

ИСТОЧНИКИ АКТУАЛЬНОГО ПРАВА

Вопрос об источниках актуального права носит проблемный характер и не может быть разрешен при применении традиционных методов исследования, когда под источниками (формами) права понимаются созданные государством нормативно-правовые (законы, постановления и решения подзаконных органов), индивидуально-правовые (судебные прецеденты) акты или санкционированные государством обычаи. Об источниках актуального права следует говорить, выделяя их в качестве особой правовой категории, поскольку для их описания требуется как применение специфического понятийного аппарата, так и соответствующей терминологии и классификации.

Это необходимо в связи с тем, что актуальное право имеет свою особую природу: оно дуалистично и, с одной стороны, базируется на правовых актах (законах, нормативных договорах, прецедентах), а с другой стороны, не идентично им, но представляет собой их материализованную, овеществленную посредством правового обычая форму. Вследствие этого происходит изменение круга субъектов, создающих источники права: если право в позитивистском смысле (т.е. как закон) есть просто правовая форма, созданная государством, безотносительно к тому, имеет место факт ее осуществления или она остается нереализованным (“голым”¹) правом, идеологическим феноменом, то право в актуальном понимании его есть совокупность только тех юридических норм, которые носят реальный характер, восприняты субъектами права и проводятся в жизнь государственными органами. Такое право отлича-

* *Муравский Виктор Андреевич* – кандидат юридических наук, до сентября 2003 г. старший научный сотрудник ИФиП УрО РАН, с сентября 2003 г. доцент юридического факультета Гуманитарного университета (г. Екатеринбург).

¹ Термин “голое право” использовался в древнеримской юриспруденции для обозначения закрепленного в законе и официально не отмененного субъективного права, которое не обеспечивало никаких реальных правомочий его обладателю.

ется от законодательства и судебных прецедентов и по содержанию, так как процесс применения правовых актов носит не механический, а творческий характер и предполагает формирование и консолидацию индивидуальных норм, на основе которых создаются источники актуального права как обычаи правоприменения².

Как известно, важнейший признак права в действии – бытие его норм не просто в виде нормативных положений, а в виде распространенных и устойчивых форм поведения людей³, т.е. в виде правового обычая. Отсюда следует, что если и существуют особые источники актуального права, то их свойства должны быть обусловлены присутствием в праве этой обычной формы поведения. Правотворческая роль обычая связана с выполнением им по отношению к первоначальным источникам права функции признания, что, прежде всего, обусловлено индивидуально-волевым содержанием права: для того чтобы осуществить нормы, содержащиеся в официальных источниках права, личность должна принять их в качестве справедливых и соответствующих ее интересам правил поведения, включить в свою мотивационную структуру и детализировать в ходе повседневного участия в правовой жизни общества.

Таким образом, смысл признания правовых норм личностью заключается в том, что оно “снимает” фикцию этатистского характера права и придает ему “гражданское” измерение. Говоря о таком признании личностью правил поведения, И.А. Ильин обращал внимание на ее автономию: “Человеку достойно *признавать* правило, которому он повинует, и только такое *сознательное признание* может обеспечить праву жизненное соблюдение”⁴. Австрийский ученый Х. Гивсан в признании личностью норм права выделяет

² См. об этом: *Муравский В.А.* Роль индивидуальных норм в образовании актуального права // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. Вып. 3. Екатеринбург, 2002. С. 283-303.

³ См.: *Кудрявцев В.Н.* Юридические нормы и фактическое поведение // Советское государство и право. 1980. № 2. С. 12.

⁴ *Ильин И.А.* Соч.: В 2 т. Т.1. Философия права. Нравственная философия. М., 1993. С. 108.

практический аспект проблем и подчеркивает, что нормы действуют не непосредственно, сами по себе, а в противоположность законам природы существенным образом зависят от признания. Адресаты норм, субъекты права, должны признать нормы поведения, так как их признанность составляет их действительный, практический характер, т.е. их действительность и действенность. Нормы существуют, поскольку они признаны субъектами, людьми и действуют для них, поскольку люди в своих практических делах “руководствуются” ими и тем самым наделяют их бытием⁵. Немецкий ученый XIX столетия Е. Бирлинг, основываясь на психологическом элементе права, разработал теорию признания. Сущность ее сводится к тому, что право есть совокупность правовых норм, основным признаком которых, отличающий их от всех остальных видов норм, заключается в признании их определенной группой людей правилами внешнего поведения для всех принадлежащих к этой группе. Он полагал, что объективное право, даже если оно и получило в писаном праве внешнюю форму, всегда остается лишь видом нашего воззрения на право, и как всякий другой продукт нашей психической жизни, имеет в действительности свое истинное существование только в душах по преимуществу самих членов правового общения⁶.

Необходимость признания индивидами писанных юридических норм обусловлена тем, что последние не суть явления, определяющие действия субъекта, а такие же идеологические построения, как и суждения, содержащиеся в правосознании. Они говорят о будущем в определенной степени в проблематичном плане, поскольку далеко не всегда способны его предопределить⁷.

Признание как правовой институт довольно хорошо изучено наукой международного права. Обзор литературы, предпринятый в

⁵ S.: *Givsan H.* Der verweigerte Dialog // Worauf kann man sich noch berufen? Dauer und Wandel von Normen im Umbruchszeiten. Stuttgart, 1987. S. 9-10.

⁶ Цит по: *Кистяковский Б.А.* Философия и социология права. СПб., 1998. С. 155-157.

⁷ См.: *Лейст О.Э.* Три концепции права // Советское государство и право. 1991. № 12. С. 6.

многомном “Курсе международного права”, показывает, что признание относится к супраинститутам, принадлежащим одновременно к национальному и международному праву⁸. Поэтому к признанию норм закона должно быть применено общее положение, что признание входит в односторонние акты, содержащие два элемента: субъективный (волю признающего) и объективный (реально существующий объект, который должен быть признан)⁹.

Признание как институт национального права регулируется нормами, имеющими вторичный характер, нормами о нормах (сюда же относятся правила, регламентирующие порядок издания, изменения источников права, наказания правонарушителей и пользования субъективными правами); они относятся к числу явлений де-факто и устанавливаются самими субъектами права (судами, чиновниками, частными лицами, их юридическими советниками)¹⁰. В силу этого нормы о признании источника права располагаются на границе правовой и неправовой материи, включают в себя как политические, социологические, психологические, так и процедурные явления и потому с большим трудом поддаются идентификации. Но во всяком случае можно утверждать, что существует правило, определяющее необходимость обычно-правового признания норм, содержащихся в потенциальных источниках права. Данное правило, хотя явным образом и не формулируется в нашей литературе, но, по крайней мере, и не отвергается учеными, поскольку они допускают существование непризнанных, отвергнутых практикой законов, остающихся “мертвым”, “бумажным” правом.

Восприятию правового обычая в качестве “признающего” элемента актуального права в немалой степени препятствует его понимание, переносящее центр тяжести на позицию государства. Так, при характеристике санкционированного обычая принято

⁸ См.: Курс международного права: В 7 т. Т. 3. М., 1990. С. 103.

⁹ См.: Там же.

¹⁰ S.: Alwart H. *Recht und Handlung. Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu einer analytischen Hermeneutik des Rechts.* Тьbingen, 1987. S. 140-142.

выделять два элемента – материальный и идеологический, длительную практику и ее признание государством. “Обычай правовой – санкционированное государством правило поведения, сложившееся в обществе в результате его многократного и длительного применения”¹¹. При таком подходе процесс нормообразования подразделяется на две различные стадии: формирование обществом традиции, обычая, не имеющего правового характера, и его одобрение государством¹². Так как собственно юридическое значение имеет вторая стадия, то во внимание не принимается находящаяся вне правовых границ деятельность самих субъектов отношений, индивидов.

Между тем известен и другой подход к правовому обычаю, когда он рассматривается не только в генетическом, но и прагматическом аспекте, как действующая правовая форма, воспринимаемая в качестве таковой не только государством, но и индивидами. В соответствии с этим под правовым обычаем, обычным правом понимается “право, созданное участниками благодаря длительному применению и убеждению, что они поступают в соответствии с правом”¹³. Согласно данному пониманию, правовой обычай содержит два элемента: материальный (неоднократность применения обычного правила, достаточно часто повторяющийся и не подлежащий сомнению образ действий) и психологический (сознание юридической необходимости обычая, убеждение, что нужно поступать именно так)¹⁴. М.Н. Капустин придавал обычному праву монопольный характер, говоря, что оно получает силу вследствие сознания необходимости (*opinio necessitatis*) и что не имеет значения теоретический вопрос о том, необходимо ли для силы

¹¹ Российская юридическая энциклопедия. М., 1999. С. 631.

¹² См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права: Курс в двух томах. Т. 2. М., 1982. С. 204 (сноска).

¹³ *Koebler G.* Juristisches Wörterbuch. Für Studium und Ausbildung. München, 1991. S. 156.

¹⁴ См.: *Пэнто Р., Гравитц М.* Методы социальных наук. М., 1972. С. 64-65; *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Казань, 1894. С. 33-34.

обычного права сознание и приложение (применение) обычая вместе, поскольку обе стороны существуют нераздельно¹⁵.

Едва ли можно согласиться с последним мнением, потому что для существования обычая в праве явно недостаточно его признания: обычай мыслим только в качестве действующей нормы и без своего осуществления способен обрести статус юридической фикции, имеющей чисто ментальную форму существования. В исключительной ситуации может случиться, что в определенной социальной среде люди помнят о содержании обычного права, точно знают его предписания и тем не менее ведут себя все-таки вопреки этим предписаниям (как это происходит с писаным правом), поскольку считают, что известные им нормы не применимы, плохи и, следовательно, обычное право существует отдельно от того права, которое реализуется, от социально эффективного права¹⁶.

Признание в актуальном праве выполняет две функции: социально-психологическую и юридическую. Социально-психологическое значение признания как элемента реального права заключается в том, что посредством его нормы писаного права апробируются, интериоризируются, используются, исполняются индивидами, юридическая же роль признания выражается в его направленности на одобрение государством интерпретации закона, существующей в виде устойчивой практики законоприменения, и создание таким образом источника актуального права.

Актуальное право не является изолированным, самодостаточным образованием, а представляет собой развертывание во времени и социальном пространстве писаных источников права. Право в актуальном значении есть лишь сторона, момент правовой реальности, период в жизни нормообраза, появляющегося в качестве положения естественного права, далее закрепляемого государством в виде законодательного или прецедентного предписания и, наконец, внедряемого в общественные отношения в образе фактических правовых норм.

¹⁵ См.: Капустин М.Н. Юридическая энциклопедия (догматика). СПб., 1893. С. 63-64.

¹⁶ См.: Лукич Р. Методология права. М., 1981. С. 119.

Подобную мысль в отношении международного права высказал И.И. Лукашук: “Международное право существует в трех видах: 1) формальное право – право как оно изложено в нормах; 2) фактическое право – право как оно воплощено в реальных отношениях; 3) идеальное право – идеальная модель права”¹⁷. Ссылка в данном случае на теоретические положения международно-правового характера представляется не только допустимой, но и настоятельно необходимой потому, что международное и национальное право оказываются по существу весьма близкими правовыми системами. Одна из основных особенностей международного права сводится к тому, что его нормы создаются самими субъектами – государствами и международными организациями. Но если взять национальное право любого государства в его актуально-правовом, реальном измерении, то можно увидеть, что оно также формируется (хотя и с согласия государства) субъектами права – индивидами и выражает их волю и интересы.

Актуально-правовой источник права, возникающий в результате признания закона, включает два элемента: источник права, установленный государством, который содержит модели поведения, долженствование в абстрактном выражении, и интерпретирующий его правовой обычай, который включает в себя должное, опредмеченное в сущем, в правовых отношениях. В связи с этим все источники права можно подразделить на два вида: *потенциальные и актуальные*. Потенциальные источники имеют первичный, правоустанавливающий характер и охватывают право в целом, они выражают волю индивидов, облеченных властными полномочиями, и относятся к писаному праву, имеющему документальное выражение. К таковым источникам следует причислить нормативно-правовой акт, судебный прецедент, санкционированный источник (акты общественных организаций, обычай) в тех случаях, когда санкция находит выражение в нормативно-правовом акте. Сюда же относится международный договор, в том случае, когда он признан в качестве источника внутреннего права законом, например, ча-

¹⁷ Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть: Учебник. 2-е изд. М., 2001. С. 403.

стью 4 статьи 15 Конституции РФ. Очевидно, что санкционирование договора законом носит формальный характер, и международно-правовой акт может стать источником внутреннего права в актуальном смысле только при наличии правоприсягающей практики как государственных органов, в чью компетенцию входит осуществление его норм, так и гражданского общества. Об этом, в частности, пишет Ю.В. Тихонравов: если на территории государства действует норма международного сообщества, но государством не допускается ее защита или значение санкции не соответствует значению нормы, то такая норма не может считаться действующей¹⁸. Так, ввиду отсутствия поддержки со стороны государственных органов, профсоюзов, самих индивидов, несмотря на обязательный характер для Советского Союза конвенций, принятых в рамках МОТ, целый ряд международных институтов в сфере трудовой деятельности так и не стал действующим правом страны.

Актуализированные источники права относятся только к действующему, “живому” праву, они основаны на первичных источниках и представляют собой их форму, преобразованную деятельностью субъектов права. Источники живого права имеют сложную структуру, так как включают в себя две взаимосвязанные формы бытия правовых норм: потенциальный источник и адаптирующий его правовой обычай.

В данном контексте правовой обычай носит субсидиарный характер: он подтверждает, развивает и дополняет нормативно-правовой акт или иной потенциальный источник права. Обычай, рассматриваемый под таким углом зрения, сам по себе не может выступать в качестве формы права, поскольку не содержит самостоятельного как нормативного, так и валидитарного элемента, и содержание и обязательность его правил производны и основываются на свойствах первичного источника права.

С учетом двойственного (системного и личностного) характера общественной жизни следует включить в структуру обычая (которая, собственно, и выражает суть акта признания потенциального источника в качестве действующей формы права) целый ряд

¹⁸ См.: Тихонравов Ю.В. Основы философии права. М., 1997. С. 62.

элементов: 1) логическая, извлеченная из текста нормативного акта, норма права, существующая как в виде повторяющегося, пространственного, типического способа практической интерпретации закона, так и в качестве элемента правосознания, осознания данного поведения в терминах юриспруденции и представления о реальной модели субъективных прав и обязанностей; 2) убеждение индивидов, членов гражданского общества, что эти нормы юридически обязательны, закреплены законом или иным источником права (*opinio necessitatis*); 3) санкция обычая государством, которая имеет две разновидности: санкция *a priori* и санкция *a posteriori*. Санкция *a priori* – молчаливое делегирование законодательным учреждением гражданскому обществу и судебной и исполнительной власти права развивать и уточнять нормы закона посредством актуального права. Такое делегирование происходит всякий раз, когда законодатель использует общие нормы (принципы, программы, цели), не устанавливая конкретных правил, точно определяющих форму поведения субъектов права. Санкция *a posteriori* – убеждение индивидов, представляющих правоприменительные органы, в том, что существующие элементы обычая соответствуют закону (*opinio iuris*). Правовой обычай не охватывает те стороны общественной жизни, которые не подлежат нормативной формализации и выступают в качестве критериев и условий признания первичных источников права; они применяются и учитываются каждой личностью в факультативном порядке и выражают ее свободу и ответственность: это положения естественного права, основные принципы права и морали, традиции общества, идеи науки и правосознания, социальный опыт, материальные и политические факторы.

Следует учитывать, что все вышеизложенное в полной мере относится только к определенной части источников права, поскольку деление источников на потенциальные и реальные оставляет в тени те реальные источники, которые не основываются на первичных. Потому для целей нашего исследования имеет смысл осуществить классификацию источников права, в зависимости от роли государства на различных этапах правотворческой деятельности, и разделить их на *конституированные* и *санкционированные*. Создание любого источника права охватывает два момента: интел-

лектуальный, нормативный (формирование самого правила поведения, источника содержания норм) и юридический, валидитарный (придание правилу поведения юридической силы, создание источника обязательности нормы). В тех случаях, когда само правило поведения создается как юридическая норма, т.е. нормативность и валидитарность находят свое выражение одновременно и их субъектом является государство, источник можно назвать конституированным; если же государство “подключается” к правотворчеству только на втором этапе, придавая юридическую силу норме, содержание которой определялось без его участия или с его участием, но норма не имела правового характера (традиция, неправовой обычай), мы имеем дело с санкционированным источником права. Санкционированные источники права неоднородны: они могут получать одобрение государственных органов как при помощи нормативно-правового акта, так и на практике, в результате применения с согласия государства неюридической нормы в качестве правовой. Отсюда видно, что раскрытая нами схема формирования источников актуального права относится только к конституированным источникам права (нормативно-правовому акту, прецеденту), а также к тем санкционированным источникам, которые получают одобрение со стороны государственных органов при помощи нормативно-правовых актов, и оставляет, таким образом, в стороне источники права, санкционированные посредством практической деятельности.

В последнем случае санкционирование неправовой нормы в качестве юридической может быть официальным (*de iure*) и молчаливым (*de facto*). Официальная правоприменительная санкция использовалась в средневековом праве, когда суды в своих решениях ссылались на обычное право и прибегали к процедуре установления обычая. Молчаливо санкционированные источники права существуют в любом обществе, они отличаются сложной структурой и содержат четыре элемента: 1) само правило поведения, имеющее внеправовую форму закрепления; 2) обычную практику его применения с целью разрешения вопросов права, которая выражается как в типическом, упорядоченном поведении, так и в представлении о тех нормах, которые логически следуют из данного неправового

правила и практики его осуществления; 3) признание юридической обязательности данных норм гражданским обществом; 4) признание государством в качестве правовой нормы. Правило поведения в первоначальном, неправовом виде имеет объективное выражение и закрепляется посредством различных, как текстуальных, так и неписаных, форм, к которым можно отнести неправовые обычаи, труды специалистов, комментарии к законодательству, учебники по юриспруденции, акты общественных и корпоративных объединений, религиозные сочинения, обычаи международного права, законы других государств. Отсюда следует, что молчаливо санкционированные источники права не имеют потенциальной юридической формы существования и полностью носят актуальный характер.

Их основная особенность заключается в несоответствии законодательству, поскольку в случае согласования содержания их норм с предписаниями закона они лишь тем или иным образом участвуют в формировании правового обычая, посредством которого производятся интерпретация, конкретизация и признание закона, вместе с которым и составляют такой конструктивно сложный источник права, как актуализированный закон и, таким образом, “растворяются” в последнем и не имеют самостоятельного значения. “Противоправный” характер источников, получивших конклюдентную санкцию, выражается тем, что они отменяют или изменяют положения закона, а в определенных случаях могут устранять так называемый правовой вакуум¹⁹.

Из-за своей противоправности молчаливо санкционированные источники права не признаются в качестве таковых в рамках формально-догматического подхода к праву, который допускает только обычаи и акты общественных организаций, санкционированные законом, а если и предполагает существование обычая, получившего санкцию государства в процессе правоприменительной

¹⁹ О правовом вакууме см.: *Малиновский А.А.* Правовой вакуум – новый термин юридической науки // *Государство и право.* 1997. № 2. С. 109-112.

деятельности, то только в тех случаях, когда содержание обычая не выходит за пределы закона.

Например, еще в работах XIX столетия можно обнаружить указание на существование правового обычая как самостоятельного источника права при признании за ним законодополняющего, но отнюдь не законозаменяющего значения, так как считалось, что ни при каких условиях он не может отменить закон²⁰. При этом непринятие обычая, отменяющего закон вследствие его долговременного нарушения (*desuetudo*) или противоречащего ему (*contra legem*), обосновывается тем, что законодательная воля должна быть единой и выражаться в определенном органе, которого не существует для обычного права²¹.

Советская доктрина права исключала молчаливо признанный обычай из числа источников социалистического права ввиду того, что он отражал пережитки эксплуататорского строя и не соответствовал потребностям социалистического общества²². В связи с этим выражалось мнение, что не могут существовать неофициальные юридические нормы, юридизация отношений должна носить только официальный характер²³. Краткий (в пределах постраничной сноски) обзор литературы, предпринятый Д. И. Луковской, показывает, что под санкционированием обычая государством большинством советских авторов понималась только прямая отсылка к нему в законе²⁴. Поэтому всем нормам, имеющим неофициальное происхождение, придавался фактический статус, они независимо от про-

²⁰ См.: Капустин М.Н. Юридическая энциклопедия (догматика). С. 63 и след., 79; Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1999. С. 101, 111; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1894. С. 32, 34, 35.

²¹ См.: Капустин М.Н. Указ. соч. С. 79.

²² См.: Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968. С. 46; Юридический энциклопедический словарь. М., 1984. С. 208.

²³ См.: Рабинович П.М. Проблемы теории законности развитого социализма. Львов, 1879. С. 25; Экимов А.И. Интересы и право в социалистическом обществе. Л., 1984. С. 36.

²⁴ См.: Луковская Д.И. Социологическое направление во французской теории права. Л., 1972. С. 80.

исхождения и сферы действия рассматривались в качестве внеправовых, непосредственно социологических²⁵. В.Н. Кудрявцев, несмотря на то, что изучал право в действии и рассматривал его в виде типичных форм фактического поведения людей, не придавал качеств юридических норм правилам и иным стандартам поведения, даже широко распространенным в обществе, если они не были закреплены в каком-либо юридическом, признанном государством источнике²⁶. Он следующим образом обозначил пределы такого признания: “Никакие изменения в жизни правовых форм поведения не могут так повлиять на правоприменительную практику, чтобы она стала осуществляться вразрез с нормами действующего законодательства”²⁷.

Позитивистские оценки санкционированного обычая столь прочно укоренились в правовой науке, что их можно отыскать даже в постперестроечной литературе у авторов, разделяющих либеральные взгляды на право. Так, Ю.В. Тихонравов противопоставляет позитивное право обычаю, считая таковым как правовой, так и неправовой обычай. Для него обычай отличается лишь от правового обычая, признанного законом²⁸. Впрочем, данный феномен свойственен и правовой науке других стран. Французский социолог права Ж. Карбонье, например, не включает в правовую систему государства и рассматривает в качестве нормативных фактов те локальные нормы, которые противоречат закону, даже если они представляются в качестве юридических частным лицам, руководствующимся ими²⁹.

Вполне определенные высказывания по данному вопросу можно встретить в исторической литературе: “...Всякая давность

²⁵ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права: Курс в двух томах. Т.1. 1981. С. 67.

²⁶ См.: *Кудрявцев В.Н.* Юридические нормы и фактическое поведение. С. 15.

²⁷ *Кудрявцев В.Н.* Правовое поведение: норма и патология. М., 1982. С. 278.

²⁸ См.: *Тихонравов Ю.В.* Указ. соч. С. 507-508.

²⁹ См.: *Карбонье Ж.* Юридическая социология. М., 1986. С. 183.

per usum или abusum создает право...»³⁰. Санкционированные практикой источники права получили признание со стороны социологической доктрины права. Н.М. Коркунов, положительно отвечая на вопрос о том, может ли обычай отменить закон, мотивировал данный вывод тем, что «никакая норма, будет ли это закон или что-либо другое, не может притязать на вечное существование и не может обессилить будущих норм»³¹. Л.И. Петражицкий хотя весьма сдержанно относился к правовым обычаям и писал, что при высоком авторитете законов и наличии конституционных и иных гарантий законности существует субординация обычного права закону, вместе с тем в рамках так называемого официального права признавал целый ряд санкционированных источников права (по его терминологии – виды позитивного права): судебное и книжное право³². В современный период эта традиция реанимирована Н.Н. Разумовичем и М.А. Супатаевым³³. В.К. Самигуллин, хотя и противопоставляет фактические и юридические отношения как неправо и право, признает, что при известных условиях (он, сожалению, не называет их, ограничиваясь примером) неправо может стать правом³⁴.

Как можно было увидеть, возражения против признания молчаливо санкционированных источников права, с одной стороны, носят метаправовой характер и находят выражение в тех политологических и идеологических обоснованиях, которые на настоящем этапе развития общества опровергнуты самим ходом исторического процесса, а именно кризисом социалистического мировоз-

³⁰ *Карташев А.В.* Собрание сочинений: В 2 т. Очерки по истории русской церкви. Т.1. М., 1992. С. 200.

³¹ *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. СПб., 1894. С. 294.

³² См.: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 444, 452 и след.

³³ См.: *Разумович Н.Н.* Указ. соч. С. 21, 25; *Супатаев М.А.* Рец. на сб.: Обычное право и правовой плюрализм: (Материалы XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму. Август 1997 г. Москва. М., 1999) // Государство и право. 1999. № 12. С. 117.

³⁴ См.: *Самигуллин В.К.* Право и неправо // Государство и право. 2002. № 3. С. 5-8.

зрения и авторитарных моделей государства и права. Это прежде всего касается ссылок на единство законодательной власти и государственный, принудительный характер права.

Сложнее обстоит дело с тезисом о неправовом характере любых норм, существующих вне официальных правовых форм, т.е. не одобренных законом. Прежде всего, следует подчеркнуть, что актуализированные источники права, санкционированные *de facto*, должны оцениваться не с формально-догматической точки зрения, т.е. не с позиций их соответствия нормам закона, а в социально-правовом аспекте, поскольку они располагаются, по сравнению с законом, в иной плоскости юридического бытия и представляют собой особую фазу нормоцикла. Отсюда вытекает недопустимость относительной, взаимной оценки как закона, так и актуального права: с позиций закона ряд норм актуального права выглядят не более как устойчивая правонарушающая практика, а с позиций актуального права нормы закона должны рассматриваться в качестве юридических условностей, которые могут стать правом при соответствующих обстоятельствах. В связи с этим их оценка должна производиться в системе как социальных, так и юридических координат, т.е. в рамках нормативного цикла, опосредующего их взаимосвязь и взаимодействие.

Рассмотрение вопроса следует начать с определения того, в какой мере эти формы закрепления социальных норм воплощают в себе основной признак правовых явлений. Очевидно, и в этом состоит общее мнение правовой науки, что «государство является непосредственным фактором создания правовых норм и главной силой их осуществления»³⁵. Поэтому в данном случае в самом общем виде правовое можно определить в качестве установленного государством. В связи с этим любая неправовая норма, для того чтобы обрести юридический характер, должна получить санкцию со стороны государства, что в случае молчаливо санкционированных источников права означает формирование правового обычая, посредством которого и происходит актуализация неюридических

³⁵ Неновски Н. Единство и взаимодействие государства и права. М., 1982. С. 47.

норм и одним из элементов которого является *opinio juris* – согласие с данными нормами тех или иных государственных органов. Субъектом такого согласия может быть любой правоприменительный орган, в том числе и законодательный (например, при делегировании молчаливым путем нормотворческих полномочий правительству). Санкция, выраженная законодательным органом, может носить и характер *argenti*, что имеет место в тех случаях, когда он при наличии в том потребности сознательно не пересматривает не совершенное, неполное или устаревшее законодательство, обуславливая тем самым необходимость незаконного правотворчества.

Молчаливая санкция актуализированных источников права неоднородна и может быть как явно выраженной, так и подразумеваемой. Явно выраженная санкция имеет место в тех случаях, когда неправовая норма получает одобрение благодаря применению ее в качестве юридического предписания административными и судебными органами, независимо от того, создается правило поведения как таковое гражданским обществом или самим государством. Если норма создана государственными учреждениями, то ее санкция выражается в растянутой во времени серии решений государственных органов (*longa consuetudo*), которые, руководствуясь убеждением о соответствии практики своего судопроизводства в отношении обязывающих норм поведения (*opinio necessitatis*) общественному мнению, делают нормы обычая основой юрисдикции³⁶.

Специфическая черта молчаливой явно выраженной санкции заключается в том, что она выражает собой определенный вид государственного принуждения. В данном случае молчаливая санкция источника права напоминает одобрение его посредством закона и “выражается вовне в том, что реализация его (будь то обычай, или акт государственного органа, или акт общественной организации и т. д.) связана с государственно-правовой охраной, а нарушение его влечет за собой соответствующие средства охраны со сто-

³⁶ S.: Kowalski J., Lamentowicz W., Winczorek P. *Teoria państwa i prawa*. Warszawa, 1981. S. 108.

роны государственных органов»³⁷. В связи с этим явно выраженная санкция неправовых норм получает весьма широкий спектр значений: при ее помощи могут происходить не только отмена и изменение нормативно-правовых актов, но даже может осуществляться устранение правового вакуума. Последнее означает распространение сферы правового регулирования на те отношения, которые доныне не имели юридического характера, что придает конклюдентному нормообразованию правообразующее значение. Устранение правового вакуума скорее представляет проблему истории права и почти не применяется в настоящее время, за исключением гражданского законодательства Швейцарии, обязывающего судью при отсутствии закона и правового обычая вынести решение согласно правилам, которые он устанавливает сам, следуя взглядам, принятым в доктрине и судебной практике (ст. 1 Швейцарского гражданского кодекса). В историческом плане о молчаливом явно выраженном санкционировании, ликвидирующем отсутствие правовой регламентации, можно говорить применительно к раннему праву, которое, несмотря на наличие писаного права, формировалось еще и благодаря административной и судебной практике, которая вводила новые нормы, неизвестные законодательству и, таким образом, распространяла сферу регулирования на неправовые отношения.

Процесс формирования норм актуального права в данном случае аналогичен процедуре образования реальных норм при осуществлении закона. Если применяющий орган осознает необходимость правовой регламентации и принимает ее к сведению, то он воспринимает ее как правоотношение (по аналогии или даже вне пределов аналогии)³⁸. На основе массы таких правоотношений формируется правовой обычай, который выражает как содержание, так и санкцию и признание неправовой нормы, если на ней базировались как исходное, так и последующие правоотношения. Если же

³⁷ Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. М., 1994. С. 216.

³⁸ См.: Тамаш А. Судья и общество: Диалектика правосознания и правоприменения. М., 1980. С. 38.

таковой нормы не существует, то правовой вакуум устраняется при помощи правового обычая, создаваемого правоприменительным органом.

С другой стороны, санкция *de facto* может носить подразумеваемый, контекстный характер и определяться целой совокупностью разнородных, но взаимосвязанных явлений. Специфика этой санкции заключается в первую очередь в том, она имеет не принудительный, а, скорее, разрешительный характер: правоприменительные органы не сами реализуют неправовую норму как правовую, а тем или иным способом выражают согласие с тем, что это осуществляют индивиды³⁹. С теоретической точки зрения возможность данного вида санкции основывается на том, что право отнюдь не эквивалентно принуждению. Как писал Н.М. Коркунов, немислимо право, которое бы всецело и исключительно опиралось на одно только принуждение. Невозможен такой порядок вещей, при котором никто не выполнял бы своей юридической обязанности добровольно, право предполагает взаимность и общее соблюдение правовых норм всеми благодаря их разумности и полезности⁴⁰. Поэтому о существовании права можно говорить в том смысле, что люди знают и соблюдают его нормы, даже если оно не закреплено в законодательстве и не отражается в деятельности судов⁴¹. В этом случае право выражает деонтический авторитет солидарности, который в отличие от авторитета санкции, поддерживаемого угрозой наказания, обеспечивается стремлением достичь поставленной общей цели⁴². В нашем случае это означает допустимость источников, которые не обяза-

³⁹ Это положение в полной мере соответствует литературному понятию санкции как утверждению или разрешению чего-либо: *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. М., 1997. С. 696.

⁴⁰ См.: *Коркунов Н.М.* Указ. соч. С. 70-71.

⁴¹ См.: *Бейкер Дж. Х.* Направления научных исследований по истории английского права: рассмотрение необработанных материалов // *История права: Англия и Россия.* М., 1990. С. 54.

⁴² См.: *Ивин А.А.* Основы теории аргументации: Учебник. М., 1997. С. 202.

тельно опираются на организованное принуждение⁴³. Если право является мерой свободы и результатом сотрудничества гражданского общества и государства, то санкция норм может проявляться в виде бездействия государственных органов в тех случаях, когда законодательство предписывает им пресечение тех действий индивидов, которые совершаются согласно неправовым нормам, противоречащим закону. Это вытекает из особой ответственности государства за все формы и виды деятельности в сфере его суверенных (т.е. невыполнимых гражданским обществом) полномочий, которая порождает формулу “неучастие есть лишь известная форма участия”⁴⁴. Отсюда вытекает правило, которое А.А. Мишин назвал “мудростью буржуазного конституционализма”: “Молчание есть знак согласия”⁴⁵.

Другая особенность подразумеваемой санкции заключается в том, что она выражается *post factum*, уже после того, как сформирована норма права, при этом опережающее значение имеет признание нормы обществом, с чем, собственно, и соглашается государство. В данном случае инициатива создания новой нормы вне рамок законодательной деятельности принадлежит индивиду, самому гражданскому обществу, благодаря чему происходит коррекция действующего права в тех сферах человеческой деятельности, которые выражают побуждения индивида: в частном (гражданском, трудовом, семейном) праве и в тех нормах публичного права, которые непосредственно выражают активность личности (уголовная, административная ответственность, основные права и обязанности граждан) – словом, в тех случаях, когда частный (индивидуальный, локальный, групповой) интерес может быть противопоставлен общему интересу, закрепленному в законе. Неформальное правотворчество является, по определению И.А. Ильина, “борьбой за право”, оно протекает в форме непосредственного осуществления прав и обязанностей индивидами в тех случа-

⁴³ См.: *Разумович Н.Н.* Указ. соч. С. 21.

⁴⁴ *Булгаков С.Н.* О социалистическом идеале // *Власть и право: Из истории русской правовой мысли.* Л., 1990. С. 254.

⁴⁵ *Мишин А.А.* Центральные органы власти буржуазных государств. М., 1972. С. 129.

ях, когда с точки зрения гражданской совести, нормального правосознания и естественного права нормы законодательства приобретают неестественный характер неотменимости или неизменности, а свойственная их содержанию “неверность” становится бичом жизни⁴⁶. Если же подходить к вопросу исторически, то можно встретить иную схему молчаливого признания властью норм права, созданных его субъектами: например, завоеватели были вынуждены сохранять нормы обычаев покоренных народов, пусть и чуждые им⁴⁷.

При таких условиях санкция государства никак не может быть сведена к какому-то определенному акту или конкретному набору действий и представляет собой, скорее, тенденцию, проявляющуюся в серии общественных отношений и отражающую суммарный результат стихийного взаимодействия индивидуальных волей. Действенность такой санкции определяется не только позицией государства, но и степенью солидарности в данном вопросе гражданского общества, а также эффективностью санкционируемых норм. Подразумеваемая санкция носит негативный характер, поскольку благодаря ей не столько одобряются новые незаконные нормы, сколько отрицаются нормы закона. Применительно к конституции это выглядит так: “...Признание обычая в системе письменной конституции вызывает бесспорные трудности, если обычай направлен *против* конституции. Действительно, в таком случае обычно допускается, что этот обычай является неоднократным нарушением конституции и не имеет подлинного юридического значения. Подобный обычай – далеко не обычай, а обязательная юридическая норма – просто вытекает из того, что конституция не была санкционирована компетентными властями”⁴⁸.

О существовании подразумеваемой санкции следует судить по целому ряду признаков косвенного характера, куда можно отне-

⁴⁶ См.: Ильин И.А. Философия права. Нравственная философия. Т.1. С. 127, 129.

⁴⁷ См.: Неновски Н. Указ. соч. С. 32.

⁴⁸ Исполнительная власть, судебная власть и учредительная власть во Франции: Российско-французская серия “Информационные и учебные материалы”. № 8. М., 1993. С. 12.

сти как бездействие правоохранительных органов (отсутствие практики возбуждения и рассмотрения судами определенной категории уголовных дел, игнорирование органами прокуратуры и милиции случаев нарушения законности в данной сфере общественных отношений и т.п.), так и определенные действия государственных органов, выполняющих правоохранительные, идеологические и политические функции (вмешательство в деятельность следственных и судебных органов, прямое разрешение заниматься незаконной деятельностью в государственном секторе экономики, признание тех или иных ценностей, соответствующих содержанию “незаконных” норм, констатация самого факта существования данных норм и бесплодности попыток борьбы с ними). Эвентуальная, косвенная санкция может иметь место, несмотря на последовательное сопротивление правоприменительных органов, что относится к получившим широкое распространение в свое время гарантийным письмам об устранении недоделок, юридическая природа которых не признавалась арбитражами⁴⁹, но которые выдавались повсеместно и фактически определяли общественные отношения. О существовании подразумеваемой санкции может свидетельствовать и “двойной стандарт” в поведении, когда представители государственных органов отвергают норму в официальном качестве, но охотно следуют ей как частные лица. При таком многообразии составляющих ее действий молчаливая санкция вызывается весьма разнородными причинами: экономическими (отсутствие материальных возможностей для реализации закона), политико-организационными (коррупционность, некомпетентность, недостаточные численность и техническая вооруженность государственного аппарата; конфликты различных ветвей и уровней власти; безответственность и произвол в деятельности должностных лиц, их неспособность справиться с массовидными нарушениями законов), историческими (значительная роль архаических и религиозных традиций и обычаев), юридическими (изъяны в содержании законодательства), психологическими (сочувствие, испытываемое должностными лицами по отношению к правонарушителям).

⁴⁹ См.: Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник. М., 2000. С. 356.

Поскольку подразумеваемая санкция носит “вынужденный” характер, и проявляется в бессилии, индифферентности или толерантности государственных органов, то она обладает весьма ограниченными возможностями и способна выполнять только коррекционные задачи, т.е. может только лишать юридической силы закон и не способна ликвидировать правовой вакуум. При этом изменения в публичном праве сводятся к тому, что практикой из него просто “изымаются”, фактически лишаются силы положения закона, поскольку для их юридической отмены требуется законодательная деятельность или явно выраженная санкция, т. е. применение противозаконной нормы государственными органами.

Ввиду важности для государства тех интересов, которые затрагивают нормы публичного права, и вследствие существования разделения властей между государственными органами их политика в отношении противозаконных правил поведения, создаваемых в сфере публичного права гражданским обществом, никогда не бывает единой, и если одни органы примиряются с их существованием или даже проявляют заинтересованность в них, то другие отвергают эти правила, и потому здесь нельзя вести речь о санкционировании противозаконных норм государством. В данном случае на юридической “карте” страны образуются своеобразные “белые пятна”, социальные пространства, непроницаемые для официального права, хотя и не происходит одобрения действующих внутри их противозаконных норм. Газета “Известия” сообщала, что на российском Дальнем Востоке в середине 90-х гг. сформировались своеобразные экстерриториальные зоны, не предусмотренные законодательством. В нарушение положений межправительственного соглашения, заключенного в марте 1967 г. между СССР и КНДР, корейская сторона, занимающаяся лесозаготовками на территории России, в течение всего срока действия соглашения грубо нарушала правила лесозаготовок, варварскими методами уничтожая флору и фауну региона. При этом в течение всех двадцати семи лет действия соглашения российская лесная охрана составляла протоколы о допускаемых нарушениях. КНДР, пользуясь попустительством и даже помощью МВД России, создала на территории российского Дальнего Востока свою тюремную и карательную систему, для ко-

торой характерно применение пыток и бессудных расправ. Такое положение сохранялось и в течение 1994 г., несмотря на то, что срок соглашения истек 31 декабря предыдущего года⁵⁰.

Но даже если отсутствует единая позиция государства в отношении незаконных норм публичного права, сопротивление им может приобретать декларативный и формальный характер, оно (сопротивление) в таком случае утрачивает юридическое значение и становится идеологическим феноменом, благодаря чему отвергаемые реальные нормы находят широкое применение и отличаются стабильностью и определенностью, и, таким образом, возникает так называемое теневое право. В качестве примера можно назвать легализацию теневой экономики, спекуляции, мелких хищений в СССР в 60-90 гг.⁵¹, практическое освобождение от ответственности за совершаемые преступления элиты авторитарных, иных недемократических и переходных, как в современной России, режимов⁵².

Что касается частного права, то в этой области политика государства в отношении фактических модификаций права отличается большей определенностью и терпимостью, что приводит непосредственно к появлению новых предписаний права. Например, М.А. Супатаев указывает, что в России и во многих других регионах бывшего Советского Союза вопреки тому, что пишут в учебниках, весьма действенными оказываются нормы “неофициальных” систем обычного и мусульманского права⁵³.

Несмотря на ярко выраженный социальный характер подразумеваемой санкции, ее с полным основанием следует рассматривать в качестве юридической. Здесь невозможно согласиться ни с

⁵⁰ См.: Резник Б. Строго секретные корейские объекты в русской тайге // Известия. 1994. 26 марта.

⁵¹ См.: Хохряков Г.Ф. Организованная преступность в России: 60-е – первая половина 90-х гг. // Общественные науки и современность. 2000. № 6. С. 63-65.

⁵² См.: Лунев В.В. Преступность XX века: Мировые, региональные и российские тенденции. М., 1997. С. 331-332.

⁵³ См.: Супатаев М.А. (Рецензия) // Государство и право. 1999. № 12. С. 117.

тем, что обычай может применяться, не будучи санкционированным, но вместе с тем выполнять, по существу, юридические функции⁵⁴, ни с тем, что правовой характер норма может получить только вследствие того, что она обеспечивается организацией, имеющей реальную власть (религиозная секта, бандитская шайка)⁵⁵. Основания для утверждения о существовании в подобных случаях правовой санкции обнаруживаются при рассмотрении признаков правовой сферы общественной жизни. На этот раз явно недостаточно просто сослаться на связь юридических норм с государством и необходимо определить все свойства правовой реальности, поскольку подразумеваемое признание слабее всего отражает зависимость санкционированных источников от государства. Французский социолог и юрист Ж. Карбонье подчеркивал, что при установлении специфики юридического не следует искать ее ни в материальном объекте нормы, ни в принуждении, поскольку закон не является единственным источником права и общество не может рассматриваться в качестве сознательной единой установки по отношению к праву⁵⁶. С таким подходом к данному вопросу можно согласиться, поскольку он отвергает какие-либо односторонние, монистические оценки правовой материи, но и по этой же причине нельзя принять вывод автора, что правовое определяется только при эмпирическом исследовании того, что является правом⁵⁷. Без сомнения, различия между правовыми и неправовыми явлениями можно измерять с позиций реальных норм, но такой подход не будет носить объективного характера, поскольку учитывает только одну стадию нормоцикла и игнорирует закон и связь между правом и государством, в результате чего оценка права принимает чисто социологический характер. В связи с этим для оценки правового следует использовать многомерный критерий, который позволяет охватить как закон, так и актуальное право и включает в себя три

⁵⁴ См.: Теория права и государства: Учебник / Под ред. Г.Н. Манова. М., 1995. С. 170-171.

⁵⁵ См.: Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 63.

⁵⁶ См.: Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 164-170.

⁵⁷ См.: Там же. С. 172-175.

элемента: особенность общественных отношений (материальный фактор), связь с государством и реальность нормы (ее признание самими участниками отношений). Эта формула в полной мере соответствует мнению М.И. Бобневой, которая различает социальные нормы в зависимости от: 1) содержания, 2) сферы действия, 3) формы санкционирования, 4) механизмов распространения в общности, 5) социально-психологических механизмов действия⁵⁸.

Отсюда следует, что первая особенность правовых явлений заключается в специфике тех общественных отношений, с которыми они связаны. Исходя из того, что о правовом можно говорить только в сравнительном плане, рассматривая его отличия от неправового мира, в самом общем виде данную специфику можно определить как “правовую суть” этих отношений, т.е. воплощение в них правовых ситуаций как жизненных обстоятельств, требующих особых правил и формы урегулирования⁵⁹. Иными словами, право возникает и существует не потому, что есть государство, что есть законодательные органы, а потому, что определенные общественные отношения, потребности, интересы не могут быть выражены, структурированы, реализованы нормально вне и помимо юридических форм⁶⁰. Поэтому процесс правообразования протекает не только в рамках государства и первоначально совершается в ходе выражения объективных потребностей в виде негосударственных форм духовно-оценочной деятельности⁶¹. То есть правотворчество происходит по “восполнительному” принципу, а именно в тех случаях, когда иные виды норм недостаточны для закрепления, развития, охраны соответствующих отношений⁶².

⁵⁸ См.: *Бобнева М.И.* Социальные нормы и регуляция поведения. М., 1978. С. 26.

⁵⁹ См.: *Алексеев С.С.* Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. М., 2000. С. 25-28.

⁶⁰ См.: *Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. М.Н. Марченко.* М., 1999. С. 287.

⁶¹ См.: *Неновски Н.* Указ. соч. С. 50.

⁶² См.: *Кудрявцев В.Н.* Правовое поведение: норма и патология. С. 47.

Поскольку право не в состоянии изменить природу человека и общества, оно не отменяет все остальные системы социально-нормативного регулирования (обычай, мораль, религиозные и корпоративные нормы), но вместе с тем право имеет “суверенный” характер: оно, хотя и не обладает монополией на регулирование и создание норм, вместе с тем в рамках собственной области регламентации пользуется абсолютным приоритетом. Таким образом, действуя в условиях полинормативности, право в своей области не допускает преобладания “чужеродных” элементов и представляет собой сферу ответственности особого института власти – государства. Другие нормы могут регулировать общественные отношения, являющиеся объектом юридической регламентации, лишь в той мере, в какой это не препятствует действию права, т.е. они могут иметь любое содержание только тогда, когда действуют в иной плоскости регулирования (как, например, моральные и религиозные нормы), если же они используют схожие с правом механизмы воздействия на поведение личности (обычай, групповые, корпоративные и иные нормы), то их содержание не может противоречить закону.

В связи с необходимостью размежевания пределов действия права и других социальных норм правотворчество выполняет две взаимосвязанные функции: знаковую и нормоустановительную. Посредством первой государство обозначает пределы своей власти, правовую сферу тем, что указывает на объект правового регулирования, т. е. на те отношения, в упорядочении которых оно заинтересовано. Вторая функция находит выражение в нормировании данных отношений. Причем логика жизни права такова, что обозначение правовой сферы является прерогативой нормотворческих (законодательных и, в соответствующих случаях, например в раннем праве, – правоприменительных) органов государства, а нормоустановительная функция выполняется совместно государством и гражданским обществом.

Соотношение этих функций определяется формой правотворческой деятельности: если она носит официальный или явно выраженный характер (издание нормативных актов, санкционирование внеправовых форм индивидуально-правовыми актами или их

молчаливым применением правоприменительными органами), то определяющее значение имеет издание или установление содержания самой нормы, которая и указывает как на объект регулирования, так и на границы правовой сферы; в том же случае, когда нормотворчество подразумевается и сводится к тому, что государственные органы санкционируют неправовые нормы, примиряясь с их существованием, в качестве его “индикатора” выступает уже установленная ранее правовая сфера, которая и “окрашивает” в юридические тона складывающиеся в реальных отношениях нормы. Последнее возможно потому, что обозначение пределов действия права производится только государством и не может быть делегировано им или узурпировано каким-либо социальным образованием, поскольку выражает сущность государства как организации общих интересов социума.

Сфера права определяется чисто формальным признаком: нормативным актом или (до появления закона как источника права или при его паритете с обычаем) – санкцией судебных или административных учреждений. Данный момент определяет суть соотношения между законом и актуальным правом: как писал П.И. Стучка, закон отмечает те вехи, по которым отмечаются границы правопорядка, а право составляет его⁶³. Следовательно, закон устанавливает пределы и параметры правовой сферы, а актуальное право наполняет их конкретным социально-историческим и нормативным содержанием. Поэтому социальные нормы, одобренные государством, носят неправовой характер только в том случае, когда они сформированы вне пределов правопорядка, обозначенного в законе.

Таким образом, правовая сфера обозначается нами в субъективном смысле как очерченная государством посредством закона область его юридических интересов. Если применить терминологию, предложенную Н.В. Сильченко, то можно сказать, что в данном случае под правовой сферой имеется в виду не сфера действия права как объективная реальность, граница деятельности законода-

⁶³ См.: *Стучка П.И.* Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964. С. 172.

теля, определяемая правовой природой общественных отношений, а сфера законодательного урегулирования⁶⁴. Но выделение государством законодательной сферы предполагает его суверенитет в сфере общественных отношений, обозначенных законом, в пределах которой любые нормы могут существовать только с согласия государственных органов, из чего как раз и вытекает юридический характер любых существующих здесь норм, обладающих эффективностью и отличающихся от предписаний закона. Этот вывод подтверждается и существованием разделения властей, благодаря которому суды обладают правом производить коррекцию закона посредством правоприменения.

Пока границы правовой сферы определены законом, они неизблемы, и на их конфигурацию не могут оказать влияния никакие социальные и правовые обстоятельства, за исключением нового акта законодательства. Вследствие того, что пределы сферы права определяются свойствами общественных отношений и формальным актом государства, они не могут модифицироваться индивидами. Формирование ими в рамках правовой сферы новых норм, противоречащих закону, не изменяет качественных особенностей юридической материи, но придает ей иное нормативное содержание.

И поскольку остаются неизменными границы правовой сферы, в силу особой роли и функций государства, все происходящее в ней протекает, по сути дела, с его согласия. Молчаливое одобрение противозаконного порядка со стороны государства следует исключить лишь в том случае, когда оно ведет решительную и последовательную борьбу с противозаконными нормами, “проникшими” в сферу права. Здесь в случае устойчивости и действенности противозаконных норм, хотя и не возникают новые, молчаливо санкционированные источники права, наблюдается изменение конфигурации права, в котором появляются изъятия, “белые пятна”, образуется вакуум в сфере реального права, который проявляется как разрыв по объему правового регулирования между содержанием актуально-правовых норм и предписаний закона. Социальная группа, не соблюдающая

⁶⁴ См.: Сильченко Н.В. Границы деятельности законодателя // Советское государство и право. 1991. № 8. С. 15.

нормы закона, не создает для себя норм актуального права, и, таким образом, нормы законы остаются в плоскости потенциальных источников, а в реальном праве образуются изъятия, исключения по персональному или пространственному признаку.

Если законы нежизнеспособны и противоречивы и не выполняются обществом в целом либо в какой-то своей части и не знают правоприменительной практики или осуществляются крайне недобросовестно и вопреки воле законодателя, то и в этом случае любые действия субъектов права будут располагаться в правовой сфере, потому что они не могут подменить деятельность правотворческих органов и лишит закон его обязательности.

Если отдельные акты субъектов права, совершаемые в пределах правовой сферы, не оказывают влияния на содержание права в силу своей случайности и спорадичности, то те нормы, которые стихийным образом формируются на их основе, уже принадлежат праву, хотя, естественно, в формальном смысле не отменяют законодательство. Складывающаяся таким образом неофициальная нормативность приобретает правовой характер благодаря тому, что существует своеобразный “эффект растворения” чужеродных норм в том случае, когда они переносятся в сферу действия других норм. Уже цитированный нами французский автор Ж. Карбонье, излагая различные взгляды на критерии правового, сообщает о концепции нейтральности правовых норм, согласно которой юридические нормы способны “поглотить” любые другие нормы, становящиеся их содержанием⁶⁵. По-видимому, “растворение” неправовых норм в правовой сфере происходит в связи с тем, что они получают неконкретную и неявную санкцию государственных органов, которая выражает закономерности взаимодействия спонтанного и системного элементов правопорядка общества. Если случайные столкновения и взаимодействия индивидуальных волей определяют содержание норм права в конечном счете, т.е. в их актуальном социально-правовом измерении, то системные процессы имеют промежуточное и юридическое значение. Результатом прямого системного воздействия на право (т.е. следствием деятельности государства)

⁶⁵ См.: Карбонье Ж. Указ. соч. С. 172.

являются нормы закона, а также правовая форма общественных отношений. Хотя ни одно государство не в состоянии добиться полного и точного, “зеркального” осуществления предписаний своих нормативно-правовых актов, тем не менее они во многом определяют содержание реального права. Кроме того, государственные органы несут юридическую и политическую ответственность за нормативное и социальное содержание всех правовых норм, независимо от того, кто является их создателем, поскольку государство является единственным социальным формированием, выступающим от имени всего общества, интересы, цели и ценности которого и выражает право.

Таким образом, санкция норм, проникших в сферу права, является онтологической, а потому выражает квазиправотворческую деятельность и связана с обычаем толкования норм закона и противозаконными нормами, изменяющими или отменяющими нормативно-правовые акты. Но как любая санкция, она легализует сложившийся порядок отношений, и потому отмена или изменение недействующего закона законодателем не представляет собой ничего нового с нормативной точки зрения, а является лишь официальным подтверждением факта существования неявно санкционированного источника права. Если до данного момента санкция была неопределенной и носила негативный характер, поскольку государство, обозначив правовую сферу, не могло обеспечить в ее рамках действие норм закона и таким образом невольно соглашалось с тем, что их замещают иные нормы, то с изданием нормативного акта по данному вопросу она становится позитивной и формализованной. Если новый закон изменяет пределы сферы права и выводит за рамки правового регулирования какие-либо отношения, то тем самым он снимает с государства ответственность за их регламентацию и придает неявно санкционированным нормам чисто фактическое значение.

Из изложенного следует, что правовое регулирование, если его понимать как управление, полный контроль за поведением индивидов, обеспечивающий соответствие их поведения предписаниям официально изданных источников права, невозможно в принципе, в связи с чем можно вести речь только о правовом регулиро-

вании как об особом роде деятельности государства, составляющей один из аспектов *влияния* государства на общественные отношения, которое, помимо правового регулирования, включает правовое воздействие (определение системы ценностей, правовое просветительство и воспитание) и правовое обеспечение (создание условий для развития, свободы, ответственности личности).

Описывая процесс неявного формирования права, необходимо иметь в виду, что существуют две совершенно различные социально-временные модели его осуществления. Исходным положением здесь является тезис о монополии государства на правоустанавливающую деятельность и его ответственности за содержание норм, действующих в рамках правовой сферы, которое определяется как государством, так и гражданским обществом. Участие последнего в данном процессе зависит от отношений между ним и государством, которые определяются типом и формой государства, национальными и культурными особенностями общества. В тех странах, в которых признается принцип законности и содержание закона соответствует естественному праву, а положения потенциальных источников права в целом “переливаются” в нормы актуального права, существует презумпция: до тех пор пока сохраняет силу закон, он считается действительным и действующим, и в задачу государственных органов входит осуществление его норм. В данном случае участие гражданского общества в определении содержания реальных норм ограничивается созданием обычаев правореализации, а внеправовые нормы остаются за пределами права. Согласно характеристике М. Бакунина такие государства именуются благоустроенными: они выше всяких бед, возникающих из злонамеренности отдельных лиц, и в состоянии справиться с любым случайным явлением, к которым относится, в частности, вор или большая банда разбойников⁶⁶. Однако данную модель довольно трудно встретить в жизни, и она, скорее, соответствует теоретическому описанию правового государства, в действительности же гражданское общество не ограничивается одним толкованием закона и внедряет в правовую систему свои нормы. Здесь можно на-

⁶⁶ См.: Бакунин М. Анархия и Порядок // Сочинения. М., 2000. С. 132.

звать две разновидности государств. Одни, если следовать тому же М. Бакунину, отличаются недостатками государственного организма, государственных учреждений, всего государственного тела. По отношению к случайному явлению такое “государство имеет только два выхода: или воспринять в свой организм заключающееся в нем право и постольку реформировать себя самого мирным путем, или же прибегнуть к силе. Но на втором пути каждое государство, наверное, пойдет к гибели, так как право, вошедшее в сознание, непреодолимо”⁶⁷. К таким государствам можно отнести большинство стран XX столетия (освобождение от ответственности “сильных мира сего” – как главарей мафии, так и представителей правящей элиты), СССР, Чеченскую республику, Российскую Федерацию в целом, в которых, вследствие нарушения фундаментальных принципов правового государства, различными элементами гражданского общества совершается фактическая, скрытая правотворческая деятельность в столь значительных масштабах, что она оттесняет на задний план существующее законодательство. Во второй группе государств огромное влияние на функционирование общества оказывают традиционные системы социальной регламентации (древневосточные, средневековые) государства. В современных условиях к таким государствам можно отнести страны Тропической Африки, где абсолютное большинство населения (около 80%) руководствуется обычаем и существует юридическая дихотомия: если в городах преобладает статус личности, основанный на равенстве и законе, то в сельской местности доминирует традиционный обычно-правовой статус личности, подчиняющийся действию местных или локальных обычаев и базирующийся на неравенстве⁶⁸.

Нельзя не обратить внимание на то обстоятельство, что изложенная концепция молчаливого признания норм актуального права государственной властью отвергает принцип “объективного вменения” и не относит к праву любые эффективные нормы, регу-

⁶⁷ См.: Бакунин М. Указ. соч.

⁶⁸ См.: Супатаев М.А. Право в современной Африке: (Основные черты и тенденции развития). М., 1989. С. 63, 75.

лирующие те общественные отношения, которые являются объектом регламентации нормативно-правовых актов. Для того чтобы неюридические нормы в ходе их применения обрели правовой характер, необходимо их признание в качестве таковых как со стороны гражданского общества, так и государства. Поэтому встречаются ситуации, когда законодательные нормы бездействуют и реальное право, таким образом, по своему нормативному объему не совпадает с законом, но при этом фактические нормы, вытесняющие предписания нормативно-правовых актов, сохраняют неправовой характер. Это можно назвать “эффектом спящих законов” – соотношение между нормами закона и права приобретает патовый характер, так как новые нормы реального права еще не возникли, но уже не действуют и нормы закона.

Такие ситуации можно подразделить на две разновидности: внеправовые и противозаконные. В неправовых случаях сами участники отношений не признают фактических норм, совпадающих по содержанию с предписаниями закона или не соответствующих им, в качестве юридических. Как пример можно указать на использование сторонами политических, моральных, бытовых, религиозных норм, которые успешно регулируют какие-либо отношения. В случае издания нормативных актов, призванных подобным образом упорядочивать данные отношения, создается избыточное право, которое так и не найдет применения, поскольку стороны по-прежнему будут применять неправовые нормы (например запрещение советским государством пропаганды войны). Другой ситуацией такого рода является фактический отказ от применения какой-либо нормы. Здесь можно упомянуть отказ современных российских директоров от обращения в суды для защиты интересов предприятий из-за боязни потерять будущие заказы или вследствие уверенности в невозможности выиграть дело у предприятий-гигантов⁶⁹ или неприменение как Президентом, так и Государственной Думой РФ норм об ответственности Правительства. В этих

⁶⁹ См.: Хендли К. Переписывая правила игры в России: спрос на право – забытый вопрос // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2000. № 1(30). С. 76.

примерах отсутствие соответствующей правоприменительной практики не является обычно-правовым правилом и не рассматривается субъектами права в качестве нормы, возлагающей какие-либо юридические обязанности или предоставляющей субъективные права, поскольку они всегда оставляют за собой возможность использовать не применяемую в настоящее время норму закона.

О существовании противозаконной ситуации можно говорить тогда, когда участники отношений создают реальные и по своему эффективные нормы, отменяющие предписания закона, но не признаваемые государством (указанный выше пример “белых пятен”, локальных неправовых зон в праве).

Таким образом, источники актуального права знают две основные разновидности: А) актуализированные потенциальные источники, которые могут быть как конституированными (нормативный акт и судебный прецедент), так и санкционированными (обычай, санкционированный нормативным актом). Они содержат два основных элемента: логические нормы потенциальных источников и правовые обычаи, сложившиеся в ходе их реализации; Б) автономные источники, которые включают в себя, во-первых, молчаливо (как явно, так и подразумеваемо) санкционированные неправовые нормы (обычаи, религиозные заповеди, корпоративные правила, положения законов и прецеденты других государств, доктрина права). Их структура также предполагает наличие двух элементов: неправовой нормы и правового обычая, содержащего санкцию государства и признание гражданского общества. Таким образом, все источники актуального права имеют сложный состав, что означает сочетание в их рамках действующих законов, судебных, административных прецедентов, актов общественных организаций, религиозных сочинений, с одной стороны, и развивающих, конкретизирующих, воплощающих в жизнь их правила, обычаи – с другой.

Одно из основных свойств всех данных источников заключается в их плюралистичности, т.е. в отсутствии единства содержа-

ния и форм права в контексте национальной правовой системы⁷⁰. Если речь идет об актуализированном законе, обычае, санкционированном законом, то правовой плюрализм выражается в отсутствии единого правового пространства в рамках единого государства. Как в федеративном, так и в унитарном государствах существуют региональные или локальные особенности применения одного и того же закона, отражающие неоднородность гражданского общества и местные традиции либо ведомственные интересы. В случае же с самостоятельными источниками актуального права, которые создаются вне законодательной деятельности, можно говорить не только о качественных, но и количественных (региональных и локальных) различиях при правовой регламентации общественных отношений. В зависимости от местных условий либо потребностей в том или ином ведомстве гражданским обществом и государственными органами в правовую систему могут вводиться дополнительно санкционированные источники права.

Все это показывает, что принцип законности имеет строго ограниченные формальные параметры и означает лишь общеобязательность применения закона независимо от местных условий, но в силу чисто естественных условий не может включать в себя требования единообразия поведения субъектов права.

В заключение можно отметить, что наличие и содержание источников актуального права как особого правового феномена выражают собой компромисс и динамическое равновесие между системным и хаотическим факторами правовой регламентации, и потому государство при осуществлении законодательной деятельности должно принимать во внимание существование таких источников и их содержание, которое может выступить в качестве апробированной модели нормативно-правовых актов.

⁷⁰ О правовом плюрализме см.: Обычное право и правовой плюрализм: (Материалы XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму. Август 1997 г. Москва). М., 1997.