

ПРАВО

УДК 340

СУЩНОСТЬ ПРАВА В ТЕОРИИ ПРАВОГЕНЕЗА

© Оксана Николаевна ДУБОВИЦКАЯ

Тамбовский государственный университет им. Г.Р. Державина, г. Тамбов, Российская Федерация, аспирант кафедры теории государства и права, e-mail: o.dubovitskaya@bk.ru

В статье анализируются наиболее актуальные проблемы теории правогенеза. Рассматриваются теории, раскрывающие процесс возникновения и развития права. Исследуется сущность права и механизм его функционирования в обществе.

Ключевые слова: теория правогенеза; сущность права; регулятор общественных отношений.

Социальные институты всегда имеют историю, продуктом которой они являются. Невозможно познать институт, не понимая исторического процесса, в ходе которого он возник. Однако все социальные явления отличаются важной особенностью: в отношении подавляющего большинства из них нельзя указать с определенностью тот день, год, а иногда и столетие, когда они появились. Процесс их образования происходил постепенно и по протяженности занимал большой промежуток времени. Все это в полной мере можно отнести и к процессу развития права.

Анализ процесса возникновения и развития права позволяет глубже понять его сущность и механизм функционирования в обществе. «Право сегодняшнее родилось из вчерашнего и породит завтрашнее», – абсолютно верно заметил К.Е. Сигалов [1, с. 30].

До сих пор проблема происхождения права является дискуссионной, что обусловлено, на наш взгляд, несколькими причинами. Во-первых, ощущается явный дефицит достоверных исторических данных, что дает возможность выдвигать самые различные гипотезы. Во-вторых, версии происхождения права во многом зависят от идеологических и философских позиций исследователя.

В свете обозначенной тематики, целесообразным видится обращение к исследованию проблем теории правогенеза, раскрывающим процесс возникновения права, его происхождения и становления как специфического

явления и регулятора общественных отношений.

Право неразрывно связано с существованием человеческого общества, следовательно, условия возникновения права являются условиями социальными. Между тем человеческое существование всегда протекает в контексте порядка, управления, стабильности. Социальный порядок возникает как продукт человеческой деятельности. Причины возникновения, поддержания и передачи социального порядка раскрываются в теории институционализации. Любое действие, которое часто повторяется, становится образцом, осознается как образец и может быть совершено в будущем тем же образом и с тем же практическим усилием. Институционализация имеет место везде, где осуществляется взаимная типизация опривыченных действий. Любая такая типизация есть институт. Институты контролируют человеческое поведение, устанавливая определенные образцы. Первичный социальный контроль задан самим существованием института, и дополнительные механизмы санкций требуются лишь в том случае, если процессы институционализации не вполне успешны. «Институционализация начинается при взаимодействии уже двух субъектов. На этой стадии ее результатом является возможность предвидеть действия другого. По мере присоединения к взаимодействию все новых лиц его характер меняется. Институциональный мир, существовавший в начальной ситуации, те-

перь передается другим, совершенствуется и обретает историчность. И как следствие возникает новое качество – объективность. Это означает, что сформировавшиеся институты воспринимаются независимо от тех индивидов, которым довелось воплощать их в данный момент. Институты теперь воспринимаются как образования, обладающие своей собственной реальностью, с которой индивид сталкивается как с внешним и принудительным фактом. Но человек и его социальный мир взаимодействуют друг с другом. Продукт оказывает обратное воздействие на создателя». Таким образом, взаимосвязь между человеком-творцом и социальным миром – его продуктом является диалектической [2, с. 130].

Общесоциальные условия возникновения права можно подразделить на социопсихические и социокультурные. Право, как порядок должного, принципиально отличается от природного порядка, в котором долженствование отсутствует. Явления природного порядка таковы, каковы они есть. Право, как сфера должного и возможного в реальном поведении, не имеет бытия вне субъектов, обладающих определенными интеллектуальными, эмоциональными и волевыми возможностями и создающих право в актах intersubjectивной экстернализации. Право есть продукт жизненного мира человека. Поэтому социопсихическими условиями права являются возникновение у индивидуумов способностей: 1) понимать идеальный смысл правил должного поведения, выраженных в общеобязательных нормах, образуемых путем истолкования, интерпретации внешних, знаковых форм их выражения; 2) признавать их (прямо или опосредовано) в качестве необходимых оснований своих внешних поступков (совершать акты ценностной легитимации и опознавать имевшую место социальную легитимацию) и 3) самостоятельно действовать, реализовывать вытекающие из них (норм) полномочия и обязанности. К социокультурным условиям относится наличие в обществе самих объективированных, общественно значимых и общеобязательных правил поведения, вытекающих из правовых текстов, определяющих права и обязанности членов социума и выступающих в качестве общественно значимых ценностей, своеобразных культурных кодов, способных властно воздейство-

вать на поведение субъектов. В свете вышеизложенного ясно, что искомые правила поведения являются результатом типизации, экстернализации, институционализации и легитимации поведения самих социальных субъектов [3, с. 229].

Необходимо иметь в виду еще один аспект проблемы правогенеза – его связь с процессом этногенеза. Теория этногенеза получила широкую известность благодаря трудам Л.Н. Гумилева. Ученый определил этнос как коллектив людей (динамическая система), противопоставляющий себя всем прочим аналогичным коллективам («мы» и не «мы»), имеющий свою особую внутреннюю структуру и оригинальный стереотип поведения. Для самосохранения этнос вырабатывает социальные институты, характер которых в каждом отдельном случае обусловлен обстоятельствами места (географическая среда) и временем (стадия развития). Универсальным критерием отличия этносов друг от друга является стереотип поведения, который передается по наследству, но не генетически, а через механизм сигнальной наследственности, когда путем подражания перенимаются поведенческие стереотипы [4, с. 20-21].

Даже при снижении жизнедеятельности этноса социальные институты продолжают существовать, иногда переживая создавший их этнос. Так, римское право, благодаря рецепции, возродилось в Западной Европе [5, с. 27].

В правоведении продолжает оставаться господствующей точка зрения, согласно которой возникновение права связано с определенным экономическим состоянием общества, предполагающим наличие высокого уровня обменных процессов, частной собственности. Согласно данной позиции до возникновения государства не могло возникнуть и право, т. к. процессы возникновения права и государства протекают одновременно. Сторонники этой точки зрения утверждают, что в первобытных обществах существовала нормативная система, основанная на запретах, при отсутствии прав. Данный подход может быть охарактеризован как правовой этатизм [6, с. 113].

В современной российской науке отношение к данной проблеме, по-видимому, меняется. «...Право гораздо старше государст-

ва, – пишет, например, В.Г. Графский. – Сегодня эта истина сделалась общепризнанной» [7, с. 12]. Что касается современной западноевропейской науки, то там подобный подход доминирует. «Нам не известны периоды в истории народов Запада, когда бы правового порядка не было вовсе», – подчеркивает Г.Дж. Берман [8, с. 54].

Однако, государство можно рассматривать как специфическое условие для возникновения цивилизованного права. С возникновением государства право вступает в новый этап своего развития. Оно становится более формализованным и системным. Возникает возможность прибегнуть в случае необходимости к мерам государственного принуждения.

Тем не менее, очевидно, что до становления права таким, каким мы знаем его сегодня оно прошло длительный исторический путь развития. В данном процессе весьма условно можем выделить три этапа.

Хронологические рамки первого этапа трудно обозначить, однако говоря о завершающем периоде, можно указать, на IX–XI вв. Применительно к предоставленной стадии допустимы разнообразные названия, такие как право кулачное, племенное, народное, обычное, варварское, примитивное, вульгарное архаичное и др. Главной особенностью права в первоначальной фазе своего развития является то, что нормы человеческого общежития имеют локальный, местный характер, кроме того, они вырабатываются самим народом. Догосударственное право объективировалось в устные формы (устные правовые тексты) и существовало как устное право. Такое право, по мнению французского антрополога Н. Рулана, имело не только слабые, но и сильные стороны, в частности, устная форма объективации являлась препятствием на пути отчуждения права от индивидуума [9, с. 31].

Правила (нормы) поведения в доклассовом, догосударственном обществе не могут быть отнесены ни к категории правовых, ни к категории моральных норм. Это, по мнению известного этнографа и историка первобытности А.И. Першица, «мононормы» – единые, еще нерасчлененные специфические нормы первобытного общества, а «право возникает на следующем этапе развития общества, в его классовой, государственной

организационной форме» [10, с. 15]. Эту идею не критически поддерживали ряд ученых-юристов [11, с. 83].

Тем временем существует и в корне противоположная точка зрения, согласно которой мононормы – это научный вымысел, фантазия ученых, а не реальность. Более того, многие наши современники тоже не задумываются над тем, какую норму они исполняют. Такие императивы как «не убий», «не кради», «не лги» и т. п. соединяют в себе и религиозную заповедь, и моральную максиму, и правовое требование, являются тем, другим и третьим одновременно [12, с. 55].

Далее по мере развития экономики и специализации общественного труда, а отсюда – неумолимой дифференциации общества, появилась вторая стадия развития права, датировать которую можно начиная с IX–XI вв. по XIII–XV вв.

Следующим этапом развития права следует считать развитое или общегосударственное право. Его возникновение можно отнести к XVI–XVII вв. (Англия – XVI в., Германия – XVII в., Россия – XVIII в.). В современном мире повсеместно распространено общегосударственное право кроме, пожалуй, центральной части Африканского континента.

По мнению О.В. Мартышина, формирование права шло по нескольким направлениям. В рамках первого направления предполагается, что право выросло из обычая. Второе направление формирования права было связано с деятельностью судебных органов (жрецы, монархи или их представители). И, наконец, третье направление формирования права: деятельность самой государственной власти по созданию нормативных актов [13, с. 12].

В философской и юридической науке существует ряд теорий, имеющие обособленный взгляд на процесс возникновения права и его сущность. Остановимся на наиболее известных.

1) *Теория естественного права* (Аристотель, Цицерон, Т. Гоббс, Х. Вольф, Ж.-Ж. Руссо и др.). Всякий представитель естественно-правового учения отталкивался от своих «аксиом» в вопросе происхождения права. Сторонники этой теории считают, что параллельно существуют позитивное право, созданное государством путем законодательной деятельности, и естественное право. До на-

чала буржуазной эпохи господствующим был взгляд о божественном происхождении естественного права как высшего и неизменного. С наступлением капиталистических отношений многие мыслители перестали связывать естественное право с именем Бога, так как полагали, что право вытекает из неизменной природы человека, из присущей людям вечной справедливости и нравственных начал [14, с. 44; 15, с. 236-239].

2) *Договорная теория права* (Дж. Локк). Право, по мнению сторонников рассматриваемой теории, присуще человеку от рождения. Однако любой закон нуждается в гарантиях. Люди отказались от права самостоятельно обеспечивать свои естественные права и договорились создать государство, имеющее право создавать законы, снабженные санкциями [16, с. 123].

3) *Теологическая теория* (Ф. Аквинский). При ее анализе не следует забывать о том, что данная теория, несомненно, «дитя» своего времени, хотя и сегодня в некоторых мусульманских странах наблюдается господство религиозной идеологии. Центральной ее идеей является утверждение о том, что право создано Богом для регулирования жизни людей и что оно даруется человеку через пророка или правителя [17, с. 62].

4) *Примирительная теория* (Г. Берман, Э. Аннерс). Ее сторонники полагают, что право начало зарождаться не для урегулирования отношений внутри рода, а для упорядочения отношений между родами. Именно из договоров о примирении возникло примирительное право. Со временем договор примирения в силу повторения ситуаций постепенно перерос в правила, правовые нормы [8, с. 54].

5) *Патриархальная теория*. Представители данной школы – Аристотель, Н.К. Михайловский, М.Н. Покровский. Из патриархальной семьи как первоначальной ячейки общества произошли все другие общественные образования, включая государство и право. Право – естественный, неотъемлемый элемент государства, который возникает вместе с государством и исчезает, когда исчезает государство [18, с. 38].

6) *Историческая школа права* (Ф.К. Савиньи, Г. Пухта). Сторонники этой школы утверждали, что право не создается законодателем, оно появляется самопроизвольно в

результате развития национального духа, народного сознания примерно так же, как появляется язык народа, его манеры и физические характеристики людей» [19, с. 33].

7) *Теория насилия* (Е. Дюринг, К. Каутский). Причины возникновения права сторонники теории насилия трактуют таким образом, что право всегда образуется в результате какого-либо акта насилия (в древности это было, например, завоевание, порабощение одних племен другими) [20, с. 71].

8) *Нормативистская теория*. Создатель данной теории права Г. Кельзен выводил право из самого права. Право, утверждал он, не подчинено принципу причинности и черпает силу и действенность в самом себе. Для Г. Кельзена проблемы причин возникновения права вообще не существовало [21, с. 84].

9) *Классовая теория* (К. Маркс и Ф. Энгельс). Сторонники данной теории отмечают, что история человеческого общества была историей классовой борьбы. Господствующий класс видоизменяет обычаи в свою пользу, а если нужно, то и целенаправленно создает необходимые для достижения своей цели законы. Корни права лежат в экономике, в базисе общества. Поэтому право не может быть выше экономики, оно становится иллюзорным без экономических гарантий [22, с. 24].

10) *Теория специализации*. Речь в данной теории идет о появлении развитого права. Причины возникновения права приверженцы теории специализации видят в объективно сложившейся реальности. «Во-первых, семья как производственная и экономическая единица стала уступать место предпринимательским объединениям, основанным на капитале отдельных лиц. Во-вторых, увеличивались знания об обществе, и религиозные воззрения были во многом подорваны» [23, с. 232].

11) *Психологическая теория*. Согласно основоположнику данной теории Л.И. Петражицкому, право берет начало в психике людей, в «императивно-атрибутивных правовых переживаниях» [24, с. 217]. Определенную самобытность можно заметить в версии З. Фрейда о происхождении права. Так, согласно ходу его размышлений, цивилизованному обществу предшествует первобытная орда. З. Фрейд пишет о полном беспорядке всех членов орды перед отцом – деспотом, который единственный имеет право на

все, остальные же равны в своем бесправии. Отношение мужской части первобытной орды к ее главе характеризуется амбивалентностью, т. е. любовью и ненавистью одновременно, и, в конце концов, вторая составляющая берет верх, и они убивают главу семейства. Однако вскоре возникло чувство вины и раскаяния, и то, чему он мешал прежде своим существованием, они стали сами себе запрещать, «они создали табу». Из психологической потребности индивида повелевать или повиноваться выводил необходимость создания государства и права австрийский психиатр З. Фрейд. «Предписания табу были первым правом» [25, с. 53].

А.Б. Карабанов пишет, что, рассматривая вопросы происхождения права, З. Фрейд использует по сути уже известные концепцию естественного состояния и теорию общественного договора. Но при этом в качестве основного и единственного источника общественного договора З. Фрейд выделяет иррациональную сферу людей [26, с. 9].

Рассмотренные теории, разумеется, не исчерпывают всего многообразия взглядов исследователей на происхождение права и его сущность, в научной литературе встречаются и другие мнения по данному вопросу, в связи с чем, безусловно, рамки настоящей работы делают затрудненным усвоение всего объема.

Тем не менее, в заключение отметим ряд положений, которые, как представляется, являются характерными для современных взглядов на сущность и генезис права.

Во-первых, подавляющее большинство современных исследователей исходит из того, что право не является результатом божественного разума, общественного договора или завоевания одних народов другими. Некоторые из этих факторов (например, договор или насилие) могут сыграть определенную положительную роль в возникновении какого-либо конкретного правового режима, но им не следует придавать универсального значения при объяснении причин возникновения права вообще. Данные социальные явления есть закономерный результат развития самого первобытного общества, в недрах которого объективно складываются необходимые для этого условия. «Формирование права, — отмечает С.С. Алексеев, — длительный исторический процесс, который прошел ряд

этапов, осложняемых к тому же особенностями соответствующей цивилизации, спецификой развития той или иной страны» [27, с. 42].

Во-вторых, исследуя процесс происхождения права, многие современные исследователи связывают этот процесс с неолитической революцией, под которой понимается переход человечества от присваивающей экономики к производящей. Подобный переход произвел настоящую революцию в жизни первобытных людей. Он повлек за собой разложение первобытнообщинного строя и возникновение государства и права.

В-третьих, говоря о неразрывной связи государства и права, можно с полной уверенностью сказать, что каковым по своей сущности и назначению является государство, таковым будет и право. Какова социально-классовая роль в обществе государства, такой будет и роль права. При этом следует отметить, что государство и право сохраняют определенную самостоятельность. Если государство издает правовые акты, обеспечивает их соблюдение и в случае неисполнения содержащихся в них требований применяет принудительную силу, то право, в свою очередь, активно воздействует на государство путем установления обязательных для всех его органов, должностных лиц и организаций правил поведения. Право закрепляет существующий в той или иной стране государственный и общественный строй.

В-четвертых, независимо от типа, формы или просто привходящих обстоятельств по отношению к государству и обществу право по своей сущности всегда выступает как регулятор сложившихся в обществе экономических, политических и иных отношений.

1. Сигалов К.Е. Историческое бытие права // История государства и права. 2009. №5.
2. Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. М., 1995.
3. Поляков А.В. Правогенез // Изв. вузов. Правоведение. 2001. № 5.
4. Гумилев Л.Н. Этносфера: история людей и история природы. М., 2008.
5. Грищенко Л.Л. Рецепция права // Государственная власть и местное самоуправление. 2004. № 1.
6. Мамут Л.С. Этатизм и анархизм как типы политического сознания. М., 1989.

7. *Графский В.Г.* Всеобщая история права и государства. М., 2008.
8. *Берман Г.Дж.* Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999.
9. *Рулан Н.* Юридическая антропология. М., 1999.
10. *Думанов Х.М., Перциц А.И.* Мононорматика и начальное право (Статья первая) // Государство и право. 2000. № 4.
11. *Венгеров А.Б.* Теория государства и права. М., 2008.
12. Проблемы общей теории права и государства / под ред. В.С. Нерсесянца [и др.]. М., 2002.
13. *Мартышин О.В.* Метафизические концепции права // Государство и право. 2006. № 2.
14. *Руссо Ж.-Ж.* Об Общественном договоре, или принципы политического права. М., 1998.
15. *Осокин Р.Б.* О необходимости разработки концептуальных основ противодействия преступлениям против общественной нравственности // Вестник Тамбовского университета. Серия Гуманитарные науки. Тамбов, 2011. Вып. 3 (95).
16. *Локк Дж.* Избранные философские произведения: в 2 т. М., 1980.
17. *Аквинский Ф.* Сочинения. М., 2002.
18. *Покровский М.Н.* Избранные произведения: в 4 т. М., 1965–1967.
19. *Савиньи Ф.К.* О призвании нашей эпохи в законодательстве и юриспруденции. Спб., 1814.
20. *Каутский К.* Общественно-исторические очерки. М., 1986.
21. Чистое учение о праве Ганса Кельзена / пер. С.В. Лезов. М., 1988.
22. *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения. 2-е изд. М., 1989.
23. *Кашанина Т.В.* Происхождение государства и права. М., 2004.
24. *Петражицкий Л.И.* Теория государства и права в связи с теорией нравственности. Т. 1. Спб., 1909.
25. *Фрейд З.* Татем и табу. Психология первобытной культуры и религии. Спб., 2000.
26. *Карабанов А.Б.* Фрейдистская версия происхождения и эволюции государственно-правовых институтов // Государство и право. 2002. № 6.
27. *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001.

Поступила в редакцию 11.07.2011 г.

UDC 340

ESSENCE OF LAW IN LAW GENESIS THEORY

Oksana Nikolayevna DUBOVITSKAYA, Tambov State University named after G.R. Derzhavin, Tambov, Russian Federation, Post-graduate Student of Theory of State and Law Department, e-mail: o.dubovitskaya@bk.ru

The article analyzes the most actual problems of law genesis theory. Theories, opening process occurrence and right developments, are considered. The essence of the law and mechanism of its functioning in a society is investigated.

Key words: law genesis theory; essence of right; regulator of public relations.