Сочинский Филиал Российского Университета Дружбы Народов

*РЕФЕРАТ ПО ЭТИКЕ ПРАВА*

*Тема: позитивное право как источник правовой морали.*

Выполнил: студент группы Ю – 01

Левчук Олесь Владиславович

Проверила: Камкия Фатима Гурамовна

*2002 г.*

ОГЛАВЛЕНИЕ

1. Аналитическая юриспруденция 2 ст.
2. Понятие социального процесса формирования позитивного права 5 ст.
3. Позитивизм и естественное право 9 ст.
4. Прагматические основы существования позитивного права 12 ст.
5. Заключение 15 ст.
6. Библиография 19 ст.

***Аналитическая юриспруденция.***

 Современная аналитическая юриспруденция является модификацией новейшего юридического позитивизма, однако в своих методологических и концептуальных характеристиках она восходит к работам Дж. Остина. С историко-философской точки зрения она предстаёт сегодня разновидностью юридико-методологического позитивизма, во многом сближающегося с юридическим позитивизмом Г. Кельзена, с модификациями юридического аналитического догматизма, юридической лингвистикой. В числе предшественников такого направления в юриспруденции обычно называют римских юристов, затем средневековых докторов юриспруденции.

 Задачи такой догматической юриспруденции общеизвестны и не требуют развёрнутых обоснований, поскольку они всегда определялись потребностями повседневной жизни и были тесно связаны с юридической практикой. Именно для этого подхода более всего характерно восприятие права как некой совокупности норм, как упорядоченной системы законов и отраслей права. При этом закон воспринимается как словесное выражение мысли законодателя. В совокупности законов имеется своя внутренняя логическая связь и своя более или менее совершенная система соподчинения и распределения. Понятно, что такая система законов не может быть последовательно логической и разумной, поэтому задача юристов и науки состоит в том, чтобы содействовать избавлению системы от противоречий и пробелов и позаботиться о более совершенном словесном и смысловом содержании юридических текстов, поскольку самая элементарная юридическая практика требует понимания и толкования законов. Из этого анализа и толкований и рождается то совокупное знание и умение, которое называют догмой права или догматической юриспруденцией. Задачи науки при таком подходе не имеют глубоких и качественных отличий от практики аналитического толкования законов в судах или правительственных учреждениях. Поэтому и сама наука – догматическая юриспруденция должна быть отнесена к разряду описательных наук.

 Критики этой ограниченности догматической науки существовали во все времена. Цицерон в эпоху расцвета римского права называл юриспруденцию знанием жидким. Мартин Лютер считал юридическую науку грязным ремеслом, которое подвержено одной задаче – разбогатеть. Родоначальник исторической школы права Гуго упрекал юриспруденцию конца XVIII в. в излишней приверженности к авторитетам, в консерватизме, в отсутствии бескорыстных научных устремлений и др. В следующем столетии эти упрёки повторялись и до наших дней. Один из основоположников социологической юриспруденции Р. Иеринг назвал её «юриспруденцией определений», т. е. приверженной старинному увлечению дефинициями и навыку схоластов. В защиту догматической юриспруденции, как необходимого в области права способа размышления, выступил в своё время Кант, справедливо заметивший, что задача юриста-догматика заключается в том, чтобы рассуждать о самом законодательстве, и в том, чтобы исполнять предписания действующего закона.

 Для догматического понимания права характерна формула «право есть повеление суверена» из «Лекций о юриспруденции, или Философии позитивного права» Джона Остина ( середина XIX в. ). Причём суверен, согласно концепции Остина, не может быть ответственным перед позитивным правом.

 В XX в. эти идеи были подхвачены и отчасти перетолкованы в работах Герберта Харта. Последний рассматривает право как формально-логическую систему «первичных» и «вторичных» правил, восходящих к так называемой высшей норме признания. Первичные правила представляют собой такие законодательные установления, которые были изготовлены суверенным органом и вследствие этого обстоятельства возникли определённые обязанности, обязательства и правомочия.

 Вторичные правила состоят из трёх разновидностей – правил признания, правил изменения и правил вынесения судебного решения. Последняя разновидность, по сути дела, предстаёт правилами о правилах, т. е. такими правилами, которым судьи, работники гражданской службы, правительственные министры и другие лица должны следовать в процессе применения или толкования закона. Правила изменения означают согласованные правила, предусмотренные на случай необходимых изменений в законе. Например, в ситуации, когда меняются законы о выборах, парламентские выборы могут в итоге привести к новому парламенту и новому правительству, которые затем могут произвести изменения в «первичных правилах».

 Более сложным выглядит толкование правил признания. Однако их роль очень важна и эти правила составляют характернейшую черту современной позитивной школы права. Закон является законом лишь при условии, если он признан таковым, поскольку он исходил из признанного, учреждённого и в этом качестве воспринимаемого источника права. Письменная конституция США отвечает правилу признания; неписаная конституция Соединенного Королевства также подчиняется правилу признания, поскольку этому правилу следуют парламент и суды. Харт утверждает, что лишь в том случае правовая система может действовать эффективно, когда существует реальное сочетание первичных и вторичных правил.

 Концепция Харта уже значительно расходится со взглядами Дж. Остина, и это объясняется не только тем, что Харт жил и творил в условиях преобладания плюралистической демократии, в новых условиях оппозиции либеральных и консервативных идей. Харт в отличие от Остина сделал ряд уступок естественно-правовой традиции и синтезировал в своей концепции некоторые элементы нормативизма Кельзена и аналитического позитивизма Остина. Ближе всего к Остину Харт стоит в вопросе об истолковании взаимоотношений права и морали.

 Данные современных социальных наук, включая и правоведение, исходят из того, что поведение людей управляется частично обычаем, частично привилегией и частично некоторыми определёнными и разделяемыми ценностями. Кроме того, члены сообщества могут испытывать влияние религиозной морали, включающей доктрины и учение церкви, а также этических принципов. Все эти разновидности могут находить и часто находят отражение в правовой системе. Позиция Харта сводится к следующему: во всех сообществах существует частичное взаимопроникновение в содержании между правовым и моральным обязательством; однако атрибуты правовых правил являются при этом более специфическими и окружены барьером их более детализированных оговорок, нежели другие сопоставляемые правила ( т. е. Моральные правила ).

 В этом вопросе, весьма традиционном для истории философии права, существуют и другие точки зрения. Так, представители карательного законодательства обнаруживают, что криминальный закон расходится с общественной моралью – многие моральные правила общества не признаются законом. С. Столяр, автор работы «Мораль и юридическое мышление», высказывает более категоричную точку зрения: «Вопреки тому, что юридические позитивисты часто утверждают, мораль не только не есть всего лишь заурядный источник права, наподобие статуса или обычая; над большей и в особенности над центральной областью права довлеет фактически применённая мораль». Компромиссное отношение Харта к естественно-правовой традиции проявилась в том, что он полагает естественное право пребывающим в состоянии продолжающейся эволюции и что в любой системе позитивного права можно обнаружить «минимальное содержание естественного права»,- например, в виде признания того обстоятельства, что при всех прочих условиях все человеческие существа являются в некотором грубом приближении равными физически и в меньшей мере равными интеллектуально.

 Большое распространение и дальнейшие модификации получила его классификация правовых правил на первичные и вторичные. Отсутствие вторичных правил, согласно Харту, есть признак правовой системы примитивного, традиционного сообщества. Там, где нет такого различия юридических правил, не существует и парламентского процесса, который оказывает обычно содействие в их различении и обособлении. Если в обществе восприняты правила признания в вышеуказанном смысле, то и чиновники, и рядовые граждане обеспечиваются тем самым весьма авторитетным критерием для идентификации первичных правил обязывающего назначения. Джон Рац, автор работы «Концепция правовой системы» суммировал эту же мысль при помощи следующего примера. Правило признания имеет отношение к деятельности законодательного корпуса как учреждения, например теми, которыми, как ожидают сограждане, этот корпус должен озаботить себя в соответствии с положениями, скажем, предвыборного партийного манифеста, и что законодатели могут быть наказаны, если они не обеспечат выполнение предвыборных обещаний в той или иной форме.

 Теоретическая Конструкция права и правовой системы Харта, доминировавшая в Великобритании в середины нынешнего века, впоследствии подверглась философской и социологической критике, особенно со стороны американца Рональда Дворкина, профессора юриспруденции в Оксфорде. В книге под названием «Если о правах говорить серьёзно» он возражал позитивистам: ни один законодатель не может позволить себе игнорировать общественные взгляды или чувство неправды, поскольку общественное мнение, как бы ни было оно переменчивым и текучим, тем не менее возводит границы вокруг той области, которую парламент и правительство могут «проигнорировать только теоретически».

***Понятие социального процесса формирования позитивного права.***

 Официальное установление или признание норм позитивного права, выраженного в законах и иных официальных источниках, происходит на базе возникновения сложившихся условий жизни общества и деятельности государства, возникающих при этом социальных потребностей, целей, ожиданий членов общества, организаций людей, органов государства, постепенного накопления опыта их удовлетворения, реализации и разрешения возникающих противоречий и т. п.

 Всякое появление новых потребностей, целей, социальных ролей и иных социальных условий и фактов, типичных для данного общества, исторического этапа развития народа. Должно также получить известное распространение и упрочение в производственной, социальной сферах и личной жизни людей, их сообществ, в деятельности органов государства прежде, чем эти потребности, цели, роли получат всеобщее признание и закрепление в законе. Зачастую такому закреплению предшествует их признание и поддержка общественной моралью, религией, практикой чиновников, государевых слуг либо политическими и иными общественными организациями, благодаря чему возникает возможность рассмотрения вопроса о правовом закреплении законами и иными решениями государства соответствующих отношений.

 Поэтому изучение становления и развития социальных процессов, вызывающих потребности правового регулирования тех или иных отношений, представляется абсолютно необходимым условием для правильного понимания формирования позитивного права независимо от того, происходит такое формирование путём спонтанного становления обычая, признаваемого затем государством правовым, либо путём постепенного накопления судебной практики, религиозных и нравственных правил, либо, наконец, законодательным установлением правовых норм государственными органами.

 Конечно практика восточных деспотий, абсолютных монархий, фашистских режимов и иных форм и исторических моделей верховной неограниченной власти включает в состав законодательства подобных государств элементы произвола, даже прямой расправы с неугодными, забвение интересов народных масс, прямое расточительство и раздачу почестей и богатств приближённым и т. п.Однако влияние законодательного произвола на правовые порядки всегда носило случайный характер, даже тогда, когда его последствия были длительными и весьма тяжкими для народов и государств. Произвол, ошибки, нелепости правителей, судей, парламентов или законосовещательных собраний не могут рассматриваться как «действующее право», поскольку они не создавали и сейчас не создают правового порядка в отношениях между людьми, правового порядка управления, устойчивого, повторяющегося процесса реализации общественных отношений. Поэтому произвол в любой его форме, начиная от указов и повеления фараонов, императоров, абсолютных монархов и кончая противозаконным творчеством властей и чиновничьим вымогательством,- по сути антиправовые установления действия. Для теории права это лишь объект отрицания и показатель социального вреда, а не критерий права.

 Реально возникающие социальные потребности и основания правового регулирования рассматриваются в правовой литературе как различные факторы, обуславливающие процесс правового урегулирования, его изменения, отмены действующих норм права. Важно при этом подчеркнуть, что речь идёт о факторах, обуславливающих правотворческий процесс и лежащих, как правило, вне самого правотворчества государства и как бы из вне детерминирующих содержание правотворчества и его результаты, т. е. само позитивное право.[[1]](#footnote-1) Социальные факторы, непосредственно влияющие на правотворческий процесс, т. е. на деятельность государства по установлению или признанию правовых норм, следует рассматривать как предпосылки правотворчества и позитивного права. Поэтому представляется необходимым характеристику различных социальных факторов формирования права рассматривать в качестве особого, социального, но ещё не оформленного юридически процесса, генетически связанного с правотворческой деятельностью государства, но не тождественного самому правотворчеству как юридически оформленному процессу и его результату – позитивному праву.[[2]](#footnote-2)

 Признание такого социального процесса, предшествующего и обуславливающего официальное позитивное право, характерно не только для марксистской концепции права, но и для таких крупных теоретических концепций права, как естественное право, историческая, психологическая и в особенности социологическая школы права, «теория интереса». Общим для всех этих правовых теорий являются поиски социального субстата, причин, порождающих нормы позитивного права, признаваемого или устанавливаемого государством. Такие теории известный венгерский юрист академик В. Пешка характеризует как генетические концепции, имеющие в виду факторы, являющиеся причиной появления правовых норм, в отличие от юридического позитивизма, ориентирующегося на раскрытие всего того, что помогает выявить правовой характер правил поведения, и ни чего более.

 Марксистская концепция права относится, несомненно, к генетическим концепциям, но в отличие от иных концепций, названных выше, она придаёт экономике, т. е. Развитию производственных сил и производственных отношений. А также классовому делению общества, определяющее значение среди социальных факторов формирования права. Советские юристы – теоретики права наряду с этим основополагающими, базисными факторами правообразования различали значение материальных и других объективных факторов, к которым относили условия жизни общества, интересы господствующего класса или всего народа; идеологические , социально – психологические представления и волевые стремления классов, т. е. общественное сознание, выражающее интересы различных классов и слоёв населения. Среди субъективных, т. е. идейных и психологических, факторов формирования позитивного права подчёркивалось значение правового сознания личности, а также формирование воли классов, стоящих у власти либо стремящихся к овладению властью. Наконец, особо выделялось формирование государственной воли господствующего класса или всего народа, выступающее как бы завершающей и решающей ступенью социального процесса формирования права, создания государством правовых юридических норм, т. е. собственно юридически оформленным процессом правотворчества.

 В советской литературе разрабатывался и несколько иной подход к пониманию факторов и процесса правотворчества ( например, в монографии «Научные основы советского правотворчества» ). Авторы этого труда в общем анализировали примерно те же объективные и субъективные факторы процесса формирования права: определяющее значение экономических факторов для возникновения правовой надстройки; формирование интересов и воли господствующего класса; обусловленность правовой формы содержанием общественных отношений; внутреннюю согласованность норм права; объективную обусловленность соотношения средств правового регулирования; социально-политические факторы правотворчества, в том числе роль КПСС в выработке правовой политики, участие масс в правотворчестве; выявление потребностей в правовом регулировании в деятельности субъектов законодательной инициативы, а также в стадии разработки законопроекта. В монографии ставились и другие важные проблемы правотворчества: прогнозирование, планирование правотворчества, законодательная техника и др.

 Все эти проблемы, несомненно, имеют отношение к правотворчеству как деятельности государства.

 Не будем касаться здесь недостатков, присущих в равной мере всем работам советского периода, неизбежно выставлявшим на первый план преимущества социализма и его права, руководства партии и т. п. и на все вопросы находившим ответы у классиков марксизма-ленинизма, подчас вполне правильно, но всячески отстраняясь или открещиваясь от проблематики буржуазных правовых теорий. Отметим лишь тот аспект предложенного подхода, который интересует нас именно в современных условиях. Так, автор первой главы названной книги проф. Р. О. Халфина исходила из того, что понятие правотворчества есть научно обоснованный процесс, представляющий собой «форму государственного руководства обществом, завершающий процесс формирования права и отражающий социальные факторы этого процесса…»[[3]](#footnote-3). Но если это так, то, по существу, речь должна была идти не о тех социальных явлениях, которые «отражаются»,а лишь о том , как они учитываются и воплощаются в правотворческой деятельности государства. Между тем Р. О. Халфина стремилась указанным понятием «охватить более широкий круг явлений, включить все сложные процессы, предшествующие решению о подготовке проекта нормативного акта, выявить потребности правового регулирования…».

 Такое понятие охватывает реальные жизненные элементы, процессы правообразования, которые «во всей их сложности» должны быть проанализированы, познаны и отражены в процессе правотворчества государства, но реально существуют и действуют вне его, но не в самой правотворческой практике.

 Те требования и потребности, которые обуславливают принятие закона и позитивного права, следует искать не в самом правотворчестве, а скорее в объектах и целях устанавливаемого государством позитивного права.

 Познание, анализ, научный подход к правотворчеству несомненно необходимы для правотворчества государства. Но эти важные средства деятельности государства не следует отождествлять с самим социальным процессом формирования норм права. Государственное правотворчество лишь завершает и отражает воздействие на формирование норм права экономики, политики, конкретных интересов и представлений о праве, конкретных условий и сложившегося образа жизни, которые будут затем закреплены законом, действующим позитивным правом.

 Допущенное же авторами названой книги смешение «познания», «изучения», «выявления» социальных факторов в процессе правотворчества с реальным существованием и влиянием социальных процессов жизни общества и разнообразной деятельности государства не дало возможности раскрыть и выделить и само понятие «социальный процесс формирования права» в отличие от его завершающей стадии – юридического процесса правотворчества, непосредственно порождающего нормы действующего позитивного права.

 Таким образом, социальный процесс формирования позитивного права – это объективно складывающееся и субъективно выявляющееся в жизни общества и государства взаимодействие, влияние разнообразных социальных факторов на формирование правовых норм; этот процесс, несомненно, смыкается с завершающей стадией – юридически оформленным процессом правотворчества государства как организованной деятельностью его правотворческих органов по созданию либо признанию и закреплению в юридически обязательной форме норм позитивного права.

 Если же весь процесс правообразования состоит лишь в познании, изучении, правильном отражении и закреплении норм права государственными органами правотворчества, хотя бы и с участием населения, науки и разнообразного практического опыта людей, то анализ такого формирования права не может достаточно глубоко и полно раскрыть реальный процесс зарождения общественной потребности в правовом регулировании и выявить разнообразные факторы, влияющие на процесс создания позитивного права и на содержание его норм.

***Позитивизм и естественное право.***

 В науке термин «право» употребляется чрезвычайно широко, как собственно в правоведении, так и в философии, социологии, антропологии. Многие учёные используют его применительно к любой доминирующей в обществе нормативной системе. В особенности это проявляется в сравнительном правоведении, которое в основном сложилось во второй половине 19 в. в русле юридического позитивизма и отчасти позитивистской социологии права.

 Их методология весьма продуктивна при анализе развитых правовых систем стран европейской цивилизации, однако приводит к достаточно спорным выводам при обращении к нормативным системам иных цивилизаций. Р.Дарвин обращает на это внимание, но предпочитает не вдаваться в дискуссию между, как он пишет, сторонниками позитивизма и естественного права[[4]](#footnote-4). Действительно, эта дискуссия имеет давние корни в европейском правоведении и приобретает в нём познавательный смысл. Однако европоцентризм, свойственный европейцам, приводит к тому, что они склонны использовать привычные понятия при исследовании иных культур. Поэтому мы пишем и читаемо юридическом позитивизме в древнем Китае и там же легко находим естественно-правовые концепции, изучаем право ислама, индуизма, древнее право, по примеру Г. Мейна, и т. д. Собственно в такого рода словоупотреблении нет ничего негативного, если пишущий и читающий понимают степень условности, конвенциальности термина права в таком контексте. Если же этого понимания нет, то мы рискуем превратить правоведение в нормологию, т. е. учение о нормах.

 В европейской цивилизации право как идея и система принципов и норм складывалось в течение длительного исторического периода – от античности до наших дней. И хотя процесс этот вряд ли можно считать завершенным, есть основания подвести некоторые итоги и показать своеобразие именно правовой нормативной системы. Истоки её лежат в античной Греции, давшей миру философию права, и Риме, создавшем разработанную систему частного права. Собственно говоря, между Востоком и Западом этого времени можно найти немало параллелей, связанных с тем, что государство и общество ещё не обособились и существовало убеждение в наличии некоего природного закона (Дао – в Китае, Логос – в Греции ). Но уже тогда проявилась разница во взглядах на принципы социальной организации. На Востоке ведущим принципом являлся патернализм, регулировавший поведение неравных, ибо не могут быть равными старшие и младшие, высшие и низшие. Однако античный коллектив, греческий полис и римский сивитас,- это общение равных на основе общей меры для всех.

 В связи с этим по-разному воспринималось соотношение морали и права позитивного.

 Восточной культуре свойственно их противопоставление как добра и зла. Закон воспринимался как нечто внешнее и навязываемое людям. Поэтому он либо вреден как, у Конфуция, ибо человек добр по природе, либо необходим, как у Шан Яна, для обуздания пороков злых по природе людей.

 В античной же традиции мораль и позитивное право объединяются одной общей справедливостью. Отдельные несправедливые законы возможны, но сам порядок, основанный на законах, внутренне справедлив. Жить по закону – значит жить справедливо.

 Принцип равенства дополнился принципом индивидуальной свободы и, соответственно, субъективного права только в Новое время. Но социальные и культурные предпосылки для этого создавались в течение всего средневековья. Право продолжало пониматься не столько как команда властей, сколько как совершенный нравственный образ жизни.

 В новое время заподноевропейское правопонимание дополнилось принципиально важной идеей автономности личности, как таковой, и соответственно идеей субъективного права, которой не существовало на Востоке. Понятие субъективного права не известно ни китайцам, ни японцам[[5]](#footnote-5). Мыслители Нового времени источник естественного права видели уже не в универсальном законе природы или божественном разуме, но в самой природе человека.

 Осознание автономности личности произошло в условиях распада феодальных сословий и корпораций, когда индивид освобождался от опеки со стороны коллектива и начала складываться идея субъективного права как эманации индивидуальной воли. Рост права предполагает индивида, наделенного личной свободой и несущего личную ответственность. Право, таким образом, обеспечивает солидарность индивидуалистического, или открытого общества. Оно, по крайней мере в идеале, призвано обеспечить индивидуальный и общий интересы.

 Именно с Г. Гроция право начинает выводиться из природы атомизированного индивида. «Мать естественного права есть сама природа человека»[[6]](#footnote-6), - постулирует он. В сущности всем теориям естественного права этой эпохи в большей или меньшей степени свойствен индивидуализм, а само общество представлялось в виде совокупности автономных индивидов. Поэтому позитивное право предназначалось либо для подавления чрезмерного эгоизма людей, как, например, у Гоббса, либо для расширения и обеспечения индивидуальной свободы, как, например, у Локка и других либералов. Но все естественно-правовые теории объединяются рядом общих черт. Во-первых, наличие норм естественного права отнюдь не отрицает необходимости и ценности норм позитивного права, источником которого является воля суверена, получившего право законодательствовать в результате общественного договора. Во-вторых, естественное право не столько рассматривается как критерий права позитивного, сколько выступает в единстве с ним. В-третьих, нормы естественного права чаще всего отождествляются с основными принципами частного права, естественно рождающимися в отношениях между людьми как частными лицами. Так, Гроций относит к ним такие требования, «как воздержание от чужого имущества…, возвращение полученной чужой вещи и возмещение извлечённой из неё выгоды, обязанность соблюдения обещаний, возмещение ущерба, причинённого по нашей вине, а также воздаяния людям заслуженного наказания».

 В-четвёртых, нормы естественного и позитивного права выступают как некие рационально- этические принципы, следовать которым есть веление правового разума. Позитивное право, таким образом, получает морально-рациональную легитимацию.

 Итак в Новое время общество и государство начинают анализировать как феномены, не совпадающие друг с другом. Причём общество, порождающее нормы естественного права, требует защиты со стороны государства. Поэтому публичное право, в известной степени отождествляемое с государством, носило субсидиальный характер в том смысле, что оно должно было создать условия для действия права частного, легализировать и ограничить само государство как средоточие реальной политической власти, могущей использоваться как во благо, так и во вред обществу. Таким образом, и общество, и государство воспринимаются как правовые феномены.

***Прагматические основы существования позитивного права.***

 Под позитивным правом имеется в виду действующие в данном обществе право, рассматриваемое в аспекте его конкретно-определённого содержания и формы, т. е. таким, каким оно непосредственно выступает в качестве регулятора поведения людей, объединённых в единое государство или протогосударственное общество: сельскую общину, орду кочевников-скотоводов, раннегреческий полис, древневосточное царство и т. п. В данном аспекте право выступает как фактически существующий в обществе антологический феномен бытия, определяющий порядок повеведения граждан или подданных государства либо населения протогосударственных образований. Однако в основе государственного порядка лежат, как правило, аксиологические принципы, выработанные практикой общения, прежде всего разрешения противоречий, споров, возмещения «обид», восходящие к единым религиозным или иным идеологическим убеждениям, которые выражают интересы различных классов, страт или групп населения, делящегося по видам занятий, и лежат в основе существования членов данной социальной группы, класса и, в конечном счёте, единого общества и государства.

 В процессе создания и использования права его сущность познаётся людьми значительно позже, чем возникают и упрочиваются практически необходимые правила поведения. Само же право выступает именно в виде признанных и единых, обязательных для всего общества правил поведения, влекущих за собой упрочение социальных обязанностей, повинностей, а также притязаний членов общества на предоставление им известных прав, привилегий, доли общественного достояния, или плодов собственного производительного труда, или деятельности по обмену товарами, роли в семейном хозяйстве и бытовых отношениях.

 Таким образом, право возникает на основе убеждений, оценок и стремлений людей в сфере их практической деятельности, взаимодействия людей в различных обществах, перешедших или совершающих переход от родо-племенного строя к разноплеменным обществам.

 При этом, естественно, такое общество, объединяющее население определённой территории либо сплочённое едиными формами и средствами существования, должно руководствоваться едиными для всех идеями, представлениями о порядке взаимоотношений между членами общества.

 Такими представлениями служили на ранних этапах становления государств религиозные заповеди древних народов, переходящих к производящим формам хозяйства, какими явились земледелие, скотоводство, ремёсла и обусловленные ими формы семьи, управления общими делами, хозяйством, нужды военной защиты и завоевания новых территорий. Примером могут служить заповеди Библии и христианства.

 Лишь позднее эти религиозные основы права дополнились нормами государственности и наукой. Такие светские дополнения, отнюдь не порывавшие с теологическими воззрениями о праве, наиболее известны нам с эпохи античных государств Древней Греции и Рима.

 Но и глубокое познание сущности права философскими учениями античности, а затем средних веков и Нового времени не могло отрываться от практических требований

жизни людей современной им эпохи. Ведь право должно было всегда давать ответ на вопросы о реальном поведении людей, вытекать из потребностей их повседневной жизни: из форм присвоения результатов производства, отношений по труду, обмена средствами существования и продуктами труда; из складывающихся форм управления делами общины, государства; из сложившихся форм семьи и отношений между её членами и родственных связей; из представлений о правильном, допустимом, о наказаниях за преступления и т. п .

 Поэтому результатом религиозных, идеологических, научных и философских теорий о праве, его значении и сущности в том или ином обществе должны были быть и всегда являлись представления о содержании и формах правовых, обязательных, признанных и защищаемых государством норм, правил поведения людей; о формах и средствах управления общими делами; о правах и обязанностях каждого человека и образуемых людьми групп, кланов, классов, общин, каст и иных сообществ.

 Вот такие представления, идеи и целые учения о праве, реально существующие и

действующие в том или ином цивилизованном обществе, и дают основу позитивному праву как реальному средству регулирования поведения людей, составляющих, в конечном счёте, подобное общество.

 Структура содержания норм позитивного права исторически обогащалась: от простейшего выражения и накопления отдельных разрозненных «приказов», «приговоров»,выносившихся верховной властью, судами по разным вопросам, до закрепления различных общих положений, принципов правового поведения граждан, власти и чиновников государства. Как в современном мире, так и в прежние эпохи человеческой истории позитивным правом признавались и презюмировались некие общие положения, принципы, сложившиеся обычаи, традиции, как бы лежащие в основе

конкретных государственных правовых норм. В прежние времена эту роль выполняли религиозные заповеди и постулаты Библии, Корана, источников различных иных вероучений.

 В древнем Китае, Японии такими общими постулатами признавались нравственные учения. В современном мире религиозные нормы поведения также не утратили значения общих принципов и постулатов для правового поведения людей.

 В международном праве общепризнанные принципы и нормы договоров служат основой не только общих норм, но и для разрешения конкретных споров и конфликтов. Общие принципы права рассматриваются в качестве источника прецедентного права в англосаксонских странах.

 Наконец, в современном мире на основе международного признания сложились и

всё более упрочиваются принципы и нормы о правах человека, которые признаются обязательными для государств – членов ООН и иных международных организаций.

Поэтому права человека, их осуществление и защита не только служат общим идеологическим принципом, нравственной основой права, но также входят через международные пакты, конституции современных государств в состав действующего позитивного права, признанного и защищаемого государствами – членами мирового и регионального сообществ.

 В состав действующего позитивного права входят также права, обязанности и ответственность, вытекающие из конкретных договоров, а также обычаев, не противоречащих закону, допускающему правоотношения по свободному волеизъявлению сторон. Такие конкретные, принятые на себя сторонами обязательства

в современном мире имеют важное значение для осуществления принципа индивидуальной свободы, являющейся основой демократического строя. К ним относятся свобода гражданского правового и трудового договоров, а также договорные обязательства публичного права между центральными органами федерации как единого

государства в целом и членами федерации или между автономными образованиями и центральной властью.

 Таковы наиболее важные основы и состав позитивного права современных государств и международного общения между ними, а также между организациями и гражданами различных государств, сложившиеся в ходе мировой истории.

***Заключение.***

 «Отцы» социологии О. Конт, Э. Дюркгейм пытаются объяснить поведение человека, группы, масс законами, аналогичными законам физики, механики[[7]](#footnote-7). На человека можно воздействовать извне, изменять поведение. Включение человека в систему разнообразных социальных связей назвали социализацией.

 Таким образом, человек, в соответствии с этой теорией, превратился в объект воздействия на него внешней среды, стал «результатом» математического уравнения, в котором все составляющие величины могут быть просчитаны и учтены. Так возникло представление о социальных требованиях к человеку, или социальных нормах.

 Казалось, что в рождающемся массовидном обществе второй половине XIX – начала ХХ веков ( нового типа общества, где развивается крупное производство, используется массовый труд и развиваются столь же массовые формы досуга, образования, развлечений и т. п. ) социальные нормы – гарантия упорядоченности. Так называемое нормирование стало проникать всюду: норма труда, норма необходимого потребления, норма здоровья, нормативы в проектировании массовых жилищ, городов, вокзалов, больниц, школ. Возникла иллюзия, что норма – основа цивилизации.

 Нормативизм проник и в право, став одним из направлений позитивизма, тем более, что здесь для него очень благоприятная почва.

 Позитивизм в праве имеет двоякий смысл. Если иметь в виду право в широком смысле слова, то понятия «положительное», «позитивное» применимы к различным разновидностям права: религиозному праву, обычаю, ритуалу, морали. Иначе говоря, положительным правом охватывается всё то, что устоялось, принято, догматизировано. В этом же смысле классическим положительным правом является римское право.

 Несколько иной смысл придаётся позитивному праву, начиная с XIX века, с появлением философского позитивизма. Здесь правовой позитивизм относится уже к реально существующему юридическому праву, праву в узком значении слова, праву государственному.

 В отличие от философского позитивизма, опирающегося на данные естественных наук, позитивизм в праве опирался на укоренившееся в обществе классическое право, отвергающее и осуждающее общественно-правовые учения с присущими им разнообразными способами интерпретации правоотношений, включая религиозно-нравственные. Юридический позитивизм отказывается оперировать знаниями, методами, проверенными на истинность. Один исследователей этого направления – Г. В. Мальцев – пишет о том, что потери тут были огромные. Утрачен предмет права, плохо укладывающийся в рамки «чистого опыта». Наука превратилась в некий своеобразный конгломерат знаний, который одни называют юридической техникой, юридической инженерией, другие – искусством, третьи – чистым учением о праве и т. п.[[8]](#footnote-8)

 В то же время позитивистским в правопонимании становится признание причинно-следственного механизма, лежащего в основе в ньютоновской физической картины мира.

 Юридико-позитивистское мышление в качестве причины изменения правовых отношений мыслит саму юридическую норму, независимо от того, насколько она адекватна жизненным реалиям; при этом основой всякого правопорядка это мышление считает такое отношение к норме, которое считает её догмой, не требующее доказательств. Таким образом, фетишизация юридических законов, догматизация существующих правовых норм в широких масштабах – есть то, что, по модели позитивного права, способно обеспечить социальное равновесие.

 Позитивистская позиция по своей природе консервативна. Она догматизирует не только юридические законы, но и лежащие в их основе социальные нормы. Представители нормативистского направления в праве ратуют за полное очищение закона и правовой нормы от следов их социального происхождения, они рассматривают норму как чистый продукт человеческого интеллекта[[9]](#footnote-9).

 Другим направлением позитивизма в праве стал логический позитивизм, или юриспруденция понятий, выдвигающие на первый план логическую безупречность юридических суждений и конструкций. И здесь логика разума, интеллекта затмила логику жизни.

 Пытаясь восстановить утраченную связь между логикой закона и жизнью, представители неопозитивизма ( Р. Карнап, Г. Л. Харт ) выдвинули теорию конвенциализма, то есть рассмотрения права «как они его представляют», конвергенции позитивного права с нормами естественного права, «которые законодатель должен соблюдать».

 Сами нормы исследователи неопозитивистской школы стараются освободить от их догматизированности. Для этого они вносят разнообразие, предлагая два типа норм:

* Первый тип – законодательные установления, требующие от людей действовать или воздерживаться от действия;
* Второй тип – совокупность норм, определяющих процессы создания, изменения и функционирования норм первого типа. Эти нормы, в свою очередь подразделяются на: а) нормы признания; б) нормы изменения; в) нормы процесса.

 Позитивизм в целом неоднороден. Он может быть подразделён на три группы учений, существующих в разных стран и в разное время, различающихся по сферам правового опыта.

 Этатический позитивизм мыслит право как инструмент и форму осуществления государственной политики.

 Социологический позитивизм стремится вскрыть социальные источники правовых государственных актов с помощью изучения интересов, нужд людей; расширяет правовую основу за счёт включения в её сферу разнообразных общественных отношений.

 Антропологический позитивизм как научная школа в праве пытается охватить внешним регулированием психологические схемы поведения человека, его биологические механизмы, его этнос. Эта сфера была всегда во власти естественного права, религии, морали. Но современный позитивизм пытается и её захватить.

 Итак, трём разновидностям юридического позитивизма соответствуют три сферы правовой действительности: государство, общество, человек.

 Своё развитие и обоснованность позитивное право получило в эпоху возникновения массового общества, становления индустриальной цивилизации, требующей адекватной формы управления, регулирования, манипулирования массовым поведением. Единая управленческая функция в этих условиях реализуется государством, которому требуются единые унифицированные рычаги, роль которых и выполняет право.

 В рамках индустриальной цивилизации человек рассматривается как объект воздействия со стороны государства, вне заботливого ока которого он не знает своей пользы. При этом предполагается, что законотворческий орган в лице государства лучше знает, что человеку нужно.

 А ведь Человек, существо изначально свободное. Он только часть своей свободы уступил внешней управленческой структуре во имя всеобщего компромисса. И, следовательно, он позволил управлять только частью своего «Я», оставив остальное неприкасаемым. Это остальное есть человеческая индивидуальность, которая продолжает быть свободной и в этом своём амплуа совершать неподдающиеся расчёту действия по своему спасению. Человек никогда не сможет примириться с ролью элемента в той совершенной социальной системе, в которую его загоняет позитивистски понимаемое право. Внутренний мир человека обречён на вечное соперничество с накладываемыми на него внешними веригами.

 Современный социальный психолог, социолог, как и позитивист-юрист убеждены, что человек может присвоить внешние условия игры, интериоризировать их и стать рабом-добровольцем, убеждённым,что всё так, как он сам хотел бы.

 С. С. Алексеев пишет о том, что в праве позитивном он видит «социальную подсистему обеспечивающую такую непрерывную динамику функционирования общества, при которой достигается постоянное и стабильное воспроизводство и, следовательно, сохранение и утверждение выраженных в праве социальных ценностей, условий и механизмов его функционирования, в том числе – сохранение и утверждение границ свободы в поведении людей»[[10]](#footnote-10).

 Распространённость нормативистского мировоззрения ощущается и сегодня. По-прежнему сохраняется убеждение, что с помощью хороших законов можно изменить ситуацию.

 Понятно, что детально прописанная норма облегчает жизнь, делает поведение прозрачным, то есть понятным и предсказуемым. Мечту о таких нормах показали авторы таких социальных утопий А. Платонов, Дж. Оруэлл.

 Абсолютизация правовой нормы, понимаемая как попытка охватить ею всё, приводит к изгнанию нравственного начала из человеческой жизни как архитектурного излишества. Мораль как нравственность исчезает, остаётся мораль как правило поведения, как технологический приём, без которого не обойтись в организованном общественном функционировании. Правовая этика превращается в юридическую нормативистику как образ социальной метатехнологии, или в конвенциональную мораль.

***Библиография:***

1. Государство иправо, 2000, № 3, с. 5 – 11.
2. Проблемы общественной теории государства и права : учебник для юридических вузов / В. С. Нерсесянц. Издательская группа Норма – Инфра – М, 1999.
3. Научные основы советского правотворчества. М., 1981.
4. Давид Р. основные правовые системы современности. М., 1988.
5. Гроций Г. О праве войны и мира. М., 1994.
6. Теория права и государства. М., 1996.
7. Алексеев С. С. М., 1999.
1. Это подчёркнуто в следующих работах: Степанян В. В. Теоретические проблемы правообразования в социалистическом обществе. Ереван, 1968. С. 48 – 49; Нашиц А.. Правотворчество. Теория и законодательная техника. М., 1974. С 7 – 11.

 [↑](#footnote-ref-1)
2. Смотреть об этом: Правотворчество в СССР. М., 1974. С. 5. [↑](#footnote-ref-2)
3. Научные основы советского правотворчества. М., 1981. С. 7. [↑](#footnote-ref-3)
4. Давид Р. основные правовые системы современности. М., 1988. [↑](#footnote-ref-4)
5. Инако Цунэо. Современное право Японии. М., 1981. С. 33. [↑](#footnote-ref-5)
6. Гроций Г. О праве войны и мира. М., 1994. [↑](#footnote-ref-6)
7. Дюркгейм Э. Социология. М.: Канон, 1995. [↑](#footnote-ref-7)
8. Теория права и государства. М., 1996. С. 40. [↑](#footnote-ref-8)
9. Тихонравов Ю. В. Основы философии права. М,: Вестник, 1997. [↑](#footnote-ref-9)
10. Алексеев С. С. Философия права. С. 31. [↑](#footnote-ref-10)