «Критика политической экономики»: «В общественном отправлении (производстве) своей жизни люди вступают в определенные, от их воли не зависящие отношения (производственные отношения), которые соответствуют определенной ступени развития их материальных производительных сил. Совокупность этих производственных отношений образует экономическую структуру общества, реальное основание (базис), на котором возвышается правовая и политическая надстройка и которому соответствуют определенные формы общественного сознания. Способ производства материальной жизни обусловливает собой процессы жизни социальной, политической и духовной вообще. Не сознание людей определяет их бытие, но, напротив, общественное бытие определяет их сознание»[235].

Критикуя К. Маркса, Г. Ф. Шершеневич отмечает, что «с точки зрения исторической действительности» трудно возражать против утверждения о важности экономического фактора в образовании права, однако «экономический материализм жизни игнорирует идею психического труда в правообразовании права. А между тем духовная инициатива и духовная инерция в процессе образования права играют выдающуюся роль»[236].

Кроме того, обращается внимание на противоречивость марксистских подходов: если «…принять в соображение, что право – только надстройка в экономике и что экономика развивается диалектическим путем, то легко прийти к выводу о предопределенности права, весьма близкому ко взгляду исторической школы»[237]. Б. А. Кистяковский справедливо указывает и на связь марксизма с социологическим направлением. Он пишет: «Все социальные реформаторы в первые три четверти XIX столетия довольно согласно учили, что отдельный инди-

---

[230] Там же.

[231] Там же. С. 288, 489.

[232] Там же. С. 489.

[233] Там же. С. 488–489.

[234] *Маркс К.* К критике гегелевской философии права. Цит. по: *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 494.

[235] *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения. Т. 13. С. 6–8.

[236] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 494.

[237] Там же. С. 498.

видуум совершенно бессилен изменить исторически сложившиеся социальные отношения и что только общественные группы могут преобразовать и устроить на справедливых началах жизнь человека… Высшего пункта своего развития эти идеи достигли в так называемом научном социализме, или марксизме, согласно которому вся жизнь человека определяется с естественной необходимостью социальными условиями, движущимися и развивающимися лишь по закону причинности. Даже сознательные стремления, по этому учению, представляют из себя только отражение назревающих новых социальных условий, а потому и социальный идеал должен в конце концов осуществляться в силу социальной необходимости»[238]. Подобную критику Маркса высказывали и другие авторы (например, Е. В. Спекторский).

Критики Маркса считают также «…преувеличением утверждение, что вся система современного права есть не что иное, как регламентированный по параграфам и статьям порядок господства интересов имущих классов над интересами неимущих»[239].

Наконец, самое главное заключается в том, что основанная на учении экономического материализма теория построения в результате революционной борьбы идеального бесклассового коммунистического общества как общества всеобщего благоденствия после попытки ее практической реализации в России, ряде других стран оказалась неэффективной романтической утопией, что дискредитировало в определенной мере марксистское направление в философии.

Четвертая волна возрождения, обновления и высокой активности научной теории и политической практики в отношении естественного права приходится на конец XIX и начало XX столетия. В этот период, как пишет Г. Ф. Шершеневич, «“вспышка” естественного права обнаружилась одновременно в разных местах Западной Европы и с особенною яростью в Росси»[240]. Причина была также политическая, связанная с тем, что назревала новая революционная ситуация. В обзоре истории учения о естественном праве Г. Ф. Шершеневич отмечает, что естественное право, реанимированное на исходе XIX столетия, явилось уже новым, специфическим понятием, отличным от ранних разнообразных направлений в естественном праве. Вновь возрожденное в конце XIX в. естественное право отличается от старой школы XVII–XVIII вв. и также представлено различными точками зрения. Общее же в различных определениях естественного права в XIX в. заключается в том, что все они являют собой нравственно-этические (морально-этические) концепции естественного права, исходящие из представлений о «живой связи» норм права и норм морали, которая «не должна прерываться»[241].

---

[238] *Кистяковский Б. А.* Указ. раб. С. 292.

[239] Цит. по: *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 495.

[240] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. раб. С. 29.

[241] *Ильин И. А.* Указ. раб. С. 91.

§ 2.2. Общее и особенное в научных определениях естественного права, возрожденного в конце XIX столетия

Суть общего в различных определениях естественного права, возрожденного в конце XIX столетия, в отличие от старого естественного права (сформировавшегося в XVII–XVIII вв.), в следующем.

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.