

ПРАГМАТИЧЕСКОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ КАК ФАКТОР СОЦИАЛЬНОЙ СТАБИЛЬНОСТИ В ОБЩЕСТВЕ

А.В. Аверин,

*д.ю.н., профессор кафедры теории и истории государства и права
Владимирского филиала РАНХиГС*

Автор обосновывает мнение о социальной опасности противопоставления права и закона и аргументирует мнение о прагматической ценности теоретико-правовой проблемы правопонимания.

Ключевые слова: право, правопонимание, правоприменение, правопорядок, правовой нигилизм, социальный регулятор.

События февраля 2014 года на Украине, представляющие собой социальный взрыв, приведшие к кровопролитию и гибели людей, поставили многочисленные и разноплановые вопросы, поиск ответов на которые является исключительно важным во избежание повторения трагедий подобного рода. Среди этих вопросов проблемы государственного устройства выглядят исключительно актуальными. В свою очередь в их ряду одна, на первый взгляд, может показаться затеоретизированной, оторванной от жизни, не имеющей сколь-нибудь существенного влияния на процессы взаимодействия общества и государства. Но это лишь на первый взгляд, поскольку одним из первостепенных факторов, приводящих к социальной дестабилизации, возникновению анархии и беззаконию, разгулу преступности, является правовой нигилизм, пренебрежительное отношение людей к праву, правовой произвол всех ветвей государственной власти.

Однако смысловое значение общеупотребительных терминов «правовой нигилизм», «правовой беспредел», «беззаконие», «правовой произвол» и других подобных им будет зависеть от того, какой смысл вкладывается в термин «право» или что понимается под сущностью этого социального явления. Ответ на вопрос о сущности права, в отличие от расхожего мнения, имеет самое что ни на есть практическое значение, поскольку правореализационные процессы в обществе (важнейшим видом которых является государственное правоприменение) характеризуют сущность государственного устройства и определяют его содержание. А без понимания сущности права деятельность людей в процессе правореализации (особенно в правоприменении) может быть малоэффективной или приводящей к негативным социальным последствиям.

Общетеоретическая авторская статья, подготов-

ленная ранее, не потеряла своей актуальности и в настоящее время, а в связи с известными событиями на Украине требует своей публикации для постановки проблемы и призыву к открытой научной дискуссии.

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

Многочисленные монографические работы, диссертационные исследования, учебники по теории права, а также публикации в научных журналах не оставляют сомнений в том, что комплексное осмысление отечественной правовой наукой проблемы правопонимания есть веление времени и что на современном этапе развития нашего общества вопросы правопонимания требуют к себе самого пристального внимания.

Сложность и многогранность проблемы правопонимания не вызывает сомнений, констатируется практически во всех научных работах, посвященных ее исследованию, в связи с чем не нуждается в дополнительном обосновании.

Все научно-правовые взгляды и теории, существующие в отечественной правовой науке на современном этапе, при всем их многообразии характеризуют собой два основных подхода к пониманию права – нормативный (монистический, узкий) и широкий (плюралистический и т.д.), то есть охватывающий понятием права не только юридические нормы, но и другие правовые явления – правоотношения, правосознание и т.д.¹

Среди прочих существует такой подход к правопониманию, согласно которому право и юридический закон противопоставляются друг другу². Но, как верно отмечено в специальной литературе, опыт отечественного и зарубежного правоведения свидетельствует, что данный подход, несмотря на традиционность проблемы соотношения права и закона, широкого признания и распространения не получил³.

Тем не менее сам факт возникновения и существования концепций, сформированных на принципе противопоставления права и закона, требует осмысления их основных, фундаментальных посылок. Определиться с качеством исходных позиций представителей подобного направления правопонимания необходимо потому, что при кажущейся теоретико-академической характеристике данного спора проблема противопоставления права и закона имеет не только глубокие гносеологические корни, но и оказывает воздействие на правосознание общества, формирует предпосылки возникновения нигилизма в общественном сознании по отношению к государственно-регулятивному механизму.

Существо подхода к правопониманию сторонников противопоставления права и закона состоит в том, что они предлагают исходить из признания одновременного существования двух систем права: «положительного» («позитивного»), под которым подразумевается право, наделенное «законной силой», представляющее собой «нормы законодательства», и предшествующего ему «дозаконодательного» права («социально-исторически обусловленного права как необходимой формы общественных отношений»), которое не обладает «официальной силой», возникает и функционирует помимо и независимо от государства. Это внезаконодательное право представляет собой общие критерии, правила, масштабы, модели, образцы и стандарты поведения и т.д. Это право – свойственная данному обществу мера свободы и формального равенства, выразитель общих (абстрактных) принципов и идей нравственности, фундаментальных прав человека, справедливости, гуманизма и других ценностей. Посредством закона происходит лишь формулирование «в виде норм законодательства уже сложившихся или явно складывающихся форм и норм права (мер свободы)». При этом «право... в его соотношении с законом... выступает как источник, олицетворение и критерий справедливости»⁴. Законодательство же «зачастую носит антиправовой, произвольный, насильственный характер»⁵. Поэтому «в качестве основания и критерия для суждения о ценности закона, его соответствии своему назначению», его характеристики как «правового или неправового (антиправового) установления» выступает право⁶.

Одним из критериев различения права и закона предлагается также категория «социальной легитимации»⁷ или «социально-признанных норм» (норм, оцениваемых и поддерживаемых обществом в качестве правил должного). Наряду с «государственно-

организованным правом» независимо от государства существует право общества – «социальное право», т.е. неюридическое право. А.В. Поляков приходит к заключению, что «право представляет собой универсальное социальное явление», существует на разных уровнях порядка отношений, включая как «государственно-организованную форму своего бытия (закон)», так и «интерсоциальные (например, внутрисемейные, внутригрупповые) и экстрасоциальные (например, межгосударственные) правовые порядки»⁸. По утверждению М.И. Байтина⁹, в этом выводе и заключается квинтэссенция коммуникативной концепции права как модифицированного варианта теории разделения права и закона и некоторых других идей, характеризующих широкое правопонимание. Ознакомление с ними свидетельствует, что основные положения, преподносимые читателю в компилятивно-коммуникативной упаковке как нечто новое в теории права, на самом деле оказывается хорошо забытым старым, но только еще более надуманным и усложненным¹⁰.

В частности, разделяя взгляд В.С. Нерсисянца и других сторонников широкого правопонимания на существование правового и неправового закона, А.В. Поляков расходится с ними в выборе критериев такого деления. «Научный критерий для теоретического различения правового и неправового закона... – пишет он, – может быть только один: наличие или отсутствие субъектов, чье пользование своими основанными на законе правами и обязанностями носит социально-оправданный характер (т.е. наличие или отсутствие социальной легитимации у данного закона»¹¹.

Но чем этот критерий лучше других? – задает вопрос М.И. Байтин. Кто, как и когда на основе данного критерия сможет ответить на поставленный вопрос? Куда и к кому, к какому государственному или общественному органу, должностному лицу, юридическому источнику права следует обращаться в каждом конкретном случае реализации права за разъяснениями относительно того, правовой или неправовой тот или иной закон и потому исполнять его или нет, или, может, ответ на этот вопрос передается на субъективное усмотрение самих участников общественных отношений¹²?

Противопоставление права закону приводит приверженцев подобных взглядов к выводу о том, что видеть в праве систему общеобязательных государственных норм, считать правовыми лишь те правила поведения, которые изданы или санкционированы государством, – значит лишать право самостоятельной ценности и роли, сводить его к какому-то придатку государства. Право по своей сущности надгосударственно, оно может иметь авторитет только тогда, когда этот авторитет будет содержаться в нем самом, а не в каком-то внешнем влиянии, пусть даже и государственном. Если понимать под правом волю государства, регулирующего человеческие отношения посредством установления меры поведения, то

такая мера поведения, установленная государством, унижает человека¹³. В некотором смысле с приведенным мнением Л.В. Петровой можно согласиться. Ведь если абсолютную свободу человека взять за критерий оценки «высоты» его положения, то любые ограничения абсолютной свободы есть «унижение». Но дело заключается в том, что «унижение» человека путем ограничения его абсолютной свободы приводит к «возвышению» его из одного качества – абсолютно свободного одинокого биологического существа в другое – относительно свободную социальную личность.

Далее Л.В. Петрова утверждает, что с позиций развитого правоведения исходящее от государства позитивное право во всех случаях представляет собой законодательный произвол, а проблема сущности права является проблемой философии, но не сугубо юриспруденции. Сущность права сверхъюрдическая, она коренится в природе человека. Разумны те законы, которые отвечают человеческой природе. Научой, изучающей природу человека, является философская антропология, согласно которой суть и смысл естества (природы) человека составляет его свободная воля, следовательно, ключом к уяснению естественного права является познание человеком собственного естества, а значит, и человеческой природы в целом. Поскольку человек в своем естественном состоянии является свободным существом, и если личность нашла закон (норму, принцип поведения) для своей практической деятельности в себе самой, то она, руководствуясь своим, а не чужим законом, является самостоятельным и свободным творцом истинного права. Эти размышления привели Л.В. Петрову к выводу, что с теоретических, политических и нравственных позиций неоправданность правового позитивизма очевидна.

Здесь вновь наблюдается смешение двух непоставимых понятий: индивидуальное, абсолютно свободное биологическое существо, с одной стороны, и личность как представитель социума – с другой. Ведь личностью биологическое существо, именуемое человеком, может стать лишь в обществе. Жизнь преподносит примеры, когда младенец волею судьбы оставался живым в дикой природе и развивался в отрыве от общества. Эти несчастные, которые в период биологического развития были лишены человеческого общения, после возвращения в человеческое сообщество так и не смогли адаптироваться в обществе, стать его полноценными представителями, оставаясь, с точки зрения социальной сущности человека, представителями животного мира. Л.В. Петрова, рассуждая о сути и смысле естества (природы) человека, берет за основу не биологическое существо, а личность, человека социального. Однако, чтобы стать личностью и человеком в социальном смысле, требуется не только родиться в облике человека, но и стать человеком, что без общения с людьми невозможно, следовательно, нужно жить в обществе. А жить в обществе и

быть абсолютно свободным от общества, как это ни печально для противников правового позитивизма, нельзя. Эта несвобода индивида в обществе, которая так негативно воспринимается Л.В. Петровой, – чуть ли не единственное условие возможности социального существования вообще. Как раз с учетом того, что человек в обществе является личностью наряду с другими личностями, а каждая личность не только может, но и должна иметь свою индивидуальную свободную волю, которая не может быть идентичной миллионам таких же индивидуальных свободных волей, именно в силу этого ограничение разнообразных человеческих волей в выборе ими их поведения в обществе должно определяться известной всем мерой поведения, установление и закрепление которой в качестве общеобязательной (на современном этапе развития человеческого общества) без писаного (позитивного) права невозможно.

Возражая против императивного различения права и закона и против противопоставления естественного права закону, профессор М.И. Байтин указывает: «...Обосновывая приоритет прирожденных прав человека, естественно-правовая теория всегда выступала за создание и развитие в конкретных государствах и у различных народов такого позитивного права, которое бы основывалось на этих фундаментальных правах... Естественное право практически неосуществимо без позитивного, а духовная основа, нравственная сила и стабильность позитивного права коренятся в праве естественном»¹⁴.

Подход к оценке соотношения естественного и позитивного права, сходный с позицией М.И. Байтина, демонстрирует Р.З. Лившиц: «Если сугубо условно уподобить право живому организму, то позитивное право можно считать телом, а естественное право – душой. Естественное право объективно нуждается в нормативном облачении, иначе оно остается совокупностью прекраснотушних идей... Целью естественного права... остается достижение нормативного закрепления»¹⁵.

Обобщая взгляды сторонников противопоставления права закону, следует отметить, что под правом последние понимают не систему правил поведения, получивших внешнее выражение и охраняющихся государством, а то, что требует сама жизнь, то, что является проявлением закономерностей жизни, то, что соответствует человеческому естеству (природе человека). Именно это «нечто» называется правом и критерием правомерного. Однако если рассматривать право как явление, определяемое категориями всеобщей свободы, равенства, справедливости (раскрывающими суть человеческого естества), то это значит вполне определенно уходить от реальности в мир иллюзий, потому что под этими категориями не может быть общего знаменателя, выполняющего роль социально-регулятивного критерия.

Существо проблемы заключается в том, что истинная свобода, истинное равенство и истинная справедливость могут быть лишь предметными,

конкретными, индивидуальными. Не может быть всеобщей свободы, поскольку, то, что для одного свобода, для другого несвобода, пытка. Не может быть всеобщего равенства, поскольку в этом всеобщем равенстве все будут неравны, так как все люди изначально (уже от рождения) различны. Не может быть всеобщей справедливости, поскольку справедливость категория не только предметная, но и многоуровневая. Так, то, что справедливо, например, для коллектива, может оказаться несправедливым для одного из его членов, если не учесть особенности личной индивидуальности или особенности реальных жизненных условий этого человека. При этом жизненные условия – величина непостоянная не только для человека, но и для коллектива людей.

Люди от рождения не равны. Каждый человек – индивидуальность. Особенности физических и психических данных, уровень интеллекта и душевного развития, вкусы и предпочтения, устремления и мечты, гениальность, талант и всевозможные проявления ограниченности и ущербности, возраст и жизненный опыт и т.д. и т.п., наконец генетические различия и предрасположенности – все эти и многие другие факторы формируют как представление человека о мире, как оценку себя в этом мире, так и его поведение, предопределенное не только и не всегда сознанием, но и подсознанием (механизмы действия которого до настоящего времени современная наука в полном объеме постичь не в силах).

Понимая это, существующие теоретические рассуждения о всеобщем равенстве, всеобщей свободе и всеобщей справедливости воспринимаются откровенно эфемерными и декларативными.

Поскольку все люди различны от природы, постольку неоправданными видятся рассуждения о некоем неписаном «правильном праве» (либертарном, коммуникативном и т.п.), которое де существует объективно и содержит в себе признаки всеобщей свободы, равенства и справедливости, опираясь на которое возможны выводы о «неправовом» позитивном праве, «неправовом» законодательстве или «неправовом» законе.

А как можно определить «социальную легитимацию» той или иной нормы позитивного права, если каждый человек индивидуален, у каждого свое отношение к жизни и свое мироощущение? Никакой всеобщей социальной легитимации в цивилизованном обществе не было, нет и быть не может, поскольку это противоречит той самой идее человеческого природного естества, той самой идее индивидуальной свободы, за которые ратуют сторонники противопоставления права и закона. Лишь в условиях тоталитарных систем возможны всеобщее равенство, всеобщая свобода и всеобщая справедливость, проявляющиеся в социальной (всеобщей) легитимации писанных правил. Но эти термины в условиях тоталитаризма по вполне понятным причинам нуждаются в заковычивании.

Тем не менее между категориями «право» с одной

стороны и «свобода», «равенство», «справедливость» с другой – нет Китайской стены. Характеристика права через категории «свобода» и «равенство» не нова в науке. Давая философское понимание праву, Г.В.Ф. Гегель, в частности, считал, что «идея права есть свобода». Русский философ В.С. Соловьев определял право как «свободу, обусловленную равенством». Право – «всеобщая форма и равная мера свободы индивидов» – В.С. Нерсисянц.

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

На любом историческом отрезке уровень свободы индивида в обществе будет находиться между абсолютной свободой и абсолютной несвободой. Под абсолютной свободой человека в обществе следует понимать такую возможность в выборе им способов своего поведения в отношении окружающих, в выборе средств и методов воздействия на них, которая ограничена только его физической силой. Однако, как известно, жить в обществе и быть свободным от общества невозможно. Суть любого человеческого общества – это отношения между людьми, его составляющими. Для того чтобы конкретное общественное образование существовало, необходимо равновесие¹⁶ (принцип равновесия в живой и социальной природе является жизнеобеспечивающим). Это равновесие должно возникнуть между стремлением каждого к «абсолютному» проявлению своей свободы и стремлением общества ограничить эту свободу каждого совокупной волей свободы всех. Причем эти тенденции имели место на заре человечества, так как представляют собой явление живой природы¹⁷. Данные тенденции существовали, существуют, и будут существовать как реальность, данная нам Природой. Вся человеческая история служит убедительным доказательством непрекращающейся борьбы этих двух составляющих в любом обществе. Недооценка этого феномена может привести к идеализации любого общества и к тому, что при создании конституционной схемы законодатели могут забыть, что «хорошая конституционная схема должна быть рассчитана на средний для общества уровень обычных, достаточно мелких страстей и помыслов заурядных людей с поправкой на быструю потерю у них реальной самооценки и возможности самокритики»¹⁸. Но, с другой стороны, по мысли И. Канта, в этой постоянной борьбе индивидуального и общего, стремления к «абсолютной» свободе каждого и подавления этого стремления совокупной волей таких же каждого кроется одна из внутренних пружин развития человеческого общества¹⁹.

С учетом сказанного становится понятным, почему принцип «право есть свобода» Кант понимал как свободу, гарантируемую правом, поскольку это предполагает ограничение индивидуальной свободы свободой всех других лиц и ограничение свободы всех других лиц индивидуальной свободой.

Однако точно определить границы, в которых сохраняется социальное равновесие между индивидуальной свободой и свободой всех других лиц, невозможно, поскольку эти границы находятся в некотором диапазоне от черты, граничащей с анархией, до черты, граничащей с низведением личности до нуля (что, в принципе, для общества одно и то же, поскольку «крайности сходятся»). Кроме того, для каждого общества определение этого диапазона индивидуально, с учетом не только уровней его экономического и духовного развития, но и исторических особенностей его возникновения, развития, самосознания, самоопределения и многих других факторов. Как говорили мудрецы древности, «лучшая дорога – это дорога посередине», и точная центральная граница «диапазона равенства или равновесия» – это идеал, к которому постоянно стремится любое общество. Но как только этот диапазон равенства свобод нарушается, в обществе происходит социальный взрыв. Формы проявления таких взрывов самые разнообразные (от физического уничтожения узурпатора свобод личности, до развала общества и прекращения его существования; от порабощения данной социальной организации другой, более сильной в смысле равновесия свобод²⁰ до внутренних беспорядков и бунтов). Безусловно, не только существенное нарушение соотношения индивидуальной свободы и совокупной общественной свободы приводит к социальным взрывам и катастрофическим последствиям для конкретного социального образования, но при любом социальном катаклизме в конкретном обществе наблюдается явное несоответствие (перевес в ту или иную сторону) соотношения индивидуальной свободы каждого и совокупной свободы всех.

Вопрос о справедливости, как атрибутивном свойстве «надгосударственного права» требует уяснения самого понятия справедливость.

Справедливость, на наш взгляд, коренится не в праве (хотя оба явления неразрывно связаны между собой, причем справедливость как общее, присущее живой природе явление, а право как самостоятельное явление, содержащее в себе часть этого общего, относящуюся лишь к жизни человеческого сообщества). Справедливость – явление живой природы вообще. Многовековая история свидетельствует о том, что первородный хаос превратился в некоторую упорядоченность, проявляющуюся в сосуществовании многообразных форм жизни, возникших по воле Высшего Разума (или как проявление случайности) в океане Мироздания на планете Земля. Это сосуществование разнообразных форм жизни возможно только до тех пор, пока кардинальным образом не будет нарушено равновесие в Природе. Выход за «рамки всеобщего равновесия» означал бы гибель всего живого (по крайней мере, прекращение жизни тех видов и в тех формах, в которых живое существует при данном равновесии). Необходимое равновесие достигается благодаря постоянно повторяющимся проявлениям жизнедеятельности всего живого. Эти

проявления имеют характер природной закономерности, обеспечивающей необходимое равновесие. Справедливость – это категория, отражающая в разнообразных проявлениях жизнедеятельности живой природы соответствие происходящих событий закономерностям существования этой живой природы. Справедливость – социальный критерий оценки, характеристика жизнедеятельности.

Зачаточные элементы справедливости наблюдаются в животном мире. Например, справедливо ли в жизни львиного прайда такое положение, когда глава семьи первым приступает к трапезе, даже если он и не принимал непосредственного участия в охоте? При этом лев наедается первым, за ним львицы, а затем львята. На первый взгляд, такое положение вещей с позиции людей (место надо уступать женщинам и детям) может показаться несправедливым. Однако в таком порядке кроется глубинное проявление природной справедливости, ибо лев не только глава семьи, но и защитник ее территории от чужого посягательства, защитник само́й семьи. Поэтому природная закономерность в данном случае требует, чтобы именно лев был постоянно «в форме», в противном случае может погибнуть вся семья или ее часть в виде подрастающего поколения. А природная закономерность сводится не к приведению популяции к гибели, а к созданию условий для ее существования и развития. Значит, такое положение вещей справедливо.

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

В связи с изложенным возникает вопрос: что собой представляет явление, называемое правом, в

чисто философском смысле?

Представим гипотетически, что на некоторое время нам удалось остановить бег времени в отдельно взятой стране, и, используя весь арсенал научных знаний, мы смогли скрупулезно исследовать качество всех факторов, характеризующих уровень развития данного общества. Нам необходимо будет максимально точно оценить динамику и уровень производственных отношений, степень развитости и качество всех государственных и общественных институтов, все существующие наиболее значимые для общества внутренние и внешние связи и отношения, степень развитости общественного интеллекта, качество культуры, идеологии, духовные ценности и традиции, географическое, внешнеполитическое, внешнеэкономическое положение, запасы природных ресурсов, уровень развития науки и техники и их потенциал, уровень внутренней и внешней стабильности и многочисленные другие факторы. На основе полученных данных мы сформулируем (вычислим, определим, установим...) для отдельного вида отношений те правила поведения, соблюдая которые данное общество будет развиваться наиболее гармонично. Предположим, что наши выводы абсолютно точны. Назовем эти вычисленные нами правила поведения «абсолютный правовой идеал», поскольку они абсолютно и идеально отвечают потребностям данного общества в его гармоничном развитии, и возьмем их за эталон.

После этой гипотетической остановки течения времени сравним с эталоном те правила поведения, которые реально сформулированы данным обществом для исследованных нами отношений.

Даже неисправимый оптимист согласится с тем, что как основная масса фактически существующих в этом обществе отношений, так и существующее внешне оформленное правило, регламентирующее данные отношения, будут отличаться от эталона. При этом вполне очевидно, что любое отличие жизни от эталона («забегание» вперед или «отставание») уменьшает потенциальные возможности общества в наиболее гармоничном его развитии.

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

Иными словами, абсолютный правовой идеал – это абстрактный эталон таких правил поведения, которые в идеале соответствуют уровню развития данного конкретного общества на конкретном историческом этапе, и которые идеально отвечают возможности его наиболее гармоничного развития. Стремление именно к этому абсолютному правовому идеалу, при котором только и может (но только гипотетически) возникнуть общество всеобщего благоденствия, является движущим мотивом мыслителей – гуманистов всех эпох, направляющих свои благородные устремления на осознание законов общественного развития.

Но что произойдет, если критерием оценки правомерного поведения в обществе будут выступать не формально определенные правила, охраняемые возможностью государственного принуждения, а право в философском смысле, понимаемое каждым в меру своей развитости.

В этом месте самое время напомнить историческую справку детства человечества – анализируя текст Священного Писания, Петр Баренбойм констатирует, что в главах 17–21, т. е. до конца Книги Судей Ветхого Завета, описываются смутные времена без упоминания судей, вождей и т.д. с печальным финалом: «Каждый делал то, что ему казалось справедливым» (гл. 21, п. 25)²¹.

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

Императив «общеобязательности писаного закона, позитивного права», вопреки мнению тех, кто противопоставляет право и закон, – не является проявлением рабской психологии. Без выполнения данного императива не может существовать никакое современное общество.

В свете этого трудно согласиться с мнением представителей либертарной концепции, согласно которому право в современном обществе может быть, а может и не быть. К истории человечества необходимо относиться корректно и бережно, поскольку только с ее помощью человек может и должен познавать закономерности своего существования. По известным причинам такого социального регулятора общественных отношений как право не было и не могло быть в первобытном обществе. Уровень развития и условия жизни людей первобытного общества диктовали условия для существования иных социальных регу-

ляторов, которые, развиваясь и изменяясь вместе с обществом, стали предтечей появления права в его юридическом смысле. Современное же общество немыслимо без него, хотя позитивное право в разных государствах и различных исторических условиях, безусловно, различается по характеру, содержанию, роли и т. п. Поэтому позитивное право того или иного государства надо воспринимать не таким, каким его хотелось бы видеть, а таким, какое оно есть на самом деле. Общество может и обязано по мере своего развития осознанно добиваться улучшения качества и эффективности действующего (позитивного) права. Выполнение этой задачи возможно при наличии необходимых (и не только экономических) условий. Думается, что важнейшим критерием оценки способности общества к эволюционному развитию, предполагающему поддержание позитивного права на уровне, близком к идеальному, является уровень демократических устоев данного общества.

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

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

Как возникают юридические нормы, спрашивал Г.В. Плеханов и отвечал, что всякая такая норма представляет собою отмену или видоизменение какой-нибудь старой нормы или какого-нибудь старого обычая. Почему отменяются старые нормы и старые обычаи? Потому, что они перестают соответствовать новым «условиям», то есть новым фактическим отношениям, в которые люди становятся друг к другу в общественном процессе производства. Если старые юридические нормы препятствуют известной части общества достигать своих житейских целей, удовлетворять свои насущные нужды, то эта часть общества непременно и чрезвычайно легко придет к сознанию их стеснительности: для этого нужно не-

много больше мудрости, чем для сознания того, что неудобно носить слишком узкую обувь или чересчур тяжелое оружие. Но от сознания стеснительности данной юридической нормой, конечно, еще далеко до сознательного стремления к ее отмене. Первоначально люди просто пытаются обходить ее в каждом частном случае...

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

Иначе сказать, в истории неясность сознания – «промахи незрелой мысли», «невежество» нередко знаменуют собою только одно: именно, что еще плохо развит предмет, который надо сознавать, то есть новые нарождающиеся отношения. Ну а невежество этого рода – незнание и непонимание того, чего еще нет, что находится еще в процессе возникновения, – очевидно, есть лишь относительное невежество²².

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

Прав С.С. Алексеев, который отмечал, что при широкой трактовке права, когда право отделяется от закона, самое понятие правомерного может быть деформировано и может войти в противоречие с принципом законности. Такая трактовка может привести к легализации незаконной, юридически противоправной деятельности тех или иных лиц, действующих якобы в соответствии с некими, не выраженными в законе «правами»²³.

Однако желание познать «идеальное право» (абсолютный правовой идеал) сродни стремлению познать «абсолютный дух». Если же речь вести о праве (в юридическом смысле), то оценить соответствие формально определенных правил поведения объективно обусловленному уровню общественных отношений можно через призму правовой жизни общества в целом и через правоприменительную практику в частности. Комплексное и детальное изучение этой научной категории как таковой, а также всестороннее изучение такого стержневого явления правовой жизни общества как правоприменительная деятельность суда может позволить если и не познать

«идеальное право» (абсолютный правовой идеал), то в максимальной степени приблизиться к осознанию тех «болевых» точек в правовой жизни общества, своевременное излечение которых с безусловностью будет подводить общество к социальной гармонии, где высокое правовое сознание граждан является гарантом от социальных потрясений любого уровня.

И если прямая зависимость между уровнем экономического развития и демократией в обществе очевидна, то в правоприменительной деятельности судов с безусловностью не менее ярко проявляется зависимость правового сознания граждан от уровня демократии и, в конечном счете, от уровня экономического развития общества. Правовое же сознание проявляется в большей степени не в том, как члены того или иного общественного образования в душе или на словах относятся к действующему праву, а как они участвуют или не участвуют в правовых отношениях, как осуществляют свои права и выполняют юридические обязанности в многочисленных реальных правовых связях. В свою очередь, во всевозможных и многосторонних правовых связях субъектов правоотношений по самым разнообразным причинам (низкий уровень правового сознания и правовых знаний, правовой нигилизм, низкий общекультурный уровень, криминальное поведение и т. п.) то и дело возникают недопонимания, трения, противоречия, разногласия, а, порой, и жестокие по своему содержанию, течению и развязке конфликты. Как правило, наиболее острые из правовых конфликтов являются предметом судебного изучения, будь то уголовные, гражданские, административные, семейные, трудовые, земельные и т. д. правоотношения, которые в своем развитии привели участников развивающихся правовых конфликтов в судебные органы.

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

Если исходить из того, что «идеальное право» (абсолютный правовой идеал) как эталон, идеальная мера, модель необходимых для данного общества отношений в полном своем виде проявиться не может, но юридическое право, выполняя свою важнейшую и основную функцию – регулятивную, реально создает условия для достижения общественного равновесия, равновесия, в котором удастся сохранить равенство центробежных и центростремительных сил, равенство интересов одной личности, стремящейся к максимальному проявлению своей «абсолютной» свободы, с интересами всех личностей, каждая из которых также стремится к «абсолютной» свободе, но все вместе – к подавлению свободы индивидуальной личности как таковой, то мы вынуждены будем прийти к выводу, что любое существовавшее и существующее в истории человеческой цивилизации позитивное (юридическое) право всегда будет относительно несправедливым, поскольку оно

никогда не сможет быть идентичным «идеальному праву» (абсолютному правовому идеалу). Как только писаное (позитивное) право станет идентичным «идеальному праву» (абсолютному правовому идеалу) оно исчезнет, поскольку это будет обозначать, что человечество в своем развитии достигло уровня познания Абсолютной Идеи Мироздания, постигло Абсолютный Разум, Божественное откровение.

Как ранее было сказано, в человеческом обществе справедливым является то, что согласуется с требованиями Природы, проявляющимися в закономерностях существования данного общества. Иными словами – справедливо то, что закономерно. Право («идеальное» или позитивное) представляет собой не что иное, как меру свободы, закрепленную правилами поведения. Право («идеальное» или позитивное) является принудительным регулятором общественных отношений. Формы проявления этого принуждения различны – «идеальное» право (абсолютный правовой идеал) исподволь принуждает людей строить свои отношения в согласовании с закономерностями существования, но в случае нарушений своих требований (нарушений закономерностей существования) «идеальное» право «реагирует» вполне реально (о чем говорилось ранее).

Отметим еще раз – в этом и только в этом смысле «идеальное» право является принудительным регулятором общественных отношений. В этом и только в этом смысле можно рассматривать идеальное право (абсолютный правовой идеал) как высшую справедливость (природную, Божественную, справедливость Высшего разума и т. п.) для конкретного общества в конкретный период его исторического развития.

Позитивное же право через установленные правила поведения регулирует отношения между людьми в конкретном обществе осязаемо, зримо. Принудительный характер этой регулятивной функции проявляется в общественном реагировании через созданные данным обществом институты принуждения. В этом контексте рассуждений трудно согласиться с выводами либертарной концепции, согласно которым право в современном обществе может быть, а может и не быть. В Природе вакуума не бывает. Человеческая история – это цепь проявлений закономерностей и случайностей (которые, в свою очередь, подтверждают закономерности).

Писаное (позитивное) право как созданный конкретным обществом государственный регулятор общественных отношений – это и есть реальное право, поскольку только таким образом «идеальное» право (пусть в ряде случаев в искаженном до неузнаваемости виде) может проявиться в человеческом обществе. Позитивное право (как регулятор общественных отношений) является всегда в конкретном обществе на конкретном этапе его исторического развития проявлением комплекса социальных реалий: исторических особенностей и уровня развития данного общества, уровня экономики, уровня самооценки и самосознания, уровня правосознания

общества (а не отдельных выдающихся его представителей), уровня и качества отношений с внешними социальными образованиями, природных условий существования и т.д., оно является не только и не столько материализованным результатом осознания обществом закономерных потребностей своего существования, сколько результатом искажения данных закономерных потребностей, результатом искажения, произошедшего из-за всей совокупности разнообразных жизненных факторов, о которых только что говорилось.

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

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

Так было везде. И если оценивать исторические процессы не только с точки зрения развития экономических отношений, а в совокупности с уровнем правового (в общем смысле) состояния, то можно обратить внимание на закономерность, при которой само по себе крайне тяжелое, нищенское состояние общества еще не является безусловным фактором прекращения его существования.

В связи с этим можно сделать предположение, что одним из главных факторов, подводящих общество к краху, является состояние критической диспропорции между позитивным правом и исторически обусловленными реалиями (объективными закономерностями), требующими соответствующего уровня регулирования общественных отношений. Так было в России в начале XX века, так было в СССР в конце XX века. Очень не хочется, чтобы так стало с Россией в XXI веке²⁴.

Почему обозначенный нами подход столь важен? Потому, что если мы согласимся с концепцией о возможности отсутствия права в обществе (наличие неправового права, неправового общества, неправового законодательства, неправового закона

и т.д.), то мы вынуждены будем исходить из того, что в данном случае регулятором общественных отношений является не право как таковое, а одни лишь писанные правила (неправовые). Ведь хотим мы этого или не хотим, но даже в так называемом «неправовом» обществе отношения между людьми не только должны, но и подвергаются реальному регулированию. Однако этот вывод (о том, что не право регулирует общественные отношения) тогда должен распространяться на все современные социальные образования, а не только по усмотрению конкретного мыслителя выборочно на критикуемые им регулируемые порядки. Тогда возникает следующий вопрос – если регулятором общественных отношений является не право (а писанные по своему усмотрению правила), то какую функцию в обществе выполняет право (неоформленное явление, не оказывающее регулятивного воздействия на общественные отношения) и нужна ли вообще такая научная категория? Думается, что теоретическое противопоставление (жесткий разрыв) между законом и правом, говоря корректно, нежелателен.

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

Рене Давид специально обсуждает вопрос о том, что в современном демократическом государстве сам характер законов (в силу необходимости при их создании удовлетворения самых разнообразных, в том числе и противоположных требований) не позволяет непосредственно применять многие из них к конкретным обстоятельствам. «Законодатель, – пишет он, – употребив формулы без уточнения, тем самым дал полномочие на «свободный дополнительный поиск в рамках закона. Этот свободный поиск требует от судей самостоятельных ценностных суждений, которые не могут быть выведены из позитивного права... Кроме того, намерения законодателя – это по большей части сфера гадания; особенно сложно их установить в условиях современной демократии, когда закон выступает как коллективная воля, процесс формирования которой весьма сложен»²⁵.

В приведенной цитате много интересных моментов, один из которых, по нашему мнению, заключается в том, что в демократическом обществе с его «правовым» правом граница между правом и фактом весьма искусственна, что требует от судей свободного дополнительного поиска и самостоятельных ценностных суждений, которые не могут быть выведены

из позитивного права. Но в связи с этим возникает вопрос: если ценностные суждения не могут быть выведены из позитивного права, которое в понимании ученых, различающих право и закон, есть правовое право (т.к. является регулятором в демократическом обществе, где средства производства находятся в частной собственности. – В.С. Нерсисянц), то есть является правом, то тогда из чего следует судье выводить ценностные суждения? Опираясь на позиции концепций, жестко противопоставляющих право и закон, и будучи последовательным, следует сказать, что как в континентальной Европе, так и в Англии право тоже неправовое, иначе из него самого было бы возможно выводить ценностные суждения по вопросу регулирования общественных отношений.

При всем разнообразии форм, в которых право проявляется в жизни общества, сущность права заключается в регулировании поведения людей через посредство определения норм – общеобязательных правил такого поведения. Моральные принципы, утвердившиеся в обществе, уровень правосознания общества, реальные условия существования общества могут свидетельствовать лишь о том, что право как система юридически закрепленных, общеобязательных правил поведения в той или иной мере не соответствует закономерностям существования данного общества и не более того. Чем острее право в обществе не соответствует закономерностям его существования, тем больше на это право оказывается воздействие со стороны общества (как в виде

тайного сопротивления злу насилием, то есть невыполнением правовых норм, так и в виде открытого сопротивления – в виде стремления к изменению права как допустимыми методами и средствами для данного общества, так и запрещенными).

Таким образом, характеристика права как свободы, равенства и справедливости (в нашем понимании²⁶) исключает возможность существования современного общества без права (в отличие от сторонников либертарной концепции), но предоставляет возможность определить уровень «относительного бесправия» общества, то есть степень соответствия права в данном конкретном обществе на данном конкретном этапе его исторического развития тому уровню закономерных потребностей в регулировании общественных отношений, в котором данное общество нуждается. В этом смысле рассуждений (согласно которым самое качественное позитивное право никогда не сможет быть идентичным абсолютному правовому идеалу, то есть такому уровню регулирования общественных отношений, который обоснован закономерностями существования конкретного общества и идеально ему подходит), в этом смысле рассуждений любое человеческое общество, было, есть и будет «относительно бесправным». Вопрос лишь заключается в оценке степени этого «относительного бесправия» данного общества.

Таким образом, общетеоретическая проблема правопонимания имеет явную прагматическую направленность, поскольку дает возможность осознать

¹ См.: Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – 2-е изд., доп. – М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 44 и сл.

² См., например: Нерсисянц В.С. Философия права. – М., 1997; Поляков А.В. Общая теория права: курс лекций. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001.

³ Марченко М.Н. Источники права. – М., 2005. С. 20.

⁴ См.: Нерсисянц В.С. Право: многообразие определений и единство понятия // Сов. государство и право. 1983. № 10. С. 29–30; Его же. Право и закон. Из истории правовых учений. – М., 1983. С. 342–343; Его же. Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. – М., 1996. С. 17–20.

⁵ Нерсисянц В.С. Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. – М., 1996. С. 15.

⁶ Там же. С. 20.

⁷ Поляков А.В. Общая теория права: курс лекций. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. С. 175.

⁸ Поляков А.В. Общая теория права: курс лекций. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. С. 338.

⁹ См.: Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – 2-е изд., доп. – М., 2005. С. 110–124.

¹⁰ Там же. С. 116.

¹¹ Поляков А.В. Указ соч. С. 334.

¹² Байтин М.И. Указ соч. С. 117.

¹³ Петрова Л.В. О естественном и позитивном праве // Государство и право. 1995. № 2. С. 32–41.

¹⁴ См.: Байтин М.И. Указ. соч. С. 104–108.

¹⁵ Лившиц Р.З. О противоречивости двуединой природы права // Подготовка и принятие законов в правовом государстве: материалы междунар. семинара, Госдума, 28–29 апреля 1997 г. – М., 1998. С. 285, 287–288.

¹⁶ Говоря о равновесии в обществе (равновесии, как жизнеобеспечивающем принципе), следует иметь в виду не только равновесие свобод индивидов, но и равновесие центростремительных и центробежных сил, равновесие полов, равновесие между добычей средств к существованию и их потреблением (доходами, расходами) и т.п.

¹⁷ См.: Дольник В. Непослушное дитя биосферы. – М., 1994. С. 168.

пути эволюционного развития такого механизма регулирования общественных отношений, как право, а это, в свою очередь, напрямую связано с проблемами государственного устройства, теоретико-правовое

осмысление которых существенно снижает риски социальных катаклизмов, проявляющихся в последнее время в мире с пугающей регулярностью.

¹⁸ Баренбойм П. Первая конституция мира. Библейские корни независимости суда. – М., 1997. С. 49.

¹⁹ См.: Алексеев С.С. Восхождение к праву. – М., 2001. С. 428–440.

²⁰ История знает примеры завоеваний экономически более развитых государств менее развитыми.

²¹ Баренбойм П. Первая конституция мира. Библейские корни независимости суда. – М., 1997. С. 20, 49.

²² См.: Плеханов Г.В. Избр. филос. произв. Т. 2. С. 256–257.

²³ Алексеев С.С. Право – институциональное социальное образование // Вопросы теории государства и права. 1983. Вып. 1. С. 9–10.

²⁴ В связи с этим имеется одно интересное наблюдение, которое в плоскости затронутой проблемы может быть детально изучено и, возможно, подтверждено исторической наукой – как только общество перестает существовать в том виде, в котором оно зашло за «роковую» черту, первыми своими шагами оно изменяет позитивное право, да так, что это позитивное право значительно опережает существующие реалии (как будто срабатывает закон маятника). Это можно сказать и о новой Конституции России 1993 года, и о Законе «О статусе судей» 1992 года, и о Законе «О собственности», ст. 30 которого гарантировала гражданам материальную компенсацию государством за все нераскрытые имущественные преступления, и о Законе «О ветеранах», по которому государство не могло и не может выполнить ряд социальных гарантий, и о других аналогичных законах.

²⁵ Цит. по: Розин В.М. Генезис права. – М., 2001. С. 3, 57.

²⁶ Аверин А.В. Истина и судебная достоверность (Постановка проблемы). – СПб.: [Б.и.], 2007. С. 13–45.