

ТЕОРИЯ ПРАВА

В. В. Денисенко

кандидат юридических наук, доцент
Воронежский государственный университет

ЮРИДИФИКАЦИЯ ОБЩЕСТВА И КОНЦЕПЦИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

В современной России важной научной и практической проблемой является увеличение количества нормативных актов. В научной литературе довольно часто говорится о том, что «борьба с «перепроизводством» законов, их укрупнением и объединением приобретает все более актуальное значение»¹. Между тем какого-либо эффективного решения указанной проблемы так и не было найдено. Не последнюю роль в этом играет и отсутствие научного осмысления проблем расширения предмета правового регулирования на уровне концепции правовой политики. Раскрывая проблемы отечественного правового регулирования, важно отметить, что расширение предмета правового регулирования является общей тенденцией для всех индустриально развитых стран. Например, в Новой Зеландии «за последние 10 лет правительство ввело более 1600 законов и положений»². Таким образом, можно констатировать, что увеличение количества позитивного права является неизбежным спутником развития современной цивилизации и актуально не только для России.

Так как для любого современного социального государства характерен рост количества и специализации позитивного права, то расширение области правового регулирования является одной из обсуждаемых вопросов и в зарубежной науке. В научной литературе при исследовании проблем правового регулирования при характеристике процессов увеличения позитивного права используются различные термины: правовой взрыв, правовое загрязнение, неконтролируемое размножение правовых норм. На наш взгляд, наиболее удачным для характеристики увеличения сферы правовых отношений является термин «юридификация». Обычно процесс юридификации общества связывают с формированием государства «всеобщего благоденствия», т.е. социального государства; между тем ряд исследователей видят более глубокие причины расширения сферы действия позитивного права. В частности, Ю. Хабермас выделяет четыре исторических этапа юридификации западного общества. Первоначально этот процесс был связан с периодом

¹ *Пиголкин А. С.* Законодательная техника. М., 2000. С. 251.

² Цит. по: *Голоскоков Л. В.* Модернизация российского права. М., 2006. С. 68.

абсолютизма, когда позитивное право монополизировало право государственного принуждения за монархом, ослабив феодальное влияние. Затем происходит расширение правового регулирования в связи с формированием либерального правового государства, когда после буржуазных революций конституционное регулирование закрепляет политические и экономические гарантии от вторжения власти. Третий этап связан с предоставлением гражданам всеобщего избирательного права, что естественно расширило сферу позитивного права. Последняя четвертая «волна» юридификации связана с формированием социального государства «всеобщего благоденствия»³. Таким образом, можно сказать, что увеличение количества позитивного права связано с эволюцией общества в целом. «Технический прогресс бесконечно приводил к обновлению взглядов и условий жизни человека. Право должно было всякий раз к ним приспосабливаться и управлять новыми сферами и новыми формами человеческой деятельности, чтобы в одном случае их развивать, а в других случаях ограничивать их развитие», — указывает Ж. Л. Бержель⁴.

Являясь неизбежным спутником социального развития, юридификация общества влечет как позитивные, так и негативные последствия. Позитивный аспект, прежде всего, связан с выполнением государством социальной функции, что является необходимым условием для снятия остроты экономических общественных противоречий. Неизбежное при этом регулирование большинства общественных отношений правом, а не иными регуляторами является средством преодоления экономических конфликтов.

Во-вторых, позитивное значение расширения сферы действия права более связано с обеспечением гарантий прав человека в современный период и увеличением свободы личности. «Три последующие волны юридификации гарантировали рост свободы постольку, поскольку они были способны обуздать в интересах граждан и частных правовых субъектов политическую и экономическую динамику, которая была высвобождена правовой институционализацией таких средств, как власть и деньги»⁵.

Однако расширение предмета правового регулирования и детальная юридическая регламентация поведения граждан в так называемых государствах «всеобщего благоденствия» во второй половине XX в. привели и к негативным последствиям. В качестве таковых следует указать уменьшение эффективности права, несмотря на его количественное увеличение, а также избыток позитивного права, что вызывает сложности правового регулирования. По мнению английского исследователя Р. Сасскинда, «...для управления создано слишком много зако-

³ *Habermas J. The Theory of Communicative Action. Cambridge, 1996. Vol. 2. P. 357.*

⁴ *Бержель Ж. Л. Общая теория права. М., 2000. С. 286.*

⁵ *Habermas J. The Theory of Communicative Action. Vol. 2. P. 357.*

нов ...наши нынешние методы управления правовыми средствами, основанные на бумажных и печатных технологиях, не способны решить проблемы с объемом и сложностью права, которое управляет нами»⁶.

Уменьшение эффективности и избыток права связаны также с разрушением общественных связей в современном обществе. Частная сфера общественной жизни регулировалась до формирования социального государства через консенсуальные механизмы согласования действий, основанных преимущественно на моральных правилах. При замене позитивным правом общественных регуляторов, основанных на воспроизводстве культуры, неизбежно возникают общественные патологии. Субъекты отношений перестают ориентироваться на взаимопонимание, юридические правила требуют дальнейшей детализации, что связано с бюрократизацией общественной жизни и дальнейшим «разрастанием» права.

Правовое регулирование в современном социальном государстве предельно детально регламентирует жизнь человека, бюрократизируя общественные отношения. При этом субъект, не обладающий специальными знаниями, не понимает смысла юридических процедур⁷, и как следствие, происходит отчуждение граждан от государственно-правовых институтов, потеря правовыми предписаниями необходимой эффективности. Отдельный индивид воспринимает мельчающую регламентацию общества как потерю свободы. Также возникает потеря смысла у человека в отношении общественной деятельности, что проявляется, в частности, в падении легитимности права и отчуждении человека от власти. Потеря субъектом смысла и свободы впервые были описаны М. Вебером в работе «Протестантская этика и дух капитализма». М. Вебер связывал указанные негативные явления с процессом дифференциации ценностных сфер, распадом протестантской морали, служившей обоснованием активной общественной деятельности⁸. В традиционном обществе смысл окружающему миру придавало религиозное понимание мира, которое разделялось всеми субъектами. В процессе общественного развития происходит рационализация общества, религиозные нормы теряют былое значение и в конечном итоге формируется общество с гражданами, придерживающимися различных ценностей⁹. В результате общественная деятельность начинает носить исключительно утилитарный характер, поэтому с позиции отдельного субъекта теряет смысл и цель.

В социологии права существуют различные взгляды на пути преодоления кризиса правового регулирования и негативных последствий юрификации общества. Многие сторонники либертаризма призывают

⁶ Цит. по: *Голоскоков Л. В.* Указ. соч. С. 68.

⁷ Р. Саскинд указывает: «...Нами управляет такой объем правовых норм, что уже никто не может считаться специалистом более чем в отдельных сферах системы права».

⁸ См.: *Вебер М.* Избранные произведения. М., 1990. С. 95.

⁹ См.: Там же. С. 726.

к дерегуляции общества и возвращению к формальному праву¹⁰, но такие концепции, как уже было сказано выше, не являются перспективными по причине неразрывной связи увеличения сферы правового регулирования и развития общества.

По-своему понимают рассматриваемую проблему в праве сторонники довольно популярной в зарубежной науке теории «аутопоэсиса». Категория «аутопоэсис» изначально использовалась в биологии для характеристики живых организмов поддерживать свою автономию через собственные операции¹¹. Указанный термин получил широкое распространение в социологии через работы Н. Лумана, который использовал его для характеристики социальных систем. Право по Луману — это коммуникативная система, так как и общество в целом — это закрытая система коммуникаций. Понимание общества как коммуникативной системы обусловлено тем, что использование категории «аутопоэсиса» для характеристики социума возможно лишь в том случае, когда в качестве элементов общества используются коммуникативные акты. Концепция Н. Лумана основана на понимании процессов развития общества Т. Парсонсом, который понимал развитие общества как рост его сложности и выделение новых специализированных подсистем. Именно Парсонс стал сравнивать общественные и биологические системы. Никлас Луман развивает идеи Парсонса о дифференциации общественных систем и разрабатывает концепцию, согласно которой в современном обществе право, экономика, политика и ряд других функциональных сфер жизни являются автономными друг от друга. В рамках каждой системы, например правовой или экономической, в результате исторического развития происходит формирование особых типов коммуникаций. Это связано с тем, что каждая система имеет свой так называемый бинарный код для обработки информации. Например, для права таким кодом будет «законно / незаконно», для науки — «истинно / ложно». Помимо кода в рамках каждой системы существуют программы, которые влияют на способность приспособления системы к окружающей среде¹². Правовая система использует в качестве программы нормативные акты и иные источники, которые содержат условия применения бинарного кода.

На основании предложенной концепции общества Луман и его последователи указывают на то, что функциональные системы не могут заменять друг друга или выполнять функции других систем. Это связано с тем, что различные коды и программы систем могут действовать только в рамках своей системы. Дело в том, что любая система для обработки информации из окружающей среды использует свой

¹⁰ См.: Хайек Ф. Дорога к рабству // Вопросы философии. 1990. № 12.

¹¹ Авторами категории «аутопоэсис» являются чилийские нейрофизиологи Ф. Варела и У. Матурано.

¹² См.: Luhmann N. Sociological Theory of Law. London: Routledge&Kegan Paul, 1985. P. 161.

бинарный код и при взаимодействии с другой системой происходит искажение информации. Поэтому невозможно предсказать воздействие одной системы на другие, так как для правовой системы воздействие политических регуляторов будет внешним воздействием, «шумом» окружающей среды.

Теория аутопоэсиса в праве объясняет причину кризиса правового регулирования невозможностью в современном обществе регуляторами одной системы регулировать другие. Современное социальное государство детально регламентирует все сферы общества, но единственный регулятор, который оно может использовать, это право, поэтому происходит его неизбежное разрастание. Между тем увеличение позитивного права, регламентирование им экономики и иных частных отношений приводит зачастую к потере его эффективности. Право в условиях государства «всеобщего благоденствия» перегружено политическими регуляторами, что вызывает трудности в переводе с кода одной системы на другую. Так, Н. Луман приводит пример с законодательством об окружающей среде, которое не достигало своих целей, теряло силу, так как согласовывалось с системой существующих законов¹³. Политическое воздействие должно учитывать самостоятельность правовой системы, в противном случае оно не достигает своей цели. В германское антитрестовое законодательство регулярно вносятся поправки политического характера, что затрудняет его толкование и применение¹⁴. Поэтому сторонники концепции аутопоэсиса считают необходимым изменить понимание правового регулирования. Наиболее детально данная проблема разработана Г. Тойбнером, который предлагает концепцию косвенного правового регулирования. Косвенное правовое регулирование можно проиллюстрировать на примере трудового права, которое лишь устанавливает параметры для принятия сторонами решений.

Концепция аутопоэсиса в праве может объяснить неудачи правового регулирования, но не в состоянии создать концепцию, необходимую для периода активных реформ. Помимо этого, ряд социологических исследований в области социального капитала позволяет усомниться в теоретических конструкциях концепции Н. Лумана, указывающих на разделение различных сфер деятельности в современном обществе. Концепция социального капитала стала популярной в последние два десятилетия благодаря работам Ф. Фукуямы и Р. Патнэма, в которых они указывали на взаимосвязь эффективности действий государства и доверия населения к власти. Также социальный капитал проявляется в способности взаимодействия граждан между собой, что является определяющим фактором для развития экономики и общества в целом.

С нашей точки зрения, отрицательные последствия юридикации общества можно объяснить и преодолеть с позиции интерсубъективного понимания права, которое раскрыто в концепции коммуникативного

¹³ См.: *Luhmann N.* Op. cit. P. 166.

¹⁴ См.: Там же.

действия. Во второй половине XX в. сформировалась новая философская парадигма — лингвистическая¹⁵. Слово больше не понимается как средство выражения результатов мышления, мышление и использование языка стали пониматься как совпадающие процессы. Поэтому происходит смена парадигмы субъекта философией интерсубъективности¹⁶. Основу лингвистической парадигмы заложили исследования Дж. Р. Остина и Дж. Л. Серля. Джон Остин в работе «Слово как действие» впервые в философии рассматривает речь не как средство передачи информации, а в качестве действия, изменяющего состояние внешнего мира. Речь как действие изменяет не физический мир, а мир социальный. Язык воздействует на социальные межличностные отношения, изменяя социальные, в том числе и юридические факты. До Остина философы считали, что речь человека служит для описания явлений, действий. Между тем есть высказывания, не описывающие события, а осуществляющие действия. Такие высказывания Дж. Остин называет перформативными, они могут характеризоваться удачными либо неудачными (устная сделка, обещание). Но если исследовать не построение предложений, а ситуации общения, то все слова являются действиями. Теория речевых актов была положена в основу теории коммуникативного действия, разработанной Ю. Хабермасом и К.-О. Апелем¹⁷. Эта философская концепция способна, по нашему мнению, наиболее полно раскрыть процессы современного общества. Поступок и речь нельзя свести, по мнению Хабермаса, к деятельности, направленной на достижение цели, например к трудовой деятельности. Помимо целерациональной работы существуют коммуникативные действия, связанные речевыми актами и взаимным ожиданием: «Под «работой» или целерациональными действиями я понимаю либо инструментальное действие, либо рациональный выбор, либо их сочетание. Инструментальное действие руководствуется техническими правилами, основанными на эмпирическом знании... Под «взаимодействием», с другой стороны, я понимаю коммуникативное действие, символическое взаимодействие. Оно руководствуется обязывающими консенсуальными нормами, которые определяют взаимные ожидания относительно поведения и которые должны быть поняты и признаны, по меньшей мере, двумя действующими субъектами. В то время как значимость технических правил и стратегий зависит от значимости эмпирически истинных или аналитически правильных высказываний, значимость социальных норм основана только на интерсубъективности взаимного понимания намерений и обеспечена общим признанием обязательств»¹⁸. Коммуникативное взаимодействие регулируется социальными нормами, которые нельзя счи-

¹⁵ См.: Остин Дж. Л. Слово как действие // Новое в зарубежной лингвистике: Сборник / Пер. с англ. М., 1986. Вып. 17: Теория речевых актов. С. 26—27.

¹⁶ Интерсубъективность — термин, введенный в научный оборот Э. Гуссерлем.

¹⁷ См.: Апель К.-О. Трансформация философии. М., 2001; Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2000.

¹⁸ Habermas J. Technology and Science as «Ideology». London, 1971. P. 91—93.

тать производными от трудовой деятельности. Исторические изменения общества с точки зрения коммуникативной теории следует рассматривать как два не сводимых друг к другу процесса: изменение целерациональной деятельности и развитие форм коммуникативного взаимодействия. По мнению Ю. Хабермаса, понимание М. Вебером процесса развития общества носит односторонний характер, на самом деле, развитие общества связано не только с распространением целерационального (инструментального) поведения, но и с развитием процесса рационального взаимопонимания между субъектами, который Хабермас обозначает как «коммуникативное действие». Негативные моменты модернизации связаны с преобладанием целерациональных действий над коммуникативными, следствием вторжения «системы в жизненный мир»¹⁹, но преодоление общественных патологий возможно при помощи позитивного права. С точки зрения теории коммуникативной рациональности право должно рассматриваться не только как инструмент или механизм достижения цели, но и как процедура достижения взаимопонимания между субъектами, процесс поддержания коммуникативных связей, достижения консенсуса²⁰. В случае, когда позитивное право замещает социальные связи, а не поддерживает их, развиваются социальные патологии, поэтому помимо инструментального назначения в современном обществе право должно выполнять также и коммуникативную роль. Как указывает Ю. Хабермас в работе «Фактичность и значимость», позитивное право должно сочетать в себе одновременно два указанных в заглавии книги качества²¹, фактичность — это аспект, связанный с принудительным характером правовых норм. Значимость — это моральная обоснованность права, человек должен исполнять закон в случае легитимности правовых норм. Если позитивное право сводится лишь к «фактичности» в сфере коммуникативных взаимодействий, то такое целерациональное, инструментальное воздействие неизбежно приводит к таким негативным последствиям, как потеря легитимности, формализм права. Социальные нормы в сфере, не регулируемой правом, действуют на основе «значимости», т.е. легитимности, обоснованной моральными ценностями. Поэтому право не должно заменять легитимность принудительностью, а поддерживать коммуникативные общественные связи, что необходимо для предотвращения патологии общественного развития. В частности, должны использоваться процедуры посредничества или медиации и иные средства, направленные на участие в принятии решения в процессе применения права самих граждан, а не только профессионалов.

¹⁹ *Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Frankfurt a/M, 1997. Bd 2. S. 488.*

²⁰ Юрген Хабермас раскрывает эти проблемы в работе «Фактичность и значимость» // *Habermas J. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of law and democracy. Cambridge, 1996.*

²¹ См.: *Habermas J. Between Facts and Norm... Cambridge, 1996.*