

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ:
СИСТЕМНЫЙ ПОДХОД**

В. В. Денисенко

Воронежский государственный университет

М. А. Капустина

Санкт-Петербургский государственный университет

Поступила в редакцию 1 декабря 2013 г.

Аннотация: *представлено современное понимание проблем правового регулирования. Раскрывается многоаспектный процесс регулирования правом в современном обществе. Анализируется роль рационального и иррационального, что важно при научном уяснении природы правового регулирования. Раскрывается значение легитимности и действия права.*

Ключевые слова: *правовое регулирование, позитивное право, действие права, правообразование, легитимность закона.*

Abstract: *the article presents the current understanding of the problems of legal regulation. From a systems perspective reveals a multifaceted process control law in modern society. At the same time analyzes the role of rational and irrational, that has an important role in elucidating the nature of scientific regulation. The meaning and legitimacy of the right.*

Key words: *legal regulation, positive law, effect of law, law-making, legitimacy of the law.*

Актуальность исследования проблем нормативного регулирования общественных отношений связана, прежде всего, с необходимостью научного анализа и по многим аспектам переосмысления в современных условиях понятия процесса правового регулирования в обществе, роли и возможностях (пределах возможностей) государства в регулировании социальных отношений и поведения отдельных индивидов. В зарубежной литературе второй половины XX в. представлены различные подходы к определению понятия права, правовой свободы, правовой нормы, законодательства с точки зрения соотношения права и морали (Л. Фуллер), права и экономики (Р. Познер), права и стихийного (целесообразного) социального порядка (Ф. Хайек), права и политики (Б. Леони), права и справедливости (Дж. Ролз), права и прав человека (Р. Дворкин, Дж. Финнис) и др. Названные, а также другие подходы, заслуженно став популярными, а некоторые даже классическими к началу XXI в., все-таки не дают целостного представления о системе современного правового регулирования, соотношении, особенно в контексте российской (романо-германской) правовой системы, правового регулирования с иными системами регулирования социально значимого поведения индивида, соотношении рационального и иррационального, нормативно установленного (зако-

нодательного) и стихийного (традиционного, обычного) в регулировании общественных отношений.

В российской учебной и научной юридической литературе правовое регулирование рассматривается, главным образом, в аспекте законодательного, нормативно-правового упорядочения общественных отношений и применения нормативных предписаний государственными органами. Анализируется роль судей в правовом регулировании, разрешении юридических коллизий, восполнении пробелов в законодательном регулировании общественных отношений. Проблематика возможности правового (государственно-правового) регулирования в современном информационном (интернет-обществе, обществе средств массовой информации и массовой культуры), стремящемся к национальной самоидентификации и одновременно сложно структурированном (стратифицированном) обществе комплексно, системно не исследуется. Не уделяется должного внимания социологическому аспекту правообразования, реализации «правотворческого интереса» (В. Лапаева), соотношению понятий «правовое регулирование и действие права», «законотворчество и законодательный процесс». Между тем отсутствие системного научного подхода к проблемам правового регулирования – пробел не только в теоретико-методологическом плане, но и в практическом отношении. **Современная теория права и государства не рассматривает правовую систему в деятельностном аспекте правового регулирования**, не охватывает в своем предмете научного познания всех субъектов правовой системы в их системных отношениях, закономерностях их взаимодействия в правовом регулировании. С точки зрения юридической практики, практики государственно-правового регулирования именно комплексный системный подход к процессу правового регулирования должен лежать в основе разрешения проблем соотношения юридической справедливости и экономической целесообразности, правовой свободы и политической необходимости в современном обществе. Исследование проблем современного правового регулирования предполагает обсуждение на основе сравнительно-правового анализа и результатов мониторинга правоприменения критериев экономической эффективности, этической обоснованности, юридической справедливости правовой (государственно-правовой) политики.

В отечественной правовой науке при изучении вопросов правового регулирования довольно распространенным остается инструментальное понимание сущности и социальной ценности права. Инструментальный подход получил широкое распространение в советский период, прежде всего благодаря работам С. С. Алексеева, который разработал такие категории, как «механизм правового регулирования», «правовые средства», «стимулы и ограничения». Именно он в своих научных публикациях в 70–80-е гг. прошлого века акцентировал внимание на понимании права социальной ценности как инструмента, регулирующего общественные отношения. В 90-е гг. XX в. профессор С. С. Алексеев отказался от своего понимания права, однако инструментальный подход к праву продолжа-

ют поддерживать и развивать другие отечественные правоведы¹. До сих пор инструментальный подход к праву доминирует в абсолютном большинстве учебной литературы в области общей теории права². Между тем инструментальный подход к праву представляется нам явно недостаточной методологией для понимания сущности современного права. На наш взгляд, инструментальный подход, рассматривающий правовое регулирование как системы механизмов, стимулов и ограничений, воздействующих на общество, является односторонним подходом, не способным охватить своей методологией процессы, происходящие в современной правовой системе. Уместно привести мнение члена-корреспондента РАН Г. В. Мальцева по поводу механистического подхода к позитивному праву: «Слова «юридический механизм», «механизмы юридического регулирования, правотворчества, правоприменения» сегодня занимают почетное место в лексиконе юриста. Его нисколько не смущает механический характер юридико-институциональных устройств, напротив, он видит в них то, чего сильно не хватает сложной, хаотизированной, текучей реальности, – четких соотношений по заданной схеме, движения элементов согласно рассчитанному вектору, геометрически правильного расположения линий в процессе движения и т.д. ... В практическом плане образ часового механизма как идеала для правового регулирования, действия правовой системы весьма привлекателен. Но есть одно обстоятельство, которое в теоретико-методологическом смысле делает этот образ неудобным для права: он оставляет в стороне существование последнего в качестве сверхсложной динамической системы, буквально врастающий в свою социальную среду, способной при известных условиях самонастраиваться и саморазвиваться»³. Таким образом, в настоящее время хотя и очевидно, что общество не механистично и не сводится к автоматизированным процессам, многие ученые до сих пор не критично принимают механистическую картину мира. Г. В. Мальцев справедливо указывает, что причина привлекательности научно-технических парадигм связана с духом и стилем времени их возникновения. К концу XIX – началу XX в., благодаря знанию механических законов природы были сделаны открытия, изменившие жизнь человека. Наука, занявшая место бога, грозилась подчинить себе этику и эстетику, активно создала тип культуры, ориентированный на точное знание, надежное техническое решение, на машину как таковую⁴. Этот период представлял собой эпоху господства юридического позитивизма, критики естественного права, поэтому механистические взгляды на общество и право быстро стали популярными,

¹ Прежде всего, следует отметить работы А. В. Малько, М. И. Байтина и других ученых.

² В качестве исключения можно назвать работы В. С. Нерсисянца, в которых сформулирован либертарный подход к праву, труды А. В. Полякова, в которых представлен коммуникативный подход к праву, а также антропологический подход И. Л. Честнова.

³ Мальцев Г. В. Социальные основания права. М., 2007. С. 64.

⁴ См.: Там же. С. 66.

юриспруденция провозгласила себя наукой, основанной на точных знаниях.

Говоря о правовом регулировании в целом, следует заметить, что подход к регулированию как к «механизму», основанному на идеях классической рациональности, следует изменить и что более адекватным является понимание данного процесса как «системы». Такой подход неразрывно связан с пониманием сущности права как определенной социальной системы норм открытого типа. В отечественной теории государства и права в рамках позитивистского подхода (по меткому выражению В. С. Нерсесянца, «советского легизма») этому вопросу были посвящены ряд фундаментальных работ, которые сформулировали взгляды на право в рамках узконормативного подхода, однако многие современные философские и правовые взгляды на данную проблематику значительно отличаются от работ того периода. Так, 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. Г. В. Мальцев указывал, что «некоторое время юриспруденция искренне стремилась превратиться в чистую науку, но ничего из этого не вышло ... дело в том, что ее предмет – право – имеет сложное онтологическое строение, включающее разнородные элементы, нормы и факты, материальные и идеальные комплексы явлений. Научная рациональность продуктивна там, где изучаются факты, предметы, материальные объекты, но она практически ничего не дает, когда речь идет о постижении норм, ценностей, идеальных объектов»⁵. Известный социолог И. Валлерстайн, критикуя классическую социологию, пишет: «...вера в определенность – фундаментальная посылка модернити – обманчива и вредна... Изначально предполагается существование объективных универсальных законов, управляющих всеми естественными явлениями, равно как и возможность их научного постижения»⁶. 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 определив те черты, которые были присущи ему на всем протяжении развития⁷. Ответить на вопрос о сущности, или эйдосе, права, указывает современный правовед А. Стомба, можно лишь вводя временное измерение. 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?» вопрошает не о вечной и неизменной сути права, скрывающейся за изменчивыми явлениями, которую надлежит

⁵ Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 75–76.

⁶ Валлерстайн И. Конец знакомого мира. Социология XXI века. М., 2003. С. 7.

⁷ См.: Стомба А. В. О перемене сущности или «что есть» право в эпоху постметафизики // Правоведение. 2008. № 1.

постичь и выразить в понятии. Это вопрос о том, как теперь возможно присутствие права?⁸ 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 смысле⁹. На вопрос, что же собирает право как целостность, существуют различные подходы, но следует согласиться с мнением профессора А. В. Полякова, который указывает: «Право как целостность всегда есть действующее право. ...Важным элементом механизма действия права является субмеханизм его социально-правовой легитимации»¹⁰. «...Эйдос права выражается в его структуре, представляющей собой коррелятивную связь правомочий и правообязанностей, конституируемых общезначимой и общеобязательной правовой нормой в процессе межсубъектной коммуникации. ...Эйдотический центр права заключается в правомочии; именно правомочие является той точкой, из которой расходятся лучи правового смысла, образующие эйдос права»¹¹. Чтобы право стало действующим, необходимым условием является его легитимность для субъектов правовых отношений, чтобы произошел процесс легитимации закона¹².

В отечественном правоведении популярность механистического понимания природы права была связана также с долгим господством марксизма, который оперировал категориями «аппарат», «машина» применительно к государству и праву. Это было обусловлено тем, что данная концепция стала продуктом своей эпохи, где был популярен позитивизм и научно-технические парадигмы. Во второй половине XX в. в общественных науках был популярен системный подход, который более гибко характеризовал и правовое регулирование. Между тем в советский период отечественным правоведам не удалось полностью использовать системную методологию и полностью уйти от конструктивизма и понимания права как некоего механизма или агрегата. Причина заключалась в государственной идеологии, препятствовавшей свободному восприятию современных зарубежных исследований и разработке своих научных концепций, не основанных на материалистической диалектике. Сегодня отечественное правоведение насыщено научно-техническими терминами и идеями, такими как «механизм», «инструмент» или «алгоритм». В настоящее время вышло несколько работ указывающих, что нередко использование в юриспруденции некоторых технических категорий, напри-

⁸ См.: *Стомба А. В.* О перемене сущности или «что есть» право в эпоху постметафизики. С. 31.

⁹ См.: Там же. С. 32.

¹⁰ *Поляков А. В.* Коммуникативная концепция права : вопросы теории. СПб., 2003. С. 15.

¹¹ Там же. С. 14.

¹² Подробнее см.: *Денисенко В. В.* Легитимность и легитимация позитивного права : история и современность // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2012. № 2. С. 16–27.

мер «алгоритм», не вносит новых научных идей, в частности профессор Е. Б. Хохлов справедливо называет такие заимствования юридически-ми химерами¹³. Сторонники понимания природы позитивного права как инструмента, рационально упорядочивающего общество, рассматривают общество в традиции рационализма, сформировавшегося в эпоху Просвещения и прочно вошедшего в западную правовую культуру. Между тем рациональное понимание общества, сформировавшееся в период Нового времени, как неоднократно отмечается в современных работах философов и социологов, связано с отрывом разума от реальной жизни. «С точки зрения рационализма история со всеми ее бесконечными перипетиями лишена смысла и представляет, собственно говоря, историю помех разуму на пути его самообнаруживания. Рационализм антиисторичен»¹⁴. «Современное сознание, – указывает философ В. С. Швырев, – вынуждено расстаться с рационалистическими иллюзиями о безусловном приоритете рационального сознания перед всеми иными формами дорационального и внерационального сознания и, что следует особо отметить, со связанными с этой рационалистической «гордыней» внеисторичностью и европоцентризмом в подходе к формам культуры, которые основывались на иных, чем рациональность, типах отношений к миру»¹⁵.

С нашей точки зрения, для достижения целей правового регулирования в современном обществе явно недостаточно позитивистского механистического подхода к праву, так как такая концепция основана на классической теории управления – «законодательного разума», способного упорядочить общественные отношения. Относительно классической теории правового регулирования справедливо замечает И. Л. Честнов: «Эта точка зрения сегодня не выдерживает критики, так как не учитывает сложный, до сих пор не проясненный механизм интериоризации (Л. С. Выгодский). Сегодня стало очевидно, что внешнее воздействие, в том числе информация, заключенная в нормах права, не детерминирует общественные отношения прямо и непосредственно. Поэтому необходимо учитывать «человеческий фактор», выражающийся в правовой культуре, опосредующий правовое воздействие на массовое поведение населения»¹⁶. Здесь следует отметить, что, хотя по проблемам правовой культуры и ментальности в последние два десятилетия проводилось достаточно исследований, взгляд на роль человеческого фактора в правовом регулировании практически не претерпел изменений. Субъекты общественных отношений, по сути, понимаются как объекты правового регулирования, на которые воздействует публичная власть, используя стимулы и огра-

¹³ См.: Хохлов Е. Б. Юридические химеры как проблема современной российской правовой науки // Правоведение. 2004. № 1. С. 4–10.

¹⁴ Ортега-и-Гассет Х. Что такое философия. М., 1991. С. 13.

¹⁵ Швырев В. С. Судьбы рациональности в современной философии // Субъект, познание, деятельность : к 70-летию В. А. Лекторского. М., 2002. С. 189.

¹⁶ Честнов И. Л. Антропология правового регулирования // Актуальные проблемы теории и истории государства и права : тезисы междунар. науч.-теорет. конф. СПб., 2003. С. 22.

ничения. Но такой целерациональный подход приводит к **исключению человека из процесса принятия юридического решения, формализации, бюрократизации социального регулирования, а также к отчуждению граждан от права, кризису легитимности власти, росту национализма и религиозного фундаментализма, так как в процессе применения права гражданин не играет самостоятельной роли.** Главную роль в судебных процессах выполняют юристы, граждане при этом не понимают терминов, аргументации принятия решения, что приводит к формализации судопроизводства, отстранению человека от реализации права.

В современном обществе возникают такие негативные явления, как отчуждение человека от власти, избыток права, которые связаны с экспансией позитивного права в сферы традиционного регулирования другими социальными нормами. Выполнение государством социальной функции является необходимым условием для снятия остроты экономических общественных противоречий, но при этом неизбежным становится правовое регулирование большинства общественных отношений. Увеличение количества позитивного права связано и с эволюцией общества в целом.

Однако расширение предмета правового регулирования и детальная юридическая регламентация поведения граждан в так называемых государствах «всеобщего благоденствия» во второй половине XX в. привело к уменьшению эффективности права, несмотря на его количественное увеличение. Отрицательные последствия расширения права можно объяснить с позиции коммуникативной рациональности. 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. Отдельный индивид воспринимает мельчающую регламентацию общества как потерю свободы. Возникает также 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 была описана М. Вебером в работе «Протестантская этика и дух капитализма», который связывал указанные негативные явления с процессом дифференциации ценностных сфер, распадом протестантской морали, служившей обоснованием активной общественной деятельности¹⁷. 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 результате формируется

¹⁷ См.: Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 95.

общество с гражданами, придерживающимися различных ценностей¹⁸. Общественная деятельность начинает носить исключительно утилитарный характер, поэтому с позиции отдельного субъекта теряет смысл и цель. 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 процедур, и следовательно, происходит кризис легитимности и отчуждение граждан от государственно-правовых институтов.

Между тем проблемы, связанные с увеличением количества законов, не означают неизбежность отказа от социальной функции государства и возвращение государству классического либерализма, на что указывают сторонники такого пути¹⁹. Как указывает современный философ Ю. Хэбермас, позитивное право должно сочетать в себе одновременно два качества²⁰: фактичность – аспект, связанный с принудительным характером правовых норм, и значимость – моральная обоснованность права, человек должен исполнять закон в случае легитимности правовых норм. Если позитивное право сводится лишь к «фактичности» в сфере коммуникативных взаимодействий, то подобное 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 должно не заменять принудительностью легитимность, 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 профессионалов.

В современную эпоху, которую называют также эпохой позднего модерна, обостряются проблемы национализма и религиозного экстремизма²¹. Причины этих движений не всегда связаны с экономическими проблемами, а обуславливаются разрушением общественных связей²². Современное социальное государство, оказывая материальную помощь своим гражданам, смягчает классовые противоречия. Поэтому экономические политические идеологии теряют свою популярность во второй половине XX в.²³ Современное «индивидуализированное» общество теряет социальные различия в образе жизни, в связи с этим личность не может

¹⁸ См.: Вебер М. Избранные произведения. С. 726.

¹⁹ См.: Хайек Ф. Дорога к рабству // Вопросы философии. 1990. № 12.

²⁰ См.: Habermas J. Between Facts and Norm. Cambridge, 1996.

²¹ Подробнее см.: Денисенко В. В. Лингвистическая парадигма как методологическая основа общей теории права // Право и политика. 2007. № 9. С. 123–128.

²² См.: Альтерматт У. Этнонационализм в Европе. М., 2000. С. 250–252.

²³ См.: Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество : опыт социального прогнозирования. М., 1999.

идентифицировать себя с каким-либо классом или социальной группой. В результате стремления восстановить традиционные ценности, а также чувство принадлежности к социальным группам в обществе происходит рост националистических настроений. Как пишет Д. Белл: «Религии нередко процветали в те времена, когда исчезали надежды, когда все остальные типы социальных связей рушились, но как раз это и происходит сегодня во многих частях планеты. Прежние социальные связи разрушаются, и люди перестают понимать, во что они верят, к какой общности принадлежат, кто их друзья, а кто враги. Поэтому в религиозной жизни братство, община и приход в большинстве случаев оказываются важнее абстрактного символа веры. Людям необходимы сообщества, в которых они могли бы найти духовный приют и ощущение физической безопасности. В результате мы сталкиваемся со странной ситуацией: чем больше в обществе социальных общностей и размежеваний, тем сильнее в нем роль религий»²⁴.

Системный подход к правовому регулированию представляет важность особенно в условиях переходного государства и права. В политической науке стал общепризнанным тезис о необходимости учета социокультурного фактора, типа личности при проведении политико-правовых реформ²⁵. Преобразования общества на основе механического копирования политико-правовых институтов других государств не приносят должного результата, так как эффективное действие права в развитых странах не может рассматриваться лишь как успех юридических конструкций. Результативность политических и правовых институтов нельзя рассматривать в отрыве от антропологических связей, системы ценностей, характерных для конкретного общества. Взгляд на реформирование развивающихся государств как «...на линейное движение, последовательное освоение афро-азиатскими, латиноамериканскими и рядом стран ценностей и стандартов западной организации власти, отношений государства и гражданина не выдержал испытания жизнью. В реальности демократизация, институционализация либеральных ценностей, установление парламентских систем и прочих стандартов западной организации власти оборачивалось не повышением эффективности государственного управления, а коррупцией чиновничества, произволом бюрократии, занятой собственным обогащением»²⁶.

Таким образом, теория правового регулирования должна исходить из понимания права как открытой нормативной системы, обусловленности норм социально-культурными факторами. Без учета общественных ценностей, позитивное право не будет приводить к желаемому результату. Между тем в настоящее время в отечественной правовой науке существуют различные подходы к правовому регулированию²⁷, но большинство

²⁴ Белл Д., Иноземцев В. Л. Эпоха разобщенности. М., 2007. С. 72.

²⁵ См.: Соловьев В. П., Пугачев А. И. Введение в политологию : учеб. для студ. вузов. М., 2005. С. 429–431.

²⁶ Там же. С. 430.

²⁷ См.: Осипов М. Ю. Правовое регулирование как динамическая система // Право и политика. 2006. № 11. С. 17.

российских правоведов исходят из целерационального или инструментального понимания его природы²⁸, продолжая традицию классической рациональности или теории «законодательного разума». Теория правового регулирования, безусловно, должна отойти от «механизма» к «системе». Это необходимо для научного уяснения современных социальных патологий правового регулирования (избыток позитивного права, отчуждение от политико-правовых институтов и др.), связанных с ослаблением общественных взаимодействий, а также для «значимости» права, т.е. легитимности, ценностной моральной обоснованности юридических предписаний. Роль системного подхода к правовому регулированию связана также вопросами доверия и социального капитала²⁹, так как нелегитимная правовая политика, проводимая без учета социальных ценностей, не может быть эффективной.

²⁸ См., например: *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве. М., 2004. С. 26 ; *Комаров С. А.* Общая теория права в схемах и определениях. М., 1996. С. 9.

²⁹ См.: *Фукуяма Ф.* Великий разрыв. М., 2004.

Воронежский государственный университет

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

E-mail: vsu_vlad@mail.ru

Тел.: 8-915-546-35-04

Санкт-Петербургский государственный университет

Капустина М. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права

E-mail: mkapustina@list.ru

Тел.: 8-921-932-47-26

Voronezh State University

Denisenko V. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Theory and History of State and Law Department

E-mail: vsu_vlad@mail.ru

Tel.: 8-915-546-35-04

St. Petersburg State University

Kapustina M. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Theory and History of State and Law Department

E-mail: mkapustina@list.ru

Tel.: 8-921-932-47-26