

**ДЕЛЕГИТИМАЦИЯ ПРАВА:
ПРИЧИНЫ И СПОСОБЫ ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ***

В. В. Денисенко

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 17 июля 2019 г.

Аннотация: *раскрывается категория «делегитимация права», показана его роль в правовом регулировании в условиях социального государства и нормативного перепроизводства. Проводится анализ различных точек зрения на процесс легитимации и делегитимации в частном и публичном праве.*

Ключевые слова: *легитимность права, законность и правопорядок, социальное государство, эксплицитная легитимность, юридикация общества, эффективность правового регулирования, правовые нормы, реализация права, демократия участия, медиация, консенсус.*

Abstract: *the category «delegitimization of the right» is revealed, its role in legal regulation in the conditions of the social state and normative overproduction is revealed. The author analyzes different points of view on the process of legitimation and delegitimization in private and public law.*

Key words: *legitimacy of law, legality and law and order, social state, explicit legitimacy, legal system of society, effectiveness of legal regulation, legal norms, realization of law, democracy of participation, mediation, consensus.*

Одной из важнейших по степени актуальности тем отечественной юридической науки является тема эффективности закона и подзаконных актов. Важнейшим фактором, обеспечивающим эффективность закона, является признание правовых институтов гражданами, т. е. феномен легитимности. Для того чтобы обеспечить процесс эффективности правотворчества и правоприменения, необходимо, на наш взгляд, доктринальное уяснение процесса, как нормы становятся легитимными, т. е. процесса легитимации, и какие причины приводят к снижению этого качества, т. е. процесс делегитимации. По нашему авторскому определению, легитимация – это процесс обретения правом легитимности, представляет собой институционализацию социального взаимодействия, жизненно важного, осмысленного и желательного для участвующих в нем лиц. Следует пояснить, что институционализация предполагает формирование структур и правил, опосредующих то или иное взаимодействие субъектов правовых отношений. Первым на доктринальном уровне процесс легитимации норм права стал анализировать М. Вебер, который рассматривал процесс возникновения правовых норм следующим обра-

* Публикация подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 18-011-001777 «Дискурсивная легитимация права : речевой акт как форма с нормативным содержанием».

зом: «...1) сначала чисто фактические привычки в результате выработки психологических установок начинают восприниматься как обязательные; 2) по мере осознания распространенности этих привычек их начинают понимать как точки согласия и вкладывать в сознание других как полусознательное или просто сознательное ожидание поведения, которое в связи с этим воспринимается как осмысленное; 3) они получают гарантии аппарата принуждения, что отличает их просто от конвенции»¹. М. Вебер задавался вопросом: «...каким образом вообще в этой косной массе канонизированных привычек, которые происходят из самих себя и воспринимаются как обязательные, может возникнуть что-то новое?»². Ученый был не согласен с исторической школой права и ее идеей развития народного духа, по мнению М. Вебера, новое «...возникает благодаря изменениям внешних условий существования, которые влекут трансформацию эмпирически значимых моментов общего согласия»³.

По нашему мнению, процесс легитимации права условно можно объединить в три стадии. На *первой стадии* возникает приемлемость стихийно возникшего поведения (образа действия), обнаруживается на уровне межличностных отношений и поддерживается благодаря такому чисто психологическому фактору, как доверие, при этом она (приемлемость) может быть не зафиксирована. На *второй стадии* происходит фиксация модели поведения в юридических текстах. Это происходит, когда поведение, благодаря его непрерывному воспроизводству, выходит за пределы персональных связей в публичную сферу. Фиксацией в юридических текстах данная модель приобретает и объективированное содержание, и поддержку со стороны определенного авторитета (политического суверена, коммуникативного сообщества и пр.). На этой стадии межличностное доверие продолжает оставаться желательным фактором при выстраивании субъектом линии поведения, но социально важным становится именно наличие внешнего авторитета, поскольку модель начинает затрагивать и тех субъектов, которые не находились в личной связи с лицами, следующими этой линии поведения (и поэтому, естественно, могут соответствовать другим моделям). Как следствие, требуется внешняя инстанция, способная устранять или предотвращать возможные противоречия и столкновения. *Третья стадия* завершает процесс легитимации. Она представляет собой полноценное включение правового предписания в коммуникацию, протекающую между субъектами. Но если ранее они рассматривали себя и других лишь в качестве адресатов данного предписания, т. е. в сознании могла присутствовать ответственность за исполнение правила, но не за его содержание, то на этой стадии субъект воспринимает право не как продолжение принуждающей власти, а как объективированную форму своего бытия в обществе, бытия-с-другими, бытия в качестве коммуницирующего разума. Полноценная легитима-

¹ Хозяйство и общество : очерки понимающей социологии : в 4 т. М., 2018. Т. 3: Право / под общ. ред. Л. Г. Ионина. С. 122.

² Там же. С. 122.

³ Там же. С. 123.

ция права означает возможность субъекта разумно и добровольно реализовать свои интересы и потребности, сохраняя личный суверенитет и признавая его за иными коммуникантами, оставаясь в пределах правовой формы, но без ссылки на авторитет публичной власти (находясь при этом в ответственном диалоге с ней). Иными словами, речь идет о личной ответственности за соблюдение не только правового предписания, но и за его содержание. В том случае, когда данная ответственность подкреплена институционально (т. е. субъект может выразить ее и довести до практического воплощения в тех или иных действиях), право можно считать полностью легитимным, адекватным запросам гражданского общества. Автор данной статьи глубоко убежден, что процесс легитимации права предполагает наличие двух аспектов: *имплицитной легитимности*, т. е. признание равной правосубъектности в правовой системе за гражданами, и *эксплицитной легитимности*, под которой понимается признание правового текста. Легитимация права в современной отечественной правовой системе должна предполагать достижение единства между имплицитной и эксплицитной легитимностью.

В случае отсутствия имплицитной легитимности в правовой системе неизбежен процесс делегитимации права, когда позитивное право теряет свой авторитет (легитимность) и вследствие этого теряет свою эффективность в правовых отношениях. Типичный случай делегитимации имеет место при исчезновении взаимного признания относительно данного правила поведения с одновременным сохранением его существования на уровне закона или иного нормативного правового акта. В этом случае спрос на право (потребность в обращении к правовой форме для реализации законного интереса) падает, а на неформальные институты и практику возрастает, поскольку социализация (равно как удовлетворение какой-либо партикулярной человеческой потребности) не может обходиться без признания субъектами друг друга как реально действующих лиц. Если проблема низкого спроса на право не осознается законодателем должным образом, все попытки вернуть правому регулированию эффективность сводятся к производству избыточных нормативных правовых актов. Это влечет за собой невозможность правильного и полного понимания смысла законодательства, всеобщее отчуждение от права, нигилистическое к нему отношение. Таким образом, делегитимация права, не распознанная в качестве таковой (эпистемическая проблема), приводит к затяжному политико-правовому кризису (социально-идеологическая проблема). Социальный порядок в ситуации такого кризиса поддерживается только внутренними усилиями одних личностей и конформным поведением других, являясь поэтому весьма нестабильным. Делегитимированное право является правом только номинально, но не по содержанию.

Философское обоснование необходимости имплицитной легитимности наряду с легитимностью правовых текстов следует раскрывать с позиции концепции взаимного признания, которая была разработана одним из известнейших современных социальных философов Акселем

Хоннетом. Немецкий ученый в рамках своей концепции исследует проблемы признания порядка и пренебрежения им. В работе «Борьба за признание. Моральная грамматика социальных конфликтов» он дает понимание признанию как «многослойное измерение, которое присуще любым межсубъектным взаимоотношениям и одновременно оформляет их нормативно»⁴. По мнению А. Хоннета, общество существует как общность именно благодаря взаимному признанию. В обществе, по его мнению, существуют три сферы взаимного признания: эмоциональное, правовое и социальное. Особенность сферы правового признания в том, что здесь субъект не ограничен дружбой или любовью, как в эмоциональной сфере. Взаимное признание в правовой сфере проявляется в том, что «субъект признает нормы общества путем интернализации генерализованного Другого, который постоянно напоминает субъекту о его обязанностях по отношению к другим. В то же время со стороны других членов общества данный субъект может признаваться носителем индивидуальных неотъемлемых прав. Подчиняясь одному закону, субъекты, по словам А. Хоннета, признают друг друга лицами, способными в своей автономии рационально относиться к моральным нормам»⁵.

В обществе, пишет А. Хоннет, есть три ступени взаимного признания: любовь, право и солидарность. Эти отношения содержатся в институтах семьи, гражданского общества и солидаристской социальной общности. Соответственно философ выделяет три типа пренебрежения: изнасилование, лишение прав, или исключение (ценз оседлости, лишение избирательных прав и т. д.). Истоки позитивного права А. Хоннет находит в преступлении, т. е. действии, которое перечеркивает взаимное признание. Преступление заставляет субъектов понять, что эти отношения, во-первых, уже были прежде; во-вторых, были нарушены; и наконец, в третьих, требуют восстановления, для того чтобы сохранить взаимным признанием созданную идентичность и общество⁶. Таким образом, основой любой совместной жизни людей (эту идею Хоннет берет из творчества Гегеля) является взаимное признание субъектов. Мотивом же преступления является пренебрежение к этому признанию. Причем наказание за преступление часто ведет к накоплению пренебрежения и поэтому общественное напряжение вследствие наказания может лишь усиливаться. Процесс накопления пренебрежения в конечном счете приводит к институционализации самих протестных сообществ. Как указывает отечественный философ А. Э. Савин: «...одна из основных заслуг А. Хоннета состоит в том, что он, поставив акцент на формах пренебрежения и детально их проанализировав, создал условия возможности для выявления логики легитимации сопротивления (в том числе логики образования норм и

⁴ Цит. по: Ушанова И. А. Философские аспекты взаимного признания (обзор современных немецких исследований). URL: <http://www.rsk-k.ru/ushanova.pdf>

⁵ Там же.

⁶ См.: Савин А. Э. Генезис нормативного социального порядка как философская проблема // Мир человека : нормативное измерение-3. Рациональность и легитимность : сб. трудов Междунар. науч. конф. Саратов, 2013. С. 130.

квазиправовой легитимации преступных групп)»⁷. Вообще, проблема признания – это важнейший аспект легитимации и делигитимации права.

Обеспечение необходимого уровня легитимации права связано с обеспечением взаимного признания в правовой системе как на уровне правотворчества, так и на уровне правоприменения. На уровне правотворчества обеспечение взаимного признания и имплицитной легитимности происходит через институты делиберативной демократии. Латинский термин «*deliberatio*» означает «обсуждать», «размышлять», «советоваться», «взвешивать за и против», «проводить консультации». Данный тип демократии заключается в участии граждан-непрофессионалов в принятии правотворческих решений. Аргументация данной процедуры в рамках концепции немецкого ученого А. Хоннета заключается в том, что делегировать полностью права в области правотворчества парламенту означает пренебрежение субъектом и исключение его из круга признания. Делиберативная модель демократии стала популярной в начале 90-х гг. Современный английский ученый У. Кимлика указывает, что в настоящее время происходит сдвиг «...от «голосцентричных» к «диалогоцентричным» теориям демократии»⁸. Довольно долгое время демократия понималась как голосование, но, как пишет У. Кимлика, такая концепция демократии «не может соответствовать нормам демократической легитимности»⁹. Причина такого мнения заключается в том, что политические предпочтения понимаются как сформированные независимо от политического процесса, и до него эта концепция не дает гражданам возможности убедить других в достоинствах своих взглядов или легитимности своих притязаний. Аналогичным образом она не дает гражданам возможности отличать требования, основанные на эгоизме, предрассудках, невежестве или сиюминутных капризах, от тех, которые основаны на принципах справедливости или фундаментальных потребностях. Фактически отсутствует публичное измерение этого процесса. Вследствие этого результаты агрегирующей модели имеют только слабый оттенок, она обеспечивает механизм для определения победителей и проигравших, но никакого механизма для достижения консенсуса или формирования общественного мнения, или даже для формирования достойного компромисса.

На уровне правоприменения обеспечение взаимного признания происходит через процедуры медиации как в публичном, так и в частном праве. Медиация в буквальном смысле слова означает «посредничество», идет от латинского слова «*mediare*», т. е. посредничать. Медиация – это процедуры, необходимые для обеспечения равенства в правовой системе, условие обеспечения легитимности права в российском обществе. В отечественном праве можно рассматривать медиацию как межотраслевой институт, который включает в себя как процедуры гражданского процес-

⁷ Савин А. Э. Указ. соч. С. 131.

⁸ Современная политическая философия : введение / пер. с англ. С. Моисеева. М., 2010. С. 370–371.

⁹ Там же. С. 370.

са, так и восстановительное правосудие уголовно-процессуального права. Обоснование медиации с позиции современных теорий права позволяет анализировать этот правовой межотраслевой институт не как случайное или чуждое заимствование из иностранного права, а как неизбежный результат развития современного общества и государства, как реализацию потребности личности в правовой системе. Теория права, которая способна объяснить природу медиации, ее необходимость и значение, должна быть способной объяснить потребность современной правовой системы в участии и дискурсах равных юридически граждан. Поэтому проблема отечественных теоретиков права, заключающаяся в неспособности обосновать актуальные проблемы медиации на уровне общей теории права, связана с юридическим позитивизмом и этатизмом. Так как медиация – это равенство граждан и их демократическое участие в применении права, то и теория права, объясняющая современную действительность, связанную с медиацией, может быть лишь антипозитивистской. Таким образом, лишь основанная на признании формального равенства и потребности в обществе на участие граждан в праве юридическая теория способна объяснить развитие консенсуальных процедур. В зарубежной философии права юридическое равенство и необходимость в современный исторический период консенсуальных процедур обосновано в коммуникативной теории Ю. Хабермаса. В отечественной теории права это идеи коммуникативной и либертарной теорий права – та методологическая база, необходимая для понимания природы консенсуальных процедур в отечественном судопроизводстве.

Таковы основные положения нашего подхода к проблеме делегитимации, которые связаны с необходимостью понимания единства легитимации правовых текстов и легитимации имплицитной, т. е. легитимации взаимного признания носителей субъективных прав.

Воронежский государственный университет

Денисенко В. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права, международного права и сравнительного правоведения
E-mail: vsu_vlad@mail.ru

Voronezh State University

Denisenko V. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Theory of State and Law, International Law and Comparative Law Department
E-mail: vsu_vlad@mail.ru