

*Г.К. Варданянц*

## **ПРАВОВЫЕ ОЖИДАНИЯ И ПРАВОВОЙ КОМФОРТ: К ВОПРОСУ О РАВНОВЕСИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ ОБЩЕСТВА**

*Статья посвящена проблеме современного российского законодательного волюнтаризма. Право рассматривается как система, находящаяся в состоянии равновесия. Выявляются три закономерности социального генезиса права — последовательность, эволюционность и необходимость. Разрабатывается концепция правового комфорта.*

### **Проблемное поле и гипотеза исследования**

В экономической науке хорошо известно и широко используется понятие экономического равновесия (equilibrium of an economic system), означающее состояние экономической системы, характеризующее наличием сбалансированности, уравниванием двух разнонаправленных факторов (Райзберг, Лозовский, Стародубцева 1996: 266), к примеру, спроса и предложения, доходов и расходов и т. д. Правовая система, будучи общественной подсистемой не меньшего социального значения, а порой, куда большей социальной сложности, также находится в состоянии латентной нестабильности: каждую минуту происходит нарушение субъективного права, влекущее возникновение специфически правового интереса — требования защиты права, каждый час проходит работа по защите нарушенного права правоохранительными органами, каждый день совершаются социально значимые действия, направленные на принятие законодательных и иных правовых актов. Очевидно, что социальная обусловленность права имеет основополагающий причинный характер. «Любая правовая система находится в состоянии эквилибриума, реализуя требования, предъявляемые к обществу, государству и праву, — пишет Л. Фридмен (Friedman 1975: 167–168). — Но в каждом обществе существуют некоторые правовые правила и институты, хотя и отражающие интересы большинства населения, но не защищенные значительными социальными силами» (Цит. по: Проблемы буржуазной теории права 1981: 143–144).

Вся история человечества свидетельствует о наличии неравноправия: природа не придумала механизма калибровки харизмы социальных тел, в силу чего невозможно найти два социальных тела с одинаковыми социальными возможностями. Социальное пространство — это гравитационное поле, создаваемое социальными телами; социальные тела имеют различную массу, что в конечном итоге определяет их положение к центру тяжести социальной системы. Интеракции между ними носят стохастический характер: во всяком обществе есть кто-то, чьи права оказываются незащищенными перед лицом агрессии со стороны тел «харизматичнее». Но обязательно есть кто-то, кто обладает социальными возможностями, нивелирующими риск оказаться бессильным перед лицом подобной социальной опасности. Сумма одних, с одной стороны, сумма других — с другой, создает два разнонаправленных вектора социальной тяги; последняя определяет существование двух разнонаправленных тенденций правового генезиса — спроса на права и предложения права.

«Процесс правообразования — по крайней мере на первых стадиях своих — чисто социальный процесс, — указывал Б.А. Кистяковский. — Гражданское общество, выступая в качестве равновеликого противовеса по отношению к государству, позволяет поддерживать социальную систему в состоянии динамического равновесия — гомеостаза. Оно находит и вырабатывает легитимные, социокультурные средства по осуществлению взаимной адаптации встречных требований государства и личности» (Кистяковский 1999: 208).

И если предложение прав отстает от спроса или же происходит обратный процесс, развиваются процессы дестабилизации правовой системы. В первом случае, *когда спросу на права соответствует слишком большое предложение, развиваются девальвационные тенденции*. В этом случае трепетная забота государства об урегулированности общественных отношений грозит ростом недоверия к государству и подозревaniem государства в тоталитарности. *Когда же спрос опережает предложение, развиваются дефицитные тенденции*, и тогда спрос на права может стимулировать квазипредложение со стороны негосударственных структур, что также неизбежно вызовет недоверие к государственным учреждениям и обвинения в неспособности контролировать ситуацию.

### **Социальная обусловленность права**

Р. Иеринг писал: «Можно утверждать с достоверностью: степень любви и привязанности народа к своему праву, с которыми он отстаивает его, определяется именно теми усилиями и борьбой, которыми он добыл это право. Не просто привычки, но принесенные народом жертвы составляют несокрушимую связь между ним и его правом. *Тому народу, к которому благоволит Бог, он не дарует, что ему нужно, не облегчает, но, напротив, затрудняет труд добыть необходимое. В этом смысле я не колеблясь скажу: борьба, которой требует право, чтобы произойти на свет, есть не проклятие, но благословение...* Будучи прозой в сфере чисто вещественного, право в сфере

личного, в борьбе за право с целью защиты личности становится поэзией: борьба за право есть поэзия характера» (Иеринг 1991: 20–32). Таким образом, можно сказать, что степень социальной обусловленности права, степень «народной» заинтересованности в праве определяет в конечном итоге само право.

В.В. Лапаева понимает социальную обусловленность права как «соответствие, адекватность права регулируемым общественным отношениям, его способность отражать объективные потребности общественной жизни» (Лапаева 2000: 172), подразумевая, как видится, обусловленность лишь позитивного права. Л.С. Явич в этой связи писал: «Исходя из чисто внешнего положения дел, считают, что государство порождает право, является его причиной и определяет его развитие. Обоснование выглядит как будто убедительно: органы власти издают законодательные акты — деятельность государства рождает право. *Получается, что между государством и правом налицо причинно-следственная связь: первое причина второго. Представление о праве как придатке государственной власти порождает этатизм, а с другой стороны, ведет и к юридическому нигилизму.* Практическая опасность того и другого понятна. На самом деле, прежде всего такого рода подход сводит право к юридическому закону. Неосновательность подобного понимания видна уже из того, что «законодательство лишь форма (одна из форм) внешнего выражения права. Оставаясь на поверхности явлений, можно с таким же успехом утверждать, что законодательство создает государственные органы — ведь есть акты, предусматривающие соответствующую систему государственных органов и их компетенцию.

...Государство, помимо отмеченного, вынуждено в каждый данный период считаться с объективно сформировавшейся правовой системой, опосредующей господствующую систему общественных отношений, в том числе производственных, которые определяются достигнутым уровнем развития производительных сил и общественного разделения труда. Подрывая правовую основу государственной и общественной жизни, политическая власть не может надеяться на свое укрепление — напротив, нарушая законность и правопорядок, государственный аппарат вносит деструкцию в общественные отношения, расшатывает ту экономическую систему, на которой сам базируется. Следовательно, *не только право зависит от охраны государства, но и само государство не меньше зависит от права и прочности правопорядка. Связь между правом и государством не причинно-следственная, а функциональная*» (Явич 1980а: 77–78).

Следует отметить, что от социальной обусловленности права зависит жизнеспособность прежде всего социального пространства, «синтезированного» им. Иными словами, *социальной обусловленностью права будет соответствие права общественным отношениям, социальности; иными словами, раз социальность в ее силу неоднородности изначально носит конфликтогенный характер, а право по своей природе выступает иллюзом социальной нормативности, то право всегда должно отражать разрешенный социальный конфликт.* Как уже отмечалось, право социально только в той

его части, где сталкивается с социальной реальностью, где оно выступает в виде проводника между существующей и необходимой действительностью, тогда как юридические конструкции правовых норм социальными не являются; они представляют собой протосоциальную информацию, собственно человеческое открытие.

В этой связи относительно позитивного права, регулирующего общественные отношения, можно утверждать, что *подобно тому, как законы, имеющие внутренние (юридические) противоречия, в силу несоблюдения юридической технологии считаются браком, таковым же браком должны считаться законы, не нашедшие своего применения на практике, не достигшие социальности в силу волюнтаризма законодателя, в силу нарушений им социальной технологии нормотворчества, предполагающей соответствие позитивной воле законодателя социального интереса.*

### **Гражданское общество**

Считается, что *«...государство само по себе крайне редко способно служить надежным гарантом морально-правового здоровья социальной системы... практически всегда оказывается необходима достаточно внушительная социальная сила, которая могла бы уравновешивать силу государства и с которой бы государство вынуждено было считаться.* Гражданское общество заинтересовано в сильном правовом государстве, которое не могло бы быть опрокинуто политическим переворотом, перейти в диктатуру и затем повести репрессивную политику по отношению к нему. В свою очередь правовое государство заинтересовано в развитом гражданском обществе как социокультурном резервуаре, способном поставлять институтам управления одаренных администраторов, политиков, государственных деятелей. Взаимозависимость обеих сторон данного противоречия столь явна, что при слабом, только еще нарождающемся гражданском обществе и государство не может быть правовым. И, напротив, при зрелом гражданском обществе государство неизменно обретает способность быть правовым и неуклонно развивать в себе это свойство. Можно говорить о том, что только наличие зрелого, полноценного гражданского общества и сообщает государству такое свойство, как способность быть правовым» (Гражданское общество России... 2000: 94).

В.Г. Беляев пишет: *«Гражданское общество — это социальный инвариант правового государства, уже подчинивший себе свое государство и реально использующий все его и свои потенциалы для обеспечения верховенства собственных исторических, социально-экономических и юридических законов. Тот же смысл можно выразить другими словами. Гражданское общество — самодостаточный социум, способный для достижения всех своих целей и выполнения всех своих функций конструктивно распоряжаться всеми своими потенциалами и прежде всего — своим собственным государством... Правовое государство — юридический инвариант гражданского общества, уже подчинивший себя ему на основе верховенства собственных исторических, социально-экономических и юридических законов. Тот же смысл мож-*

но выразить другими словами. Правовое государство — государство, уже реально подчинившее себя гражданскому обществу и собственным законам на основе верховенства права над ним и собой» (Беляев 2002: 11–12).

Таким образом, *в качестве необходимого условия возникновения гражданского общества утверждается подчинение государства обществу, т. е. политической власти общественному сознанию.*

Действительно, считается, что и в либеральной, и в социалистической версиях гражданского общества важнейшим критерием последнего является «...существование свободного гражданского коллектива как объединения равноправных, автономных и активно действующих индивидов. *Наиболее существенным для гражданского общества является существование сферы, в которой отдельные индивиды, подчиненные собственным желаниям, капризам, руководствующиеся собственными физическими и духовными потребностями, стремятся к достижению “эгоистических” целей.* Это та сфера, в которой “бюргер” как частное лицо реализует собственные интересы, где (если воспользоваться гегелевским выражением) свободная, самоопределяющаяся индивидуальность выдвигает свои требования, направленные на удовлетворение своих желаний и личной автономии. Публичная сфера взаимодействия в гражданском обществе является публичным пространством лишь постольку, поскольку она отделяется от тех социальных факторов, которые вступают в нее именно как частные индивиды. Таким образом, там, где не существует частной сферы, не существует соответственно и сферы общественной: обе должны существовать в диалектическом единстве, сливаясь воедино... *Диалектика и напряженность между публичным и частным конституируют гражданское общество»* (Гражданское общество России... 2000: 43).

Выделяются три типа противоречий между гражданским обществом и государством. «Первый — это *антагонизм* как наиболее драматический вариант взаимодействия, когда сильное государство деспотического тоталитарного склада целеустремленно изничтожает ростки гражданского общества, видя в нем своего антипода, преследует любые попытки граждан отстаивать свои естественные права... Другое проявление данного антагонизма выглядит как *восстание* гражданского общества против государства, чаще всего именуемое революцией, противоречие обретает характер открытого социального гиперконфликта, когда силы, представляющие гражданское общество, поднимаются войной на государство... В первом случае возникает ситуация *дисномии* как системного беззакония, творимого государством. Во втором — ситуация *аномии* как атмосфера стихийного беззакония, насильственного слома и самопроизвольного распада большинства соционормативных структур институционального и неформального характера. В условиях перехода от неправовой государственности к государственности правовой антагонистическая парадигма социальных взаимодействий способна на протяжении какого-то времени заявлять о себе достаточно активно и резко.

*...Гражданское общество набирает силу и постепенно превращается в равновеликое начало, способное уравновешивать силу государства. Этот*

процесс его усиления, дифференциации, функционального усложнения не оторван от процесса обретения его контрагентом статуса правового государства. То есть обнаруживаются два существенных этапа. На первом из них государство намного сильнее гражданского общества. На втором же оба макроинститута выступают уже как две паритетные единицы с примерно одинаковыми социальными потенциалами, взаимодействуют на началах равноправного партнерства при разрешении обоюдных общественных проблем. Обе стороны активно способствуют обоюдному развитию собственных структур на взаимных договорных началах взаимоуважения и согласия... Третий тип противоречия, имеющий форму агона, — это фаза наивысшей зрелости созидательных способностей и гражданского общества, и правового государства. Здесь пускает глубокие корни взаимная убежденность, что ни одна из сторон не может существовать без другой, что чем эффективнее и продуктивнее деятельность одной, тем содержательнее существование другой. В этих условиях рождаются долгосрочные программы социокультурного сотворчества, еще более укрепляющие союз гражданского общества и правового государства, выступающих как две равновеликие, равноценные ипостаси цивилизованного социума. Каждая из них дополняет до необходимой ценностной, нормативной и смысловой полноты общую модель цивилизованного общежития. А вместе они придают социальной системе повышенную устойчивость перед лицом возможных испытаний» (Гражданское общество России... 2000: 91–94).

Впрочем, У. Бек считает, что, с одной стороны, развитые демократии современности потому собственно и развитые, что в свое время создали множество способов ограничения и контроля политической власти; но, с другой стороны, этот же контроль приводит сегодня к «стерилизации» самой политики. Так, «в ходе реализации основных прав создаются и обретают стабильность центры субполитики — причем ровно в той мере, в какой эти права содержательно наполнены и защищены в своей самостоятельности от вмешательства политической (или экономической) власти. Если этот процесс реализации гражданских и основных прав на всех его этапах толковать как процесс политической модернизации, становится понятно на первый взгляд парадоксальное высказывание: *политическая модернизация лишает политику власти, размывает ее границы и политизирует общество*, — а точнее, обеспечивает мало-помалу возникающим при этом центрам и сферам активности субполитики шансы внепарламентского со- и контрконтроля.

...Здесь зримо проступает противоречие, в какие процессы демократизации попадают на стадии рефлексивной модернизации: *с одной стороны, на фоне осуществленных основных прав вычленяются и оформляются возможности участия в управлении обществом и возможности контроля во многих сферах субполитики. С другой стороны, это развитие проходит мимо исконной колыбели демократии — парламента*. Формально существующие права и компетенции на принятие решений истончаются. Политическая жизнь в изначальных центрах формирования политической воли теряет содержательность, грозит окостенеть в ритуалах. Иными словами, *наряду с*

*моделью специализированной демократии все более реальными становятся формы новой политической культуры, через которые разнообразные центры субполитики, опираясь на соблюденные основные права, влияют на процесс формирования и осуществления политических решений <...> Проявляется “эффект усилителя”: основные права могут осуществляться постепенно и развиваться, подкрепляя друг друга, а тем самым усиливаясь и “мощь сопротивления” “базиса” и “подчиненных инстанций” непопулярным вмешательствам “сверху”. Все демократические исследования говорят о растущем самосознании и заинтересованности граждан в участии столь же впечатляюще, сколь многообразие изменчивых гражданских инициатив и политических движений свидетельствует об авторитарном понимании демократии как о “сопротивлении государственной власти”» (Бек 2000: 292–300).*

Таким образом, можно выделить три этапа в развитии гражданского общества, каждый из которых будет отражать форму гражданского общества. Так, если первый этап характеризуется развитием гражданских инициатив, расширением влияния общества в делах государственной власти, а на втором этапе властные потенциалы общества и государства уравниваются, «здесь они взаимодействуют на началах равноправного партнерства при разрешении обоюдоважных общественных проблем», то третий этап знаменует собой победу гражданского общества над государством, что на простом языке означает политическую «стерилизацию» государства.

Итак, генезис гражданского общества не является панацеей от всех социально-политических бед, впрочем, на основе изучения генезиса можно определить «золотую середину», норму в развитии гражданского общества, тогда как крайности — «недогражданственность общества» или же «стерильность государства» — обозначить как некую патологию в развитии дихотомии гражданское общество — правовое государство.

### **Правовые ожидания**

Ф. Хайек (Hayek 1960), рассматривая принцип верховенства права, выделял в нем три аспекта: «...законы должны быть общими и абстрактными, не имеющими целью регулирование конкретных действий граждан; законы должны быть доступными для всеобщего ознакомления и четко сформулированными, чтобы граждане могли знать заранее, что их действия соответствуют закону; законы должны применяться одинаково ко всем лицам». И далее: «...только соблюдение общих правил делает возможным мирное сосуществование людей в обществе» (Цит. по: Боуз 2004: 129–130).

«Суть социальности, — пишет Т. Шипунова, — заключается в совместной скоординированной деятельности индивидов по достижению общей цели выживания. Общество возникло и продолжает существовать на основе взаимодействий людей в процессе трудовой деятельности. А успешное достижение намеченного результата коллективного труда выдвигает само собой разумеющиеся (очевидные, естественные) требования должного к членам первобытного коллектива, которые формируются сначала на невербальном уровне и выступают как объективно существующие элементы необходимого

порядка, никем специально не придуманные, но лежащие в основе организации трудового процесса. Если сначала эти правила не вербализуются и действуют на людей как объективные природные силы, то потом, по мере развития рефлексивной способности человека, начинают осмысливаться и осознаваться, вербализуясь и превращаясь в настоящие социальные нормы-требования или нормы-запреты». Таким образом, *социальная норма — это «спонтанно сложившаяся в обычаях и традициях и/или сознательно установленная законодателем мера обязательного, дозволенного или запрещенного повеления и деятельности людей и социальных систем»* (Шипунова 1998: 20–21).

Сообразно признаку «способа регулирования» Ю.В. Кудрявцев выделяет следующие виды норм: а) *запрещающие* указывают на действия, которые не следует совершать, эти нормы очерчивают круг негативных поступков, их совершение влечет за собой применение правовых и общественных санкций; б) *обязывающие* указывают на требуемые от субъекта действия, его обязанности, их нарушение также влечет применение санкций; в) *дозволяющие* указывают на варианты поведения, которые не запрещены, они для общества часто желательны, но не обязательны (Кудрявцев 1984: 77–93).

При этом Т. Шипунова отмечает, что «запрещающие и обязывающие нормы вполне адекватно отражают конкретный характер предписания должного поведения. Что же касается дозволяющих норм, то они являются порождением обществ с тоталитарными режимами, в которых главный императив человеческого поведения выражается формулой “запрещено все, что не дозволено”. Понятно, что выделение дозволяющих норм в демократических обществах лишено смысла, поскольку в них должен действовать иной императив человеческого поведения — “дозволено все, что не запрещено”» (Шипунова 1998: 20–21).

В этой связи можно привести слова В. Гумбольдта, который писал: «...я считаю граждан безопасными в государстве, когда чужие посягательства не служат им помехой в пользовании присвоенными им правами — будут ли эти права касаться их личности или имущества; безопасность, следовательно, если это выражение не слишком коротко и не покажется вследствие этого неясным, состоит в “уверенности в закономерной свободе”. Но эта безопасность нарушается не всеми теми действиями, которые служат человеку помехой в проявлении его сил или в пользовании его имуществом, но только такими, которые делают это в противность праву. Потому что *только действительные нарушения права требуют вмешательства другой власти помимо той, какой обладает каждый отдельный человек*; только то, что служит этим нарушениям помехой, приносит чистую выгоду истинному человеческому развитию; между тем как всякое другое вмешательство государства как бы создает препятствия на его пути; наконец, только это вытекает из безошибочного начала (принципа) необходимости, так как все остальное построено лишь на неверной почве утилитарности, рассчитанной на основании обманчивых вероятий.

*...Безопасность должна быть обеспечена, с одной стороны, всем гражданам одинаково, с другой — самому государству.* Безопасность самого госу-

дарства имеет объект большего или меньшего размера согласно тому, насколько распространяют или ограничивают его права, и поэтому определение его зависит здесь от цели, с которой даются ему эти права... Безопасность нарушается либо такими действиями, которые по своему существу представляют посягательство на чужое право, либо такими, от последствий которых может произойти нарушение этого права... Государство должно запретить или постараться предупредить оба разряда действий... Оно должно также стремиться сделать их безвредными, с помощью законного вознаграждения понесенного ущерба — и попытаться наказаниями уменьшить повторяемость их в будущем, если они раз уже совершились» (Гумбольдт 2003: 101–103).

Д. Боуз указывает на существование в современной Америке дискуссии по вопросу о так называемых «ложных правах». Так, «когда права становятся просто юридическими требованиями, связанными с интересами и предпочтениями, появляется почва для политического и социального конфликта. В отличие от прав между интересами и предпочтениями разных людей могут возникать противоречия. В свободном обществе подлинные права человека не противоречат друг другу. Однако существует много конфликтов среди держателей так называемых прав на социальное обеспечение, требующих, чтобы кто-то другой обеспечил нас тем, что мы желаем иметь, будь то образование, медицинская помощь, пособия, субсидии фермерам или беспрепятственный вид через чужую землю <...> Американские коммунитаряны конца XX века считают, что “коммуна”, “сообщество” должны в некотором смысле быть превыше индивида, поэтому нет ничего удивительного в их предложении “перестать болтать” о правах... С точки зрения либертарианцев, у нас есть бесчисленное множество прав, заключенных в одном естественном праве. *Человек имеет одно фундаментальное право: самому выбирать, как ему жить, если он не нарушает равных прав других людей...* В либеральном обществе люди принимают на себя риски и обязательства, заключая договоры» (Боуз 2004: 66–67).

К сожалению, либеральный политико-правовой порядок произвел на свет массового человека, правильнее, человека массового потребления. На этот счет Х. Ортега-и-Гассет (Ortega y Gasset 1932: 318) еще в 1932 г. писал: «... ценность культурной элиты заложена в ее готовности принять ответственность за строгость соблюдения норм, без чего цивилизация невозможна. Она посвящала жизнь служению высоким идеалам. “Благородство определяется требованиями, которое оно к нам предъявляет, — обязанностями, а не правами”. Массовый человек, с другой стороны, не видел нужды в обязанностях и не имел понятия, что они значат, не знал “чувства великого долга перед историей”. Вместо этого он утверждал “право на пошлость и пошлость как право”. Одновременно разобиженный и довольный собой, он отвергал всё “непохожее, недюжинное, личностное и лучшее”. Он был “неспособен принять никакое руководство”. Не имеющий ни малейшего разумения о хрупкости цивилизации или о трагическом характере истории, он бездумно жил, питая “уверенность, что завтра мир, как если бы ему был свойствен неистовый рост, станет богаче, еще шире и совершеннее”» (Цит. по: Лэш 2002: 23–24).

Как видится, свобода жить, свобода перемещаться и свобода выбора не являются идентичными понятиями праву на жизнь, праву на перемещения и праву на выбор. Между двумя рядами понятий стоит ключевое различие: свобода предполагает самостоятельность, тогда как право — гарантии. Более того, подчас именно это различие наполняет вышеуказанные понятия противоположным смыслом. К примеру, свобода личности на жизнь предполагает самостоятельность личности в процессе удовлетворения своих потребностей, даже если это удовлетворение осуществляется в ущерб другим; тогда как право на жизнь включает в себя свободу личности на жизнь, означает гарантии. Сегодня возникает довольно парадоксальная ситуация; как уже указывалось, всякий живой человек обладает естественными потребностями: это потребность в безопасности, потребность в «отрицательной энтропии», потребность в деятельности и потребность в управлении. И если вторые две потребности в своей сути основываются на первых двух, то последние являют собой основу основ человеческого существования — безопасность и «отрицательная энтропия», без которых человек обречен на гибель. Проблема заключается в том, что *право на жизнь, которое провозглашается сегодня, — это не более как профанация, поскольку соблюдение права человека на жизнь предполагает обеспечение хотя бы минимальных условий жизни — безопасности и потребления.* Как видится, гарантий права на жизнь сегодня не существует, это право не связано с источником позитивного права — государством, ведь признание права должно сопровождать его (права) обеспечение; так, *признание права на жизнь должно сопровождать признание права человека на безопасность и минимальное потребление.*

Учитывая тот факт, что свобода — это социальное явление, поскольку подразумевается свобода воли человека от чужой воли, а не абсолютная свобода от окружающей, объективной реальности, указанные гарантии противоречат самой основе либеральной идеологии, укрепившейся в современном мире, поскольку гарантировать подобные права способно лишь государство. Получается, что право на жизнь провозглашаемое сегодня, — всего лишь профанация, всего лишь красивая «вывеска», за которой скрывается совсем иное, даже противоположное — право человека на жизнь по сути означает право человека на свободу — свободу жить и свободу умереть.

### **Спрос на права**

Как уже отмечалось, право по своей сути — это соглашение о свободе, обремененной обязанностью, контроль за исполнением которого осуществляет государство. А. Подгурецкий определял право как «формализацию взаимных обязанностей и правомочий, которые применительно к существующему, накопленному общественному опыту поддерживают данную социальную систему. Или же, еще проще: *право — это формализация отношений взаимных правомочий и обязанностей, поддерживающих данную социальную систему.* Понимание права только как действующего права суживает это понимание и заставляет рассматривать беспорядки, вызванные притеснениями и составляющие законное выражение протеста, только как

нарушение правового порядка. Но как было показано выше, такая точка зрения является слишком узкой... В соответствии с предложенным определением формализованный образец поведения, то есть взаимное отношение правомочий и обязанностей, выраженное обычно в общественном сознании, также является правом, хотя бы этот образец поведения и не был записан в виде правового предписания.

...Поэтому представляется необходимым различать две формы права: (а) действующее право, то есть право, которое является выражением актуальных решений о том, как данная социальная система в данное время и в данном месте должна функционировать; (б) правовое чувство, которое иногда совпадает с действующим правом, а иногда и не совпадает, которое в целом является выражением внутренних процессов, происходящих в недрах данной социальной системы, а также зачастую и превосходит официальное право» (Подгурецкий 1974: 260–261).

Б.А. Кистяковский в этой связи писал, что «при социально-научном изучении права надо признать осуществление права основным моментом для познания его и соответственно этому исходить из рассмотрения права в его воплощении в правовых отношениях. Итак, *надо смотреть на то право, которое живет в народе и выражается в его поведении, в его поступках, в его сделках, а не на то право, которое установлено в параграфах кодексов*» (Кистяковский 1999: 206).

А.-Ж. Арно утверждает, что «подобно тому, как ультрафиолетовые и инфракрасные лучи обязаны своим названием месту своего нахождения в конце светового спектра, едва различимого человеческим глазом, следует признать за *“инфра-правом”* все то, что соприкасается с чисто юридическим в собственном смысле, в то же время не будучи правом в позитивном значении этого понятия». И далее: «...право и *“инфра-право”* образуют как бы две параллельно функционирующие системы <...> Под *“инфра-правом”* Ж. Карбонье понимает систему норм и технических процедур, которые заведомо лишены и организационной техники исполнения, и официальных исполнителей. По его мнению, *“обыденное право”*, образующее основную часть инфра-права, возникает из практической потребности не искусственных в правовой технике людей создать для себя некое подобие кодекса поведения, опирающегося на действие автономно существующих обычаев, перемешанных с элементами государственного правопорядка. Он полагает, что элементы, составляющие *“инфра-право”*, обладают свойствами интернормативности, в смысле смешения норм с обыденными представлениями и с обычной практикой, которая расценивается исполнителями как имеющая правовое значение» (Арно 1980: 20–22).

А.-Ж. Арно полагает, что *«обыденное право»* по преимуществу имеет дело с фактическими ситуациями и его не следует смешивать с правом в его чистом виде, хотя принимать во внимание следует всегда. В определенном смысле *“инфра-право”*, будучи далеко не однородным по структуре, как бы конкурирует с позитивным правом, поскольку огромное количество сделок и действий совершается без участия права. Настаивая на том, что *“обыденное право”* не следует смешивать с позитивным правом, мы исходим из специфики этой категории, имеющей по преимуществу внеправовой характер,

ибо признание противоположной концепции привело бы нас к смешению категорий бытия и долженствования» (Там же).

Наконец, *«право есть идеализм, каким парадоксом это не звучит: не идеализм фантазии, но идеализм характера, т. е. человека, который чувствует себя самоцелью и пренебрегает всем остальным, когда его задевают в этой его сокровенной сущности, — писал Р. Иеринг. — У народа, у которого вошло во всеобщую практику, что каждый храбро защищает свое право даже в малом и ничтожном, никто не решится отнять высшее его достоинство; и потому это не случайность, что тот же самый народ древности, который может похвалиться наивысшим политическим развитием внутри и достижением наибольшего могущества во вне, именно — народ римский, обладал в то же время и наиболее разработанным частным правом... От кого исходит это покушение на его права — от отдельного лица, от собственного ли правительства или от чужеземного народа — это для него безразлично. Вопрос о сопротивлении, какое он оказывает таким покушениям, решает не личность нападающих, а энергия его правового чувства, моральная сила, с которой он имеет обыкновение охранять себя»* (Иеринг 1991: 47–48).

Как видится, выделяемые теоретико-методологические «срезы» права, основанные на правопонимании — естественно-правовом, социологическом и догматическом, — отражают не что иное, как этапы генезиса права. Видение права в «догосударственном» ракурсе, как его понимают представители естественно-правовой школы, — это видение так называемого «инфра-права», права «не вооруженным» взглядом не видимого, но уже фактически существующего. Напротив, «основные права, — утверждает К. Хессе, — не «заданы природой», т. е. не имеют догосударственного и доправового характера, поскольку обеспечиваются только при позитивном государственном правопорядке. Без правового обеспечения, оформления и ограничения государством, без правовой защиты основные права не смогли бы предоставить индивидууму конкретный реальный статус свободы и равенства и выполнить свои функции в жизни общества» (Хессе 1981: 150); очевидно, что догматическое видение права отражает нормативное бытие права.

Наконец, существует позиция, что если «уподобить право живому организму, то позитивное право можно считать телом, а право естественное — душой. Считать правом только нормы значит признать его бездушным, а только идеи — бестелесным. Слияние тела и души — самый благоприятный исход. Но столь благоприятный для общества вариант сравнительно редок в общественной практике. Гораздо чаще естественное и позитивное право не совпадают, находятся в противостоянии» (Драма российского закона 1998: 40). «Цель права есть мир, средство для достижения этой цели — борьба, — писал Р. Иеринг. — Всякое право в мире было добыто путем столкновений, каждое важное правоположение надо было сначала отвоевать у тех, кто ему противился, и каждое право — все равно, отдельного ли лица, или целого народа — предполагает постоянную готовность его отстаивать» (Иеринг 1991: 5).

Эту борьбу, это противостояние, этот клубок противоречий и конфликтов, мешающих и стимулирующих, лоббирующих и бойкотирующих сли-

яние души права с его телом — естественного права с позитивным, мы назовем прото-правом, или сутью социологического правопонимания. *Право, таким образом, возникая в виде «инфра-права», становится «интересом, отстаиваемым в борьбе», или «прото-правом», и лишь затем становится «позитивным государственным правопорядком» — «нормо-правом». Этот феномен мы обозначим как последовательность генезиса права.* Однако со временем путь от «инфра-права» до «государственного правопорядка» сокращается: «борьба за право» утрачивает революционный пыл и приобретает эффективную социальную форму, когда защита права не требует излишних затрат социальной энергии, но сменяется эффективными механизмами правореализации и правозащиты; этот феномен объясняется уже упоминавшейся закономерностью генезиса права — его эволюционностью.

### **Предложение права**

Н.Н. Вопленко пишет: *«...нормы права представляют собой государственно-обязательные, формально определенные правила поведения, опирающиеся на силу и мощь государственного принуждения. Правовая норма есть конкретное правило поведения, рассчитанное на неоднократное применение, установленное или санкционированное государством и обеспечиваемое мерами государственного принуждения.* Основными признаками правовых норм являются: регулирование наиболее важных для интересов государства и общества отношений между людьми; повышенная степень формальной определенности; государственная обязательность; представительско-обязывающее содержание. Данные свойства определяют инструментальную ценность правовых норм и позволяют отличать их от других видов социальных норм. Разумеется, что наиболее ярким признаком правовых норм, в отличие от всех других социальных правил общественного поведения, является гарантированность их мерами государственного принуждения. Как отмечал Р. Иеринг, *“правовая норма без принуждения — это огонь, который не жжет, свет, который не светит”*» (Вопленко 2003: 27–28).

Несоответствие между писанным правом и правом, осуществляющимся в жизни, отмечал еще Б.А. Кистяковский; он связывал это несоответствие «с самой природой того и другого». В частности, он писал: *«...писанное право состоит из общих, абстрактных, безличных и схематических постановлений; напротив, в жизни все единично, конкретно, индивидуально. Притом жизнь так богата, многостороння и разнообразна, что она не может целиком подчиниться контролю закона и органов, наблюдающих за его исполнением...* К тому же писанное право неподвижно, оно изменяется только спорадически, и для изменения его всякий раз требуется приводить в движение сложный механизм законодательной машины. Напротив, правовая жизнь состоит из непрерывного движения, в ней все постоянно изменяется, одни правовые отношения возникают, другие прекращаются и уничтожаются. Таким образом, правовая жизнь может уклониться от действующего писанного права, что, однако, до известного момента несколько не будет влиять на формальную силу писанного права. Писанное право или, вернее,

учреждения, которым надлежит весть его осуществление, часто вступают в борьбу с правовыми явлениями жизни, отклоняющимися от писанного права. Пока эта борьба ведется, писанное право сохраняет полную силу, оно имеет все шансы победить. Но “как только”, по словам Шпигеля, “писанное право отказывается от борьбы и спокойно принимает противозаконие (Rechtswidrigkeit) и притом не как единичное, изолированное противозаконие, а как противозаконие массовое, тогда именно обнаруживается, что правовая норма, которой это касается, больше не действует”. Поэтому Шпигель приходит к заключению, что “закон и действительное право не необходимо должны покрывать друг друга”. Это же положение еще раньше высказал Зинцгеймер в следующих словах: *“нет нужды в том, чтобы установленное право совпадало с правовой действительностью, и оно в самом деле во многих отношениях не совпадает с нею. Ибо не все действующее право действительно и не все действительное право выражено в писанных нормах”*» (Кистяковский 1999: 206–207).

Впрочем, «если законодателью удастся достаточно адекватно и доступно для населения выразить доминирующие в обществе представления о справедливости, о правомерном и неправомерном в человеческих отношениях, о вине и ответственности, о соотношении между правонарушением и наказанием и т. д., то субъекты права в своей массе смогут в принципе верно ориентироваться в правовом пространстве, руководствуясь своим правовым чувством и правовыми представлениями» (Лапаева 2000: 204), — справедливо отмечает В.В. Лапаева.

При этом в современном законодательном процессе отмечаются «своего рода “приливы” и “отливы”, когда его жизненный цикл то сужается и ограничивается временем и объемом отдельных стадий, то расширяется и приобретает вид “законодательного конвейера”» (Драма российского закона 1998: 52). В этой связи В.П. Казимирчук и В.Н. Кудрявцев пишут: «...законодательная социология представляет собой исследование социальных факторов, определяющих общественное действие и эффективность законодательной деятельности. Это направление приобретает особое значение в свете профессионализации законодательной деятельности и создания постоянно действующих институтов парламентского типа взамен малодемократической процедуры, когда депутаты законодательного органа собирались на несколько дней в году, чтобы “единогласно” утвердить решения, представленные на их рассмотрение исполнительными органами. Иными словами, реформа законодательства немыслима сегодня как без коренного пересмотра ряда устаревших положений конституционной теории, так и без формирования общей социологической концепции закона, направленной на совершенствование демократической практики законодательного процесса» (Казимирчук, Кудрявцев 1995: 3–4).

Следует согласиться с Л.С. Явичем, который писал: «...люди не могут отменить или изменить законы бытия права; не считаясь с ними, они лишаются возможности использовать правовое регулирование в определенных целях и задачах; познав закономерности права, они в состоянии использовать эти

знания и повысить эффективность правового воздействия». И далее: «*отрицание действия необходимости и закономерности в праве с практической стороны прививает волюнтаризм*» (Явич 1980а: 74).

Именно к правовому волюнтаризму приводит современная отечественная законодательная практика, когда право формируется на основе здравого смысла законодателя, подчас не имеющего ничего общего с реальными потребностями общества. Примером может послужить целый ряд законопроектов в рамках так называемого автомобильного права (попытки запретить эксплуатацию автомобилей с правым рулем или же автомобилей с «поворотниками» красного цвета), не нашедших в общественном сознании ничего кроме возмущения и, как следствие, протеста, тогда как, учитывая закономерности в развитии права, законодатель смог бы уберечь себя от справедливой критики, обеспечив общество тем правом, в котором само общество испытывает спрос. «*Право противостоит произволу не просто в силу своей нормативности, но, главным образом, в силу общезначимости и необходимости*» (Явич 1980б: 41) — указывал Л.С. Явич. И даже если субъект правовой формализации — государство — считает необходимым нормировать те или иные общественные отношения, но практика показывает, что подобная формализация имеет явно конфликтогенный характер, то подобное нормирование носит явно волюнтаристский характер, что в конечном итоге приводит к дисбалансу правовой системы и как следствие — к неустойчивости правового порядка.

Итак, последовательность, эволюционность и необходимость права — это «три кита», три наиболее общих закономерности генезиса права, на которых покоится равновесие правовой системы общества и от изучения и соблюдения которых зависит эффективность правового регулирования.

### **Правовой комфорт**

А. Подгурецкий пишет: «...гипотеза трехступенчатого действия права такова: изданные законодателем абстрактные правовые предписания воздействуют на социальное поведение через три основные переменные; *первая независимая переменная* — это то содержание, значение, какое придает данному правовому предписанию тип социально-экономических отношений, в рамках которого это предписание выступает элементом действующей правовой системы. *Вторая независимая переменная* — это род, тип подкультуры, которая действует в рамках данного социально-экономического строя как связующее между указаниями законодателя и социальным поведением получателей правовых предписаний. *Третья независимая переменная*, которая может по-разному изменять действие абстрактного правового предписания в данном социально-экономическом строе в рамках данной правовой подкультуры, — это тип личности, который является конечным реализатором указаний данного предписания». При этом, «абстрактное правовое предписание начинает действовать тогда, когда в виде сложного комплекса доходит до своего получателя. Звенья этого комплекса складываются из трех метанорм: *метанормы, вытекающей из характера социально-экономического*

строю, метанормы, черпающей свое содержание из определенной правовой подкультуры, и метанормы, вытекающей из личности индивида, принимающего решения о правильности поведения» (Подгурецкий 1974: 286–287).

Таким образом, тип социально-экономических отношений, тип правовой подкультуры и тип личности определяют в конечном счете действие правовой нормы. Как видится, список неполный; очевидно, что помимо вышесказанного фундаментальное значение в исследуемой проблеме имеет тип самого права, «метанорма права». Так, *четвертой независимой переменной в концепции действия права является само право, вернее, его «образ», — геитальт.*

Н.Н. Вопленко указывает, что «в вопросе о понимании понятий “право” и “образ права” заложены теоретические возможности неутихающей дискуссии в среде юристов, философов и социологов о том, что есть право. Между тем очевидно, что это весьма разные понятия. *В системе научного познания следует различать объект отражения и форму отражения объекта на чувственном и рациональном уровнях, которые в совокупности формируют образ исследуемого явления.* Образ объективен по своему источнику — отражаемому объекту и идеален по способу (форме) своего существования. Отсюда право как особое социальное явление выступает объектом пристального внимания и отражения людьми в форме идей, взглядов, теорий, чувств, эмоций и т. д. Сердцевину данного объекта составляют правовые веления, то есть нормы права. Само же право в виде его общего образа предстает не только как система государственно-обязательных норм, но как правовое сознание, правовые отношения. *Общий образ права, таким образом, гораздо богаче и шире по объему, чем отражаемый им объект. Другими словами, следует различать право как систему формально-определенных, государственно-обязательных норм и сферы его социальной жизни, области проявления его регулятивных свойств в общественной жизни. Нормы права есть его содержание; правосознание и правовые отношения — специфические формы бытия норм»* (Вопленко 2003: 39).

Считается, что *«легитимность в самом общем виде означает отношение людей к закону.* В этом смысле положительное отношение людей к закону, поддержка закона как гражданами, так и юридическими лицами, означает легитимность закона. И наоборот, отрицательное отношение людей к закону, его неприятие означает, что закон не легитимен. Легитимность включает, по крайней мере, две стороны. С точки зрения формальной (объективной) легитимность означает принятие закона или иного нормативного акта надлежащим органом и в установленном порядке. Если эти требования соблюдены, то закон формально легитимен.

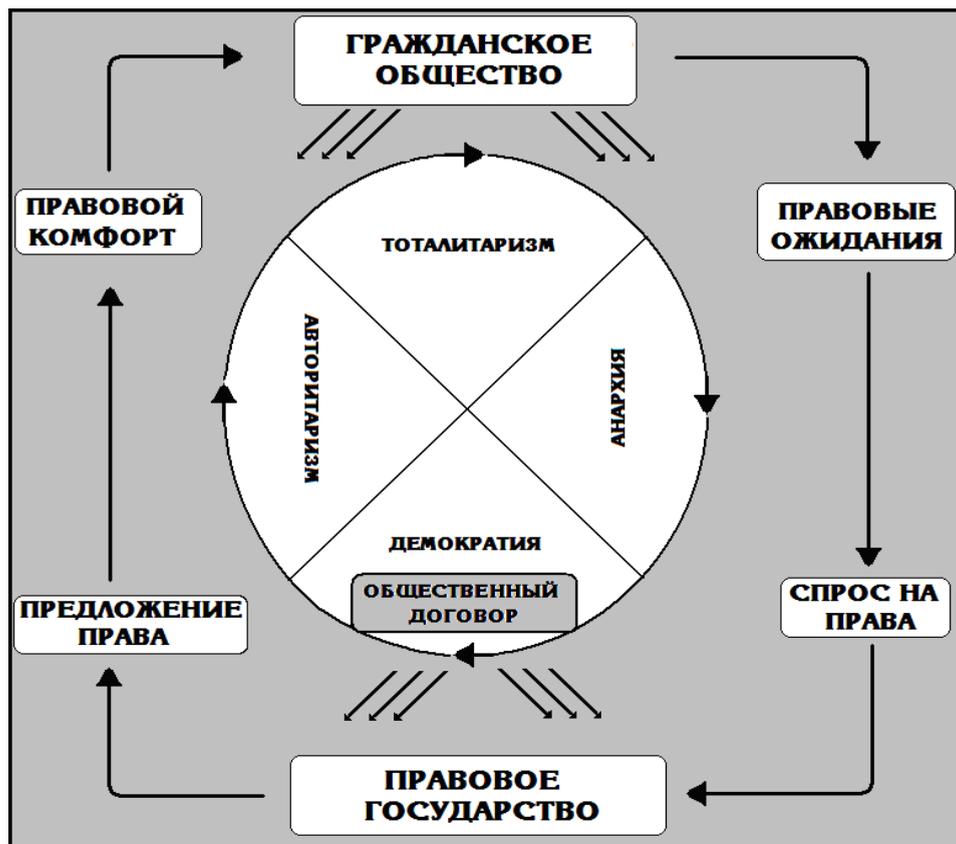
*...Легитимность не может пониматься в отрыве от существа закона, его содержания... Если закон поддерживается людьми, положительно воспринимается людьми, то он претворяется в жизнь и оказывается фактически легитимным. Эту существенную сторону легитимности можно было бы именовать легальностью закона. Легитимность закона в полном объеме должна опираться и на его легальность. Только легальный закон легитимен. Идеальным является совпадение формальной легитимности и*

легальности закона. Когда такое совпадение достигается, проблема легитимности вообще не возникает: закон принимается как положено, положительно воспринимается содержание закона, и он претворяется в жизнь. Проблема легитимности возникает тогда, когда формальная легитимность и легальность закона не совпадают. В подобных случаях реализация закона становится проблематичной. Различие между формальной легитимностью и легальностью закона базируется на известной концепции различия права и закона, различия естественного и позитивного права. *Легальным следует признать только правовой закон, т. е. закон, проводящий и закрепляющий правовую идею (справедливости, свободы, прав человека и др.). Такой подход с необходимостью требует механизма отличия правового закона от неправового. Это коренная проблема для всей концепции различия закона и права»* (Драма российского закона 1998: 43–44).

Таким образом, правовым следует считать тот закон, который обеспечивает правовое равновесие общественной системы, поддержания сбалансированности нормативной системы общества.

Визуально концепцию правового равновесия общества иллюстрирует рисунок.

Схема правового равновесия общественной системы.



Правовой комфорт — это не просто позитивное восприятие закона обществом, но оценка обществом эффективности и применимости данного закона, степени влияния данного закона на общественное и правовое сознание. И если право, по словам Г. Радбруха, это «*действительность, ценность которой заключается в том, чтобы служить справедливости*» (Радбрух 2004: 44), то *правовой комфорт — это справедливость, заключенная в праве и отраженная социальностью.*

### **Литература**

Арно А.-Ж. Изучение предзаконодательного процесса — вклад в развитие теории нормотворчества // СССР — Франция: социальные вопросы правотворчества. М., 1980.

Бек У. Общество риска: На пути к другому модерну / Пер. с нем. В. Седелника, Н. Федоровой; Послесл. А. Филиппова. М., 2000.

Беляев В.Г. Профессионализм как доминанта высшего юридического образования // Проблемы эффективности юридического образования / Под общ. ред. Ф.В. Глазырина. Волгоград, 2002.

Боуз Д. Либертарианство: История, принципы, политика / Пер с англ. под ред. А.В. Куряева. Челябинск, 2004.

Вопленко Н.Н. Право в системе социальных норм. Волгоград, 2003.

Гражданское общество России: перспективы XXI века / Под общ. ред. В.Г. Марахова. СПб., 2000.

Гумбольдт В. О пределах государственной деятельности. М., 2003.

Драма российского закона (серия «Конфликт закона и общества») / Отв. ред. В.П. Казимирчук. М., 1998.

Иеринг Р. Борьба за право. М., 1991.

Казимирчук В.П., Кудрявцев В.Н. Современная социология права. М., 1995.

Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб., 1999.

Кудрявцев Ю.В. Социальные нормы // Социальные отклонения: Введение в общую теорию. М., 1984.

Лапаева В.В. Социология права. М., 2000.

Лэш К. Восстание элит и предательство демократии / Пер. с англ. Дж. Смити, К. Голубович. М., 2002.

Подгурецкий А. Очерк социологии права / Пер. с польск. А.Б. Венгерова; Под общ. ред. А.Р. Ратинова. М., 1974.

Проблемы буржуазной теории права / Отв. ред. Н.Н. Разумович. М., 1981.

Радбрух Г. Философия права: Пер. с нем. М., 2004.

Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. М., 1996.

Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М., 1981.

Шипунова Т. Правовое нормотворчество как элемент социального контроля // Социальный контроль над девиантностью / Науч. ред. Я.И. Гишинский. СПб., 1998.

Явич Л.С. Необходимость и случайность, возможность и действительность в праве // Методологические проблемы советской юридической науки / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев. М., 1980а.

Явич Л.С. Сущность, содержание и форма в праве // Методологические проблемы советской юридической науки / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев. М., 1980б.

Friedman L.M. The legal system: A social science perspective. New York, 1975.

Hayek F.A. The Constitution of Liberty. Chicago, 1960.

Ortega y Gasset J. The Revolt of the Masses. New York, 1932.