

УДК 340.13

ЛЕГИТИМНОСТЬ КАК СУЩНОСТНЫЙ ПРИЗНАК ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

В. В. Денисенко

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 1 февраля 2009 г.

Аннотация: статья посвящена вопросам легитимности позитивного права. Проводится анализ природы общественного признания юридических правил, раскрыты различные научные подходы к вопросу о процедурах легитимации современного права.

Ключевые слова: обоснование права, правовое регулирование, позитивное право, действие права, законность.

Abstract: the article is dedicated to the problems of legitimacy of positive law. The author analyses the nature of social recognition of legal rules, examines different scientific conceptions of procedures of legitimacy of modern law.

Key words: basis of law, legal regulation, positive law, action of law, legitimacy.

В отечественной юриспруденции при характеристике природы позитивного права, говоря об отличии правовых норм от иных социальных регуляторов, в качестве главного сущностного признака обычно указывают на наличие санкций и государственного принуждения. Такой подход, утвердившийся в середине 30-х гг. XX в., связан с фигурой А. Я. Вышинского и носит отпечаток идеологии и государственного режима указанного времени. На данную проблему указывал Ж. Карбонье, подвергая критике понимание права как норм, установленных государством. Он говорит о недостаточности понимания специфики правовых норм через наличие властного принуждения и отмечает, что «этот критерий подкупает своей бюрократической (если не сказать детской) простотой. Однако он недостоин социологии»¹. Недостатком такого критерия, по мнению французского ученого, является то, что позитивистские концепции хотят найти в сфере правоприменения специфику правовых норм, между тем как задача состоит в поиске тех сущностных черт самого права, которые как раз и должны определить специфику его реализации². Сегодня очевидно, что санкционирование норм государством, обеспечение норм принудительной силой не является той

¹ Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 165.

² Цит. по: Лапаева В. В. Социология права. М., 2000. С. 161.

чертой, которая смогла бы обеспечить эффективную реализацию права.

В настоящее время в общественных науках произошел отход от парадигмы классической рациональности, которая, сформировавшись в период Просвещения, исходила из возможности обнаружить вневременные характеристики сущности объектов исследования. Современные исследователи проблем сущности права справедливо указывают, что ответить на вопрос «что есть право?» невозможно, просто выделив вневременную устойчивую совокупность свойств и качеств, лишь окинув взором историю права и указав те черты, которые были ему присущи на всем протяжении развития³. Ответить на вопрос о сущности или эйдосе права можно, если ввести временное измерение, которое позволит встать вровень с тем, что в полновесном смысле теперь есть, и осмысление чего является подлинной задачей постметафизической философии. Эта возможность в силу постулирования любого события как простой актуализации извечно сущей сущности замкнута для метафизики. По словам М. Хайдеггера, «никакая метафизика не способна по своей сути встать вровень с событиями, т.е. увидеть, осмыслить и продуманно охватить то, что в полновесном смысле бытия теперь есть». Так впервые возникает возможность встать лицом к лицу с волнующей нас проблемой. Вопрос «что есть право?», заданный в соразмерном сути дела звучании, таким образом, вопрошает не о вечной и неизменной сути права, скрывающейся за изменчивыми явлениями, которую надлежит постичь и выразить в понятии. Это вопрос о том, как теперь возможно присутствие права. Отсюда впервые становится отчетливо видно, что всякий ответ, данный до нас великими мыслителями прошлого, отнюдь не может и не должен быть опровергнут. Результаты исследований, полученные Кантом, Платоном, Гегелем, верны постольку, поскольку отвечают на вопросы, заданные соразмерно сути того вызова, который исходит от сущего в соответствующую эпоху. Это не означает их исторической релятивизации или тем более признания «незрелыми», которые необходимо «превзойти на более прогрессивном этапе развития». Современный украинский правовед А. В. Стомба делает вывод, что постметафизическая сущность права не есть совокупность отдельно взятых качеств, определяющих правовой характер какого-либо сущего, а то, что собирает и удерживает их вместе. Без этого изначально собирающего начала была бы невозможна никакая сущность в метафизическом смысле⁴. На вопрос, что же собирает право как целостность, существуют различные подходы. На наш взгляд, следует согласиться с мнением профессора Полякова, который указывает: «Право как целостность всегда есть действующее право. ...Важным элементом механизма действия права яв-

³ См.: Стомба А. В. О перемене сущности или «что есть» право в эпоху постметафизики // Правоведение. 2008. № 1.

⁴ См.: Там же. С. 32.

ляется субмеханизм его социально-правовой легитимации»⁵. «...Эйдос права выражается в его структуре, представляющей собой коррелятивную связь правомочий и правообязанностей, конституируемых общезначимой и общеобязательной правовой нормой в процессе межсубъектной коммуникации ... Эйдетический центр права заключается в правомочии; именно правомочие является той точкой, из которой расходятся лучи правового смысла, образующие эйдос права»⁶. Легитимность является главной сущностной характеристикой именно современного права, на что указывают исследователи государства и права в современную эпоху. Так, профессор И. Л. Честнов пишет: «...Проблематика социального государства в новом контексте постмодерна перемещается в плоскость легитимности»⁷.

Таким образом, следует признать легитимность или общественное признание сущностным признаком позитивного права. Легитимность традиционно в социологической и политологической литературе трактуется как общественное признание политических или правовых институтов. Следует отметить, что в последние годы в отечественной политической и правовой литературе некоторые ученые стали отождествлять легитимность и легальность (законность). Так, В. Ф. Халипов прямо указывает, что легитимность — это законность⁸. В. М. Корельский пишет: «Представительные органы становятся легитимными на основе проведения предусмотренных и регламентированных законом выборов»⁹. Между тем отождествление легальности и легитимности нельзя признать обоснованным, как справедливо указывает Л. С. Мамут: «В современном понимании легитимации и легитимности нет мысли об обусловленности, преддетерминированности (напрямую или опосредовано) легализацией и легальностью. Могут быть (и фактически бывают) легитимирующая иллегальность и делегитимированная законность (легальность)»¹⁰. В настоящее время проблема легитимности позитивного права как его сущностная черта не является объектом активных исследований в отечественном правоведении, но ее разработка исключительно важна. Без понимания вопросов легитимности права как вида социальных норм нельзя ответить на вопрос — как формируются нормативные порядки, обладающие силой связывать волю индивидов, направлять их поведение.

⁵ Поляков А. В. Коммуникативная концепция права : вопросы теории. СПб., 2003. С. 15.

⁶ Там же. С. 14.

⁷ Честнов И. Л. Легитимность как критерий социального государства в эпоху постмодерна // Социальное правовое государство : вопросы теории и практики. СПб., 2003. С. 59—60.

⁸ См.: Халипов В. Ф. Введение в науку о власти. М., 1996. С. 258.

⁹ Теория государства и права / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. М., 1997. С. 137.

¹⁰ Мамут Л. С. Легитимация государства // Право и общество в эпоху перемен. М., 2008. С. 213.

Проблема признания социальных норм впервые была обстоятельно разработана в работах Эмиля Дюркгейма, который исследовал проблему нормативной значимости. Дюркгейм проводил различие между техническими правилами и моральными нормами. Технические правила соблюдаются из-за последствий, к которым приводит их соблюдение или нарушение. Нарушение моральной нормы влечет за собой санкцию, но она не является автоматически следующей неудачей действия. Связь между правилами действия и последствиями основана на соглашении в обществе, например, в одном случае убийство карается высшей мерой наказания, в другом — вознаграждается как подвиг. Общественное признание норм основано не на санкциях, об этом свидетельствуют моральный авторитет и уважение, которыми пользуются нормы и которые отличают их от простых императивов, подкрепленных угрозой применения силы. Внешние санкции не требуют уважения к норме, ее внутреннего признания, они требуют лишь ее соблюдения. Моральный авторитет норм, не будучи порождением санкций, является оправданием их применения. Нарушения наказываются, потому что моральные нормы значимы, и этим санкции отличаются от силового давления¹¹. По мнению Э. Дюркгейма, значимость норм можно объяснить следующим образом: нормы обладают внутренне обязывающей силой ввиду их морального авторитета, а мораль, в свою очередь, имеет священные основания. На это указывает сходство между признанием моральными правилами и правилами священного характера. Моральные правила требуют определенных ограничений, способности подняться над своими интересами. Но эти ограничения воспринимаются как благо, которого индивид сам желает. Моральный субъект подчиняется не внешне навязанной силе, а авторитету, пользующимся уважением. Исследования ритуального поведения в примитивных обществах показывают, что такой же преданностью и самоотречением отличается отношение индивида к священному. Если в обычной деятельности человек руководствуется утилитарными ориентациями, то, поклоняясь священному, соблюдая религиозные предписания, он отказывается от них. Он тратит время на выполнение ритуалов, терпит всякие стеснения и ограничения, соблюдая запреты, совершает жертвоприношения¹². На основе этих аналогий между священным и моральным Э. Дюркгейм делает вывод, что моральные правила получили свою обязывающую силу из сферы священного. Но установив священные основания морали, он стремился выяснить источники священного, а именно: какой объект отображается коллективным собранием в религиозных символах? «Той реальностью, которую мифологии представляли в таких разных формах и которая выступает объективной, универсальной и вечной причиной своеобразных чувств, составляющих религиозный опыт, является само

¹¹ Цит. по: Бусова Н. А. Модернизация, рациональность, право. Харьков, 2004. С. 148—149.

¹² См.: Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. М., 1996. С. 101.

общество»¹³. Общество и божество — это два аспекта одного и того же понятия. И Бог по отношению к верующим, и сообщество по отношению к своим членам предстают как нечто высшее, от чего те зависят. Как и Бог, общество имеет свои цели, отличные от целей индивида, для реализации которых требует от своих членов, чтобы они жертвовали своими интересами и служили ему. «Человек не может избежать того чувства, что независимо от него существуют движущие причины, которые породили характерные составляющие его сущности; на него влияют благосклонные силы, которые помогают ему, защищают его, гарантируют привилегированную судьбу. И он непременно должен был признать величие этих сил, соответствующих высокой ценности, которую имеют для него даруемые им блага»¹⁴. Итак, личность подчиняется описанным выше силам не просто из-за принуждения, а потому что она их почитает, они имеют в ее глазах моральный авторитет. Общество — это система нормативных порядков. Обязывающая сила норм имеет моральное основание, истоки морали, в свою очередь, связаны со священным. На то, что за божеством скрывается символически преображенное общество, указывает почтительность, с какой относятся к людям, выполняющим высокие общественные функции. По своим выражениям эта почтительность подобна религиозному почитанию. Неприкрытую форму такая почтительность приобрела в период Французской революции, когда граждане поклонялись Отечеству, Свободе и Разуму. Тождественность Бога и общества Э. Дюркгейм проиллюстрировал в работе «Элементарные формы религиозной жизни. Тотемическая система в Австралии», в которой проанализировал природу ритуалов. Ритуалы порождают у членов сообщества чувства единства, сплоченности группы. Совершая одновременно одинаковые действия люди испытывают одинаковые переживания. Посредником, с помощью которого они могут убедиться в сходстве своих чувств, являются символы, используемые в церемониях, которым все придают одинаковое значение. Переживание группового единства, будучи наглядно выраженным и подтвержденным в ритуале, многократно усиливается, что выражает особое состояние воодушевления. «Куль — это просто система знаков, через которые закон передается внешним образом, это совокупность способов, благодаря которым вера создается и периодически обновляется»¹⁵.

Проведенный Э. Дюркгеймом анализ ритуалов дал возможность современным исследователям сделать вывод, что священное является не тождеством общества, а выражает единство, сплоченность группы. Другими словами, священное — это выражение нормативного консенсуса, который поддерживается и обновляется в ритуальных практиках,

¹³ Дюркгейм Э. Указ. соч. С. 389—390.

¹⁴ Там же. С. 201.

¹⁵ Там же. С. 395.

культовых обрядах и церемониях¹⁶. Таким образом, можно сделать вывод, что легитимность позитивного права основана на определенных нормативных принципах, которые разделяются гражданами и символизируют единство, сплоченность общества. В связи с отмеченным значением легитимности закономерен вопрос о способах придания и поддержания легитимности позитивного права, т.е. вопрос о легитимации права.

В настоящее время в российской теории права юридические нормы легитимируются общеправовыми принципами, которые, в свою очередь, представляются как воплощение «естественного права», причем сущность права в таком случае понимается как «единство естественного и позитивного права»¹⁷. Можно констатировать, что в отечественной правовой науке вопросы, связанные с легитимацией права, в большинстве случаев разработаны без учета изменений, произошедших в обществе в XX в. Речь идет о тенденциях в общественных отношениях в условиях социального государства постиндустриального характера или общества постмодерна. Иногда для характеристики современного общества употребляется другой термин — общество позднего модерна¹⁸. На наш взгляд, этот термин более удачен, чем категория «постмодерн», так как современное общество сохраняет многие ценности, присущие эпохе модерна. В условиях современного общества происходит рационализация общественного сознания, поэтому легитимация юридических норм должна носить иной характер, чем в эпоху Просвещения или даже в начале XX в. Естественное право, которым легитимируется отечественное позитивное право, — это обоснование правил позитивного права метафизической идеологией эпохи Просвещения, концепцией о неких неизменных началах, которые действительны для всех времен и народов и с позиции которых можно оценивать законы. Между тем в условиях светского сознания такая легитимация уже не представляется убедительной. Мировоззренческий плюрализм и светская культура делают невозможным обращение к божественному порядку в поиске таких оснований. Об этом пишут как представители постмодернизма, прежде всего Ж. Ф. Лиотар, который называет идеологии, легитимирующие власть, метанарациями, так и сторонник теории коммуникативного действия Ю. Хабермас, который, не соглашаясь с тезисом о наступлении эпохи постмодерна, считает необходимым консенсуальное обоснование истины¹⁹. Нельзя легитимировать право, аргументируя это наличием в нем вневременных принципов. Это связано с тем, что определенные ценности, лежащие в основе права, которые разделя-

¹⁶ См.: Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2000.

¹⁷ Байтин М. И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М., 2005. С. 54—56.

¹⁸ См.: Бауман З. Индивидуализированное общество. М., 2002. С. 55.

¹⁹ См.: Лиотар Ж. Ф. Состояние постмодерна. СПб., 1998. С. 155—156.

ются одними гражданами, могут быть нелегитимными для других социальных групп. «Если мы принимаем современный плюрализм серьезно, мы должны отказаться от классической философской претензии за один исключительный образ жизни...», — указывает Ю. Хабермас²⁰. Что касается иных пониманий естественного права, то они также не могут служить обоснованием позитивного права. Философы, исследующие проблемы общественной модернизации, указывают, что утверждение исторического взгляда на природу человека и разум подрывает позиции антропологического и рационального естественного права²¹. В условиях религиозного общественного мировоззрения естественное право могло легитимировать позитивное, но в настоящее время это маловероятно. В качестве аргумента может служить отсутствие широкого признания либертарной концепции, основанной на принципе различия права и закона, на что указывает М. Н. Марченко²².

Между тем обоснование позитивного права представляется необходимым, в противном случае возникает угроза нарушения прав личности государством. Если вспомнить этиатические взгляды на право А. Я. Вышинского или правопонимание в национал-социалистической Германии, то становятся очевидными негативные последствия позитивизма.

Отсутствие возможности ценностной оценки правовых норм является недостатком и современных позитивистских зарубежных концепций. Прежде всего, это относится к концепции аутопоэсиса права Никласа Лумана, который, исследуя процессы модернизации современного общества, указывает на закрытый характер социальных систем и регуляторов. По его мнению, для легитимации права необходимо лишь соблюдение формальных процедур принятия закона²³. Поэтому, если в условиях постсовременного общества, когда легитимация через естественное право как некое неизменное начало не представляется убедительной, юридический позитивизм так же нельзя использовать, как теоретическую основу для легитимации права.

В отечественной юридической науке долгое время господствовала материалистическая философская концепция. Право понималось как явление, носящее объективный характер, причины социальных изменений, в том числе и в сфере правового регулирования, искали в экономике. Используя классификацию К. О. Апеля, можно назвать такой подход философской парадигмой бытия²⁴, когда знание рассматривается как отражение объективных процессов в обществе. В последние два десятилетия в российской науке происходит дополнение парадигмы бытия парадигмой сознания. Парадигма сознания или субъекта ис-

²⁰ *Habermas J. Justification and Application : Remarks on Discourse Ethics.* Cambridge, 1993. S. 123.

²¹ См.: Бусова Н. Указ. соч. С. 259.

²² См.: Марченко М. Н. Источники права. М., 2005. С. 20.

²³ См.: *Luhmann N. Sociological Theory of Law.* London, 1985. P. 161.

²⁴ См.: Апель К. О. Трансформация философии. М., 2001.

ходит из вневременных оснований знания, присущих сознанию человека. В качестве примера парадигмы сознания в отечественном правоведении можно привести концепцию прав человека или теорию принципов права, которые понимаются как некие вечные основы позитивного права. Между тем в XX в. в философии происходит переход к совершенно новой, лингвистической парадигме языка. Интерсубъективное понимание знания и общественных процессов приходит на смену философии субъекта. Становится очевидным, что значимые для субъектов ценности могут изменяться в процессе коммуникативного взаимодействия. Поэтому любые правовые нормы не могут пониматься в современном обществе как нечто неизменное, они должны обосновываться в демократических процедурах. Правовые институты должны обосновываться населением, об этом говорит концепция делиберативной демократии. Но это не должно означать возможность отмены демократическим путем прав личности, речь идет об ином способе легитимации позитивного права. На смену метафизическому естественному праву приходит современная теория справедливости. Об этом пишет, в частности, О. Хеффе, указывая что «реабилитацию естественного права Нового времени предпочитают теперь именовать «теорией справедливости»²⁵. Справедливость как принцип, постоянно обеспеченный демократическими процедурами, должен быть положен в основу легитимации позитивного права в современном обществе. Поэтому для обеспечения легитимности позитивного права в условиях современного мультикультурного общества необходимым представляется его постоянное демократическое обоснование, так как только таким способом представляется возможным обеспечить эффективность правового регулирования.

²⁵ Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М., 1994. С. 117.

Воронежский государственный университет

Денисенко В. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права

Voronezh State University

Denisenko V. V., Candidate of Legal Sciences, Senior Lecturer of Department of Theory and History of Law