

ПРАВОПОНИМАНИЕ И ИНСТРУМЕНТАЛЬНАЯ
ЦЕННОСТЬ ПРАВА
(В КОНТЕКСТЕ НАУЧНОЙ КОНЦЕПЦИИ А. В. ПОЛЯКОВА)

Е. Ф. МОСИН,* В. А. САПУН**

В статье исследуются роль и значение категории правопонимания в теории права и инструментальная ценность права в контексте коммуникативной концепции А. В. Полякова. Тип правопонимания определяет парадигму юридического познания, нормативно-правовое содержание, предмет и метод учения о праве. Современная юриспруденция, понимая право как институционное образование, не может предложить такое определение права, с которым согласились бы представители всех направлений правопонимания. Поэтому проблематика правопонимания занимает центральное место в юридической науке. Среди всех типов правопонимания наиболее перспективным представляется предлагаемый и обосновываемый коммуникативной теорией права, которая разрабатывается и развивается профессором А. В. Поляковым и его школой. В инструментальном плане правопонимание, присущее коммуникативной теории права, представляется по сравнению с другими правопониманиями наиболее отвечающим современным представлениям о праве, а коммуникативная теория права — наиболее открытой для восприятия других национально-правовых систем, особенно в условиях перспективы частичной конвергенции романо-германского и англо-американского права. Изложенный подход к правопониманию предполагает исследование инструментальных свойств права (общеобязательной нормативности, системности, формальной определенности, реальной применимости и др.) и инструментальной ценности права. КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: право, определение права, общая теория права, категория правопонимания, коммуникативная теория права, инструментальная теория права, правовой закон, инструментальные свойства права, нормативность права, системность права, формальная определенность права, реальная применимость права.

* Мосин Евгений Федорович — кандидат технических наук, доцент кафедры правового регулирования экономики Санкт-Петербургского государственного экономического университета (СПбГЭУ), адвокат Санкт-Петербургской городской коллегии адвокатов.

Mosin Evgeny Fedorovich — candidate of technical sciences, associated professor of the Department of Legal Regulation of Economics, Saint-Petersburg State Economic University, lawyer of Saint-Petersburg City Bar Association.

E-mail: mosin@mail.spbnit.ru

** Сапун Валентин Андреевич — доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права СПбГЭУ.

Sapun Valentin Andreevich — doctor of legal sciences, professor of the Department of Theory and History of State and Law, Saint-Petersburg State Economic University.

E-mail: yaturbova@inbox.ru

© Мосин Е. Ф., Сапун В. А., 2014

MOSIN E. F., SAPUN V. A. LAW UNDERSTANDING AND INSTRUMENTAL VALUE OF LAW (IN THE CONTEXT OF A. V. POLIAKOV'S THEORY)

The article is devoted to the role and significance of the category of law understanding in the legal theory and the instrumental value of law in the context of the communicative theory proposed by A. V. Polyakov. The type of law understanding determines the paradigm of legal consciousness, the regulatory content, the subject matter and the method of the doctrine of law. Modern jurisprudence, considering law as an institutional structure, cannot propose such a definition of law that would satisfy representatives of all schools of law understanding. Thus, the legal science focuses on the problem of law understanding. Professor A. V. Polyakov together with his disciples is developing a perspective type of law understanding which is proposed and substantiated by the communicative theory of law. According to the instrumental approach, law understanding typical for the communicative theory of law better complies with modern legal ideas in comparison with other types of law understanding of law, while the communicative theory of law is more open to other national regulatory systems, especially in the light of possible partial convergence of civil and common law. The suggested approach to law understanding involves the analysis of instrumental characteristics of law (universally binding regulatory character, systemic character, formal certainty, practical application etc.) and of the instrumental value of law.

KEYWORDS: law, definition of law, general theory of law, category of law understanding, communicative theory of law, instrumental theory of law, just law, instrumental characteristics of law, regulatory character of law, systemic character of law, formal certainty of law, practical application of law.

История научных исканий, имеющих целью понять, что представляет собой право или что следует понимать под правом, и дискуссий, сопровождающих эти искания, насчитывает уже века, но по-прежнему нельзя сказать, что в результате найдено то, что в допостмодернистские эпохи могли бы назвать истиной, или то, с чем сегодня (когда в гуманитарных науках вера в существование абсолютных истин утрачена безвозвратно) согласилось бы большинство спорящих (ищущих). Прежние споры породили новые споры, хотя и с новой проблематикой, но со старой целью, причем новые споры и новая их проблематика не приблизили нас к формулировке результата «в последней инстанции», а лишь убедили в том, что проблема намного сложнее и обширнее, нежели это казалось прежним поколениям ее исследователей, и показали, насколько эта проблема может быть по-новому интересной и увлекательной для исследователя и какие новые горизонты и новые дали она ему открывает.

Очевидно, что современная юридическая наука, даже став мощным социально-институциональным образованием, не может дать определение права, консенсусно общее для различных научных школ в сфере проблем правовопонимания. И дело здесь не только и не столько в том, что регулярно подтверждается предостережение римского юриста I–II вв. н. э. Яволена, запечатленное в Дигестах Юстиниана: «Всякая дефиниция в гражданском праве опасна, ибо мало случаев, когда она не может быть опрокинута»¹ (в новом переводе Дигест² оно не столь красочно), — предостережение,

¹ Нерсесянц В. С. Примечания // Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 488–489.

² Дигесты Юстиниана. Книга 50. Титул XVII. О различных правилах древнего права. Фрагмент 202 // Дигесты Юстиниана / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. VII. Полутом 2. М., 2005. С. 563.

в своей сути верное не только в гражданском праве, да и не только в праве. Как указал шведский философ права Карл Оливекрона, «определение права как этико-императивной координации — это ответ на вопрос, чем является неизвестное X, которое мы называем правом. Идея состоит в том, что неизвестный X может быть отождествлен с чем-то данным. Однако этот способ определения возникающего вопроса ошибочен: неизвестное X не может быть отождествлено с чем-либо вообще, поскольку мы не знаем, что это. Чтобы решить вопрос об отождествлении, мы должны знать атрибуты X. Таким образом, неизвестное должно предполагаться известным».³ Из этого как частный случай следует высказывание С. Ю. Филипповой: «Поиски истины в юриспруденции — занятие более чем странное, хотя бы в силу того, что понятия и категории, истинность или ложность которых предполагается оценивать, введены в юриспруденцию извне самими исследователями. Остается неясным, как проводить верификацию суждений — с чем сравнивать их? И в таком случае предметом исследований становятся только лишь введенные в науку предшественниками конструкции, а объектом верификации становятся другие конструкции, введенные раньше (позже). Назначение таких “исследований” с трудом улавливается исследователями, что же касается субъектов правореализационной деятельности, то они остаются совершенно безучастными к результатам научных изысканий».⁴

Принципиально важным представляется признание необходимости сосуществования разных ракурсов познания (восприятия, изучения, понимания) права, в том числе «автономности права как реальности в реальности, одной из реальностей»,⁵ включая юридический концепт действительности, который «реально существует, но это особая реальность не существующих реально объектов».⁶ Хотя «разработка оснований постнеклассической методологии разворачивалась в известной мере в поиске оснований “единства множественного”»,⁷ но, «двигаясь в русле исследования особенностей постнеклассических практик, мы оказываемся в ситуации, когда появляется возможность отследить возникновение “множественности единств”».⁸ «Нельзя не отметить, что как “единство множественного”, так и “множественность единств” являются необходимыми компонентами феномена постнеклассики в целом, они работают на прояснение друг друга по типу соотношения фундаментального и прикладного».⁹

В. В. Лапаева (автор лучшего на сегодняшний день монографического научного исследования типов правопонимания) права, утверждая, что «именно сущность права, выраженная в его понятии, определяет построение общей теории права, которая представляет собой конкретизированное, развернутое понятие права. То или иное понимание сущности права через понятие права воздействует на формирование доктрины и догмы права, оказывая таким образом существенное влияние на правотворческую

³ Оливекрона К. Возможно ли социологическое объяснение права? // *Российский ежегодник теории права*. № 4. 2011. С. 427–428.

⁴ Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права. М., 2013. С. 24.

⁵ Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013. С. 208.

⁶ Там же. С. 286.

⁷ *Постнеклассические практики: опыт концептуализации*. Коллективная монография / под общ. ред. В. И. Аршинова и О. Н. Астафьевой. СПб., 2012. С. 145 (автор главы «Синергия языков постнеклассических практик» — Л. П. Киященко).

⁸ Там же.

⁹ Там же.

и правоприменительную деятельность».¹⁰ Но права, на наш взгляд, с оговоркой (нашей), что найти и единственно правильно определить единственно верную сущность права не удастся (можно определить ее путем консенсуса, рассматривая «конвенциональность как главный на сегодняшний день критерий научности», который «вытекает из онтологической и гносеологической конвенциональности»,¹¹ но о единственно верной тогда говорить не приходится). Мы уж не говорим о соответствующем этой сущности термине «право» (или «сущность права» в смысле именно права), ибо «новейшее определение термина, связанное с появлением и развитием когнитивного терминоведения, утверждает, что термин — это динамическое явление, которое рождается, формулируется, углубляется в процессе познания (когниции), перехода от концепта — мыслительной категории — к вербализованному концепту, связанному с той или иной теорией, концепцией, осмысляющей ту или иную область знания и/или деятельности. В связи с историческим характером процесса познания и закрепления знания термин получает новое определение как вербализованный знак... могущий иметь ряд вариантов, зависящих от выбранной теории и степени глубины знания».¹²

Поэтому мы никак не можем согласиться со следующим утверждением В. В. Лапаевой: «Представление о том, что понятие права может включать в себя разные смыслы... по сути дела означает, что понятия права как такового, т. е. как суждения о наиболее существенных, сущностных, признаках явления, не существует».¹³ Смыслы могут быть разными (уместнее сказать — различными) и при этом не быть противоположными и не отрицать существования «наиболее существенных, сущностных, признаков явления», а лишь различно ранжировать важность, значимость таких признаков для характеристики сущности явления.

В этом контексте к праву, рассматриваемому как семиотическая система, полностью приложимо сказанное Ю. М. Лотманом и Б. А. Успенским о еще более сложной семиотической системе — о культуре: «Утверждения “Все различно и не может быть описано ни одной общей схемой” и “Все едино, и мы сталкиваемся лишь с бесконечными вариациями в пределах инвариантной модели” — в разных видах постоянно повторяются в истории культуры от Екклезиаста и античных диалектиков до наших дней. И это не случайно — они описывают разные аспекты единого механизма культуры и неотделимы в своем напряжении от ее сущности».¹⁴

Поэтому мы считаем правильной другую позицию — основателя коммуникативной теории права А. В. Полякова, утверждающего, что задача нашего правоведения в XXI в. — это «поиск путей формирования нового, интегрального типа правопонимания... (от лат. *integer* — целый), возникающего на основе диалога всех школ и течений в современном правоведении, как западных, так и восточных»¹⁵.

¹⁰ Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. Монография. М., 2012. С. 11.

¹¹ История и методология юридической науки. Учебник для вузов / под ред. Ю. А. Денисова, И. Л. Честнова. СПб., 2014. С. 389 (автор разд. 2 «Методология юриспруденции» — И. Л. Честнов).

¹² Лейчик В. М. Терминоведение: предмет, метод, структура. 3-е изд. М., 2007. С. 21–22.

¹³ Лапаева В. В. Типы правопонимания. С. 19.

¹⁴ Лотман Ю. М., Успенский Б. А. О семиотическом механизме культуры // Лотман Ю. М. Семиосфера. СПб., 2004. С. 502.

¹⁵ Поляков А. В. Общая теория права. Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб., 2004. С. 114.

В. В. Лапаева утверждает, что «для России с ее неразвитой правовой культурой нужна доктрина, предлагающая четкий и понятный для практики теоретический критерий меры индивидуальной свободы, основанный на принципе формального равенства, согласно которому свобода одного человека может быть реализована до тех пор, пока она не нарушает свободу другого человека. Этот принцип, обоснованный, конкретизированный и развитый в рамках либертарно-юридического правопонимания В. С. Нерсисянца, является теоретико-методологическим инструментом решения самых разных проблем правовой теории и практики».¹⁶ Однако мы полагаем, что в настоящее время гораздо больший, нежели у либертарно-юридического подхода к праву, научно-практический потенциал (именно потенциал!) наличествует у другого подхода — феноменоло-коммуникативного, основанная на котором феноменоло-коммуникативная теория права предполагает, по мнению ее основоположника А. В. Полякова, «признание следующих методологических выводов: 1) право как феномен не существует вне социального субъекта, вне социального взаимодействия; 2) такое intersubjectивное взаимодействие, опосредованное легитимными правовыми текстами, всегда является специфическим коммуникативным поведением, субъекты которого обладают взаимообусловленными полномочиями и обязанностями; 3) право представляет собой синергичную коммуникативную систему».¹⁷ Кроме того, А. В. Поляков правильно считает, что «решение этой задачи, направленной на осмысление права как многоединства, существующего в разных ипостасях, формах и видах, не предполагает создание единственной теории права, пригодной на все времена и находящейся вне определенных социокультурных рамок».¹⁸

В конце концов, в постклассическом (постнеоклассическом) мире (из которого мы если и выберемся, то уж не в прошлое) «истина трансформируется от корреспондентской теории (соответствие знака референту) к когерентной (соответствие знака другим знакам) и к коммуникативной (значение знака как общезначимого в научном дискурсе) или прагматической (истинность знака — это вера в его эффективность)»,¹⁹ — один из примеров того, что «когда истины перестали очаровывать человека, пришлось очарованию стать истиной человека».²⁰

Нам представляется, что при рассмотрении различных типов правопонимания гораздо более актуальным (по сравнению с попыткой создать единое или универсальное определение сущности права) является вопрос об инструментальной ценности того или иного типа правопонимания. Этот вопрос, в свою очередь, порождает другой — об инструментальных свойствах права, которые эту ценность образуют и которые определенный тип правопонимания выявляет, исследует и повышению эффективности использования которых способствует. При этом феномен правового инструментализма мы рассматриваем, конечно, с позиции инструментального подхода, а не с позиции инструментальной теории права как относительно самостоятельного типа правопонимания (таковой в этом качестве пока не существует).²¹ Ибо

¹⁶ Лапаева В. В. Типы правопонимания. С. 10.

¹⁷ Поляков А. В. Общая теория права. С. 114.

¹⁸ Там же. С. 115–116.

¹⁹ Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 107.

²⁰ Хюбнер Б. Смысл в бес-СМЫСЛЕННОЕ время: метафизические расчеты, просчеты и сведение счетов / пер. с нем. Минск, 2006. С. 326.

²¹ Сапун В. А., Шундигов К. В. Инструментальная теория права и человеческая деятельность // Правоведение. 2013. № 1. С. 20.

прав И. Л. Честнов, указывая, что «постмодернизм... за прошедшие десятилетия с момента своего “рождения” не предложил... какую-либо позитивную программу трансформации современного социума и права, в том числе».²² И. Л. Честнов идет далее и предполагает, что «возможно, и не может предположить», но в этом мы уже не можем с ним согласиться.

Рассматривая объективное (позитивное) право «в качестве инструмента (механизма) реализации и обеспечения воспроизводства данной общественной системы, ее устойчивого состояния в стабильном, непрерывно функционирующем виде во времени» и отмечая, что «в воспроизводстве данной системы, понятно, велик вклад и других подразделений культуры», С. С. Алексеев справедливо указывал: «В человеческой культуре нет иного инструмента, кроме права, который бы обеспечивал это воспроизводство с информационно-организационной стороны и притом на всеобщей, твердой, постоянной, непрерывно функционирующей основе, важнейшим компонентом которой является та или иная мера активности участников общественных отношений».²³

Интересно, что, говоря о ценности права, выделяя инструментальную и собственную ценность права и отмечая, что «если не идти дальше рассмотрения права как регулятора общественных отношений, то его миссия в обществе состоит прежде всего в инструментальной ценности, т. е. ценности “инструмента”, “средства” решения задач, относимых к различным сторонам жизни общества — экономической, политической, культурной»,²⁴ С. С. Алексеев, переходя далее к рассмотрению «собственной ценности права», по сути, видит эту ценность опять-таки как инструментальную, хотя и не признает этого прямо²⁵ (не удалось это и Д. Паломбелле, профессору юридического факультета Университета Пармы (Италия),²⁶ попытавшемуся тему верховенства права рассмотреть исключительно с неинструментальной точки зрения, но опосредованно включившему и инструментальную тоже).

В рассматриваемом плане среди всех типов правопонимания наиболее перспективной опять-таки представляется коммуникативная теория права, разрабатываемая школой А. В. Полякова. Кроме того, даже в сегодняшней России — царстве, казалось бы, правового позитивизма — именно коммуникативная теория права, как бы это ни казалось странным на первый взгляд, наиболее близка к отечественным реалиям. В подтверждение этого можно сослаться на многое, но мы сошлемся лишь на доклад Председателя Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькина «Трансформация отношений собственности: глобальные тенденции и российский опыт»,²⁷ содержащий постановку и анализ ряда острейших и наиболее трудных

²² Честнов И. Л. Постклассическая теория права. С. 102.

²³ Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 316.

²⁴ Там же. С. 344.

²⁵ Там же. С. 345–346.

²⁶ Паломбелла Д. Мера права. Неинструментальная правовая точка зрения: от государства до международного уровня (от Хамдана к Аль-Джедде) // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / отв. ред. В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм. М., 2013. С. 351–372.

²⁷ Зорькин В. Д. Трансформация отношений собственности: глобальные тенденции и российский опыт. Доклад на XIII Диалоге высших судов России и Германии (Москва, 31 мая 2012 г.) // www.ksrf.ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=53 (2012, 1 сент.); www.rg.ru/2012/05/31/zorkin.html (2012, 1 сент.).

проблем правового регулирования экономических отношений в России. В этом докладе основное содержание «проблемных тенденций правового обеспечения хозяйственно-экономической жизни современного глобализирующегося мира, которые вызревали в последние десятилетия» Председатель Конституционного Суда РФ определяет «как отставание нормативно-правовой регламентации хозяйственно-экономических отношений от изменений социального содержания этих отношений, заметно ускоряющихся по мере развития процессов глобализации» и отмечает как очевидное, что «в условиях глобализации эта проблема уже не может быть разрешена собственно юридическими методами»; для осмысления указанных тенденций и поиска адекватных методов разрешения проблемы «необходимо обратиться к философско-правовому, политэкономическому и социологическому анализу».

Коммуникативная теория права в инструментальном плане представляется наиболее (по сравнению с другими теориями права) открытой для восприятия других национальных правовых систем, в частности, на фоне процессов конвергенции романо-германского и англо-американского права.²⁸ А исключительно ныне актуальная (и «большая») тема судейского усмотрения²⁹ и вовсе чуть ли не родная для коммуникативной теории права. Открыта коммуникативная теория права и для восприятия «реальности индивидуального права».³⁰

Большой, но, к сожалению, до сих пор весьма медленно осваиваемый инструментальный потенциал коммуникативной теории права особенно важен сегодня, когда «правовое бытие современного человека раздвигает веками формировавшиеся границы национально-государственных правовых систем и также приобретает глобальное измерение».³¹

Изложенный подход к правопониманию предполагает исследование правовых ценностей, которые могут быть представлены как его инструментальные свойства, ибо благодаря этим свойствам реальное использование права приводит к достижению определенных результатов. Как правильно отмечает А. В. Поляков, «право как целостность всегда есть действующее право. Как материя невозможна без движения, так право невозможно без своего действия».³² Инструментальные свойства права должны учитываться как в процессе правотворчества, при создании позитивного права, так

²⁸ *Марченко М. Н.* Сравнительное правоведение. Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2013. Гл. VIII («Конвергенции романо-германского и англосаксонского права»). С. 516–562.

²⁹ См., напр.: *Адыгезалова Г. Э.* Социологическая юриспруденция США в XX веке: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка. СПб., 2012; *Абушенко Д. Б.* Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002; *Бохан В. Ф.* Формирование убеждений суда. Минск, 1973; *Горевой Е. Д.* Внутреннее судейское убеждение в оценке доказательств по уголовным делам. М., 2008; *Грачева Ю. В.* 1) Источники судейского усмотрения в институтах освобождения от уголовной ответственности и от наказания. М., 2011; 2) Судейское усмотрение в применении уголовно-правовых норм: проблемы и пути их решения. М., 2011; *Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / под ред. В. В. Волкова.* М., 2012; *Папкова О. А.* Усмотрение суда. М., 2005; *Старых Ю. В.* Усмотрение в налоговом правоприменении. М., 2007; *Телятников В. И.* Убеждение судьи. СПб., 2004.

³⁰ *Сырых В. М.* Материалистическая теория права. Т. 4. Действительность индивидуального права. М., 2014.

³¹ *Ковлер А. И.* Антропология права. М., 2002. С. 6.

³² *Коммуникативная концепция права: вопросы теории.* Обсуждение монографии А. В. Полякова. СПб., 2003. С. 15 (вступительное слово А. В. Полякова).

и в процессе его реализации, ибо лишенное хотя бы одного инструментального свойства право теряет свою социальную легитимацию.

В структурном отношении право состоит из нормативных правоотношений, основой которых являются именно нормы права. При этом последние отличаются от текстов правовых актов и могут быть плодом деятельности не только государства, но и психоактивной деятельности субъектов при возникновении правовой коммуникативности. Иными словами, любая правовая норма должна пройти процесс социальной легитимации. В этом представляется ценность коммуникативной теории права, разработанной А. В. Поляковым, что не противоречит инструментальному пониманию права как институционального нормативного образования и системы правовых средств.

Право характеризуется *общеобязательной нормативностью*. Во-первых, под действие права попадает любая деятельность субъектов, которая находится в сфере правового регулирования, во-вторых, оно обязательно для каждого, независимо от субъективного отношения к праву. Именно этим право отличается от нормативности иных социальных регуляторов: нравственности, обычаев, корпоративных норм. Для права характерна высшая степень нормативности — общеобязательная нормативность. Именно высшая степень нормативности предопределяет инструментальную ценность права как регулятора общественных отношений. По методу регулирования правовые нормы подразделяются на императивные и диспозитивные. И те, и другие имеют общеобязательный характер, различается лишь степень обязательности. Так, императивные нормы выражаются в тексте нормативных актов как категорические правила поведения. Их нельзя изменить по воле участников общественных отношений. Диспозитивные нормы носят обязательный характер лишь постольку, поскольку лица — участники частноправовых отношений не избрали для себя иного варианта поведения. В тексте нормативно-правовых актов диспозитивный характер нормы права должен устанавливаться по формуле «Если иное не предусмотрено договором».

Право отличается системным характером. *Системность* представляет собой свойство права; она предопределяет инструментальную ценность права в обществе и является одной из правовых ценностей. Прежде всего, право представляет собой не совокупность правил поведения, как полагал А. Я. Вышинский,³³ а систему правовых норм. «Правовая норма, — пишет А. В. Поляков, — конституируется не одним правовым текстом, а всей совокупностью (системой. — Е. М., В. С.) правовых текстов, интерпретация которых легитимирует и конкретизирует правовые возможности и обязанности субъектов».³⁴ Так, в процессе гражданского судопроизводства при нарушении норм, выраженных в тексте Гражданского кодекса, применяются правила гражданского процессуального права. В тексте судебных решений по юридическим делам можно проследить взаимосвязь норм гражданского права и права гражданско-процессуального, которые действуют в системе.

Системность права наглядно проявляется во взаимосвязи отраслей права и правовых институтов, что особенно характерно для романо-германской правовой системы, к которой примыкает российское право. Так,

³³ Основные задачи науки советского права. Мат-лы I совещания научных работников права. 16–19 июня 1938 г. / под ред. А. Я. Вышинского. М., 1938. С. 7.

³⁴ *Коммуникативная концепция права: вопросы теории*. С. 14.

в системе права выделяются профилирующие отрасли цивилистического, административного и уголовного профиля. Над ними надстраиваются иные основные отрасли права, которые в свою очередь состоят из соответствующих правовых норм и институтов. Такой представляется первичная структура российского права. В праве выделяются вторичные структурные образования, такие как коммерческое, банковское, таможенное право и иные, состоящие из комплексных образований и правовых институтов.

Проблема, которая должна быть решена в различных школах правопонимания, — это строгая определенность правовых текстов или источников права. Таким свойством должны обладать нормативно-правовые акты, которые в сочетании с их содержанием и внешней формой их выражения при условии социальной легитимации правовых норм образуют формальную определенность права.

Формальная определенность права как его объективное свойство заключается прежде всего в следующем.

Во-первых, в текстах правовых актов должны быть предельно строго закреплены три первичные средства правового регулирования: дозволения, запреты и позитивные обязывания. Отсюда строгой формализации подлежат регулятивные правовые нормы: управомочивающие, запрещающие и обязывающие. Преобладание в текстах законов запрещающих норм, например, в законах о табакокурении, пропаганде гомосексуализма среди несовершеннолетних, усыновлении детей иностранными лицами, обеспечивает запретительный, а порой репрессивный характер этих законов.

Во-вторых, формальная определенность права требует совершенствования правовой формы законов и иных источников права. Под этим углом зрения остается актуальным придание источникам права качества правового закона. В качестве гипотезы для обсуждения можно выдвинуть следующие признаки правового закона, которые являются правовой ценностью:

— соответствие закона объективным свойствам права, таким как общеобязательная нормативность, системность, формальная определенность, реальная применимость, правообязывающий характер;

— закрепление в законе основных принципов права, прежде всего гуманизма, справедливости, юридического равенства;

— основа правового закона — права и свободы человека и гражданина, недопустимость законодательного ухудшения положения человека в обществе и государстве;

— соответствие закона общепризнанным принципам и нормам международного права, международным договорам;

— легитимность власти, придающей закону обязательную силу.

В-третьих, формальная определенность права обеспечивается рядом нетипичных правовых предписаний. К ним следует отнести правовые принципы и задачи, правовые дефиниции, презумпции, юридические фикции, преюдиции.

Право *отличается реальной применимостью*. Последняя особенность представлена как свойство права, предопределяющее его инструментальную ценность в обществе, ибо право как ценность — всегда есть действующее право. В праве заложен целостный механизм его реализации и применения.

Существуют два способа реализации: простой и сложный. Простой способ выражается в непосредственной реализации прав и обязанностей. Он характерен для всех субъектов коммуникативной деятельности и осуществляется в трех формах: использовании субъективных прав, соблюдении запретов, исполнении позитивных обязываний.

Важнейший элемент механизма непосредственной реализации права — «субмеханизм» его социально-правовой легитимации. Центральная роль в этом механизме принадлежит правосознанию (общественному, групповому, индивидуальному) и его уровням (обыденному, профессиональному, научному). Так, закон по-разному отражается в различных уровнях правосознания. На обыденном уровне закон отражается как любой правовой акт, который необходимо соблюдать и исполнять. На уровне профессионального правосознания закон выступает как правовой акт исключительно высших органов государственной власти, он обладает высшей юридической силой и находится в соподчинении с подзаконными юридическими актами. Для научного правосознания закон — это правовой текст, содержащий правовые нормы, прошедший социальную легитимацию, содержащий первичные нормы права. Именно научное правосознание вводит в обиход понятие «правовой закон». Таким образом, вне сознания социальных субъектов, их правосознания право существовать не может, но оно по-разному понимается субъектами права.

По-иному видится механизм реализации права при правоприменительной деятельности компетентных органов, обладающих властными полномочиями. В свое время П. И. Недбайло выдвинул идею о применении права не только государственно-властными органами, но и гражданами, которые, по мысли автора, осуществляют такую деятельность, например, будучи народными заседателями, участвующими в охране общественного порядка, и т. п.³⁵ Конструкция граждан как субъектов применения права не нашла поддержки юридической общественности, и дело не только в том, что субъекты применения права должны обладать властными полномочиями. Применение права вклинивается в процесс реализации права, доводит до завершения процесс правового регулирования, обладает особым механизмом. При этом применение права осуществляется не «для себя», а для лиц, не являющихся субъектами правоприменительной деятельности. Именно в их интересах осуществляется подобная деятельность. Известны случаи, когда необходима такая деятельность:

— когда права и обязанности субъектов вообще не могут быть реализованы без вынесения правоприменительного решения с использованием регулятивных правовых средств (пенсионные правоотношения, права и обязанности по несению воинской службы и т. п.);

— когда определенные правоотношения проходят контроль со стороны правоприменительных органов (регистрационная правоприменительная деятельность);

— при официальном установлении при специальной юридической процедуре наличия или отсутствия конкретных фактов, имеющих юридическое значение;

— при применении мер правового поощрения («поощрительных санкций»), имеющих юридические последствия;

— если существуют препятствия в реализации субъективных прав и в результате правоприменительной деятельности необходимо устранить эти препятствия (например, возратить вещь, неправомерно изъятую у собственника);

— в случаях неисполнения юридических обязанностей либо ненадлежащего их исполнения, когда к обязанному лицу применяются охранительно-обеспечительные правовые средства;

³⁵ Недбайло П. Е. Применение норм советского права. М., 1960. С. 127–133 и сл.

— при правовых «аномалиях», когда совершено правонарушение либо объективно противоправное деяние и в охранительных правоотношениях к конкретному лицу необходимо установить определенный вид и меру юридической ответственности или определить другие меры государственного принуждения.

Таким образом, особенности правоприменительной деятельности наиболее наглядно проявляются в следующих ее основных чертах.

1. Правоприменительная деятельность носит в большей степени «обслуживающий», обеспечительный характер в отношении субъектов, осуществляющих собственные права и обязанности в процессе непосредственной реализации права. Субъекты правоприменительной деятельности, обладающие властными полномочиями, применяют правовые средства преимущественно не «для себя», не в собственных интересах, а в целях разрешения конкретного дела, в отношении других лиц. Применение права на самом деле является не формой реализации права, как утверждается в большинстве исследований,³⁶ а особым способом реализации права, необходимым при особых обстоятельствах, когда участники непосредственной реализации по тем или иным причинам не могут осуществить права и обязанности своими собственными действиями и необходимо принятие в этих целях индивидуально-конкретного властного предписания.

2. По своему содержанию правоприменительная деятельность всегда является особой разновидностью властной юридической деятельности. Субъектами правоприменения являются лишь те лица (индивидуальные субъекты или организации), которые наделены властными полномочиями, обладают специальной правосубъектностью.

3. Правоприменительная деятельность осуществляется в режиме разрешительного типа регулирования с использованием императивных правовых средств регулятивного и охранительного значения в строгих процессуально-процедурных формах.

Правовое содержание правоприменительной деятельности всегда выражается в процессуально-процедурных формах ее осуществления с применением специальных процессуальных правовых средств и юридических процедур³⁷ и носит строгий формализованный характер. Такая формализация правоприменительной деятельности направлена, во-первых, на обеспечение реализации субъективных прав и обязанностей участников правоотношений в соответствии с нормами материального права; во-вторых, на осуществление самой правоприменительной деятельности в рамках определенных процессуальных правил и юридических процедур, выполнение которых способствует правильному и быстрому разрешению юридических дел. Процессуальные правовые средства являются своеобразным юридическим инструментарием правоприменителей, без использования и овладения которым не могут быть обеспечены требования,

³⁶ См. напр.: Дюрягин И. Я. Применение норм советского права. Свердловск, 1973. С. 8–10.

³⁷ *Юридическая процессуальная форма* / под ред. В. М. Горшенева, П. Е. Недбайло. М., 1976. С. 26–40; *Управленческие процедуры* / отв. ред. Б. М. Лазарев. М., 1988. С. 68–69; *Протасов В. Н.* Основы общеправовой процессуальной теории. М., 1991. С. 100 и сл. — При этом в современных исследованиях проводится различие между правовой процедурой как особым нормативно-установленным порядком осуществления юридической деятельности и юридическим процессом как комплексом юридических процедур: Яковенко О. В. Правовая процедура. Автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 1999. С. 7.

предъявляемые к правоприменительной деятельности и ее результату — правоприменительным актам. При этом, закрепляя правомочия компетентных органов по осуществлению правоприменительной деятельности, законодатель в большинстве случаев предписывает активную деятельность субъектов,³⁸ без которой невозможно разрешение стоящих перед правоприменителем задач.

4. Правоприменительная деятельность по уровню использования правовых средств относится к разновидностям *профессиональной* юридической деятельности. К иным видам такой деятельности относятся: правотворческая деятельность, направленная на разработку, принятие, введение в действие нормативно-правовых актов; интерпретационная деятельность по официальному нормативному толкованию правовых норм, в результате которой вырабатываются противоположения и правовые позиции, имеющие обязательное значение для реализации правовых норм. И дело не только в том, что профессиональная юридическая деятельность «всегда связана с юридической профессией».³⁹ Правоприменительная деятельность в любой ее разновидности (судебная, прокурорская, нотариальная, управленческая и др.) требует определенной профессиональной подготовки и квалификации, умений, навыков, готовности к применению специальных правовых средств при разрешении юридических ситуаций. Субъекты такой деятельности в некоторых случаях могут не иметь юридической квалификации дипломированного юриста-профессионала, но они должны обладать специальными юридическими знаниями, умениями, навыками для производства необходимых действий и операций по применению правовых норм. Именно в этом ее отличие от фактического правомерного поведения и правовой активности субъектов при непосредственных формах реализации права в повседневных отношениях.

5. Правоприменительная деятельность всегда связана с разрешением конкретного дела, в результате которого устанавливается наличие или отсутствие субъективных прав и юридических обязанностей участников правоотношений, определяются их мера и объем, в охранительных правоотношениях при применении санкций определяются вид и мера юридической ответственности.

Таким образом, правоприменительная деятельность является особым, властным способом реализации права, сопровождается предельно строгим и точным использованием процессуально-процедурных средств и направлена на разрешение конкретного юридического дела. Структура правоприменительной деятельности может быть представлена как ее строение, определенное расположение и взаимозависимость основных элементов и связей, которые обеспечивают ее целостность, сохраняют ее свойства и функции.

Таковы некоторые свойства права, изложенные с точки зрения инструментальной ценности. Как показали наши исследования, указанные

³⁸ Правоприменитель всегда должен быть активен. Поэтому «правовая активность» как специальная юридическая категория неприменима к характеристике правоприменительной деятельности. Инициативная работа правоприменительных органов должна быть освещена при помощи других понятий, таких как качество, эффективность и др. (Алексеев С. С. Теория права. М., 1995. С. 261).

³⁹ Леушин В. И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск, 1987. С. 82–83. — Близи к этому и положения, высказанные нами ранее: Сапун В. А. Социалистическое правосознание и реализация советского права. Владивосток, 1984. С. 72–73.

свойства права рассматриваются в различных школах правопонимания, в том числе в весьма перспективной коммуникативной теории права, разработанной А. В. Поляковым.

Правоприменителям в сегодняшней России инструментальная ценность коммуникативной теории права может представляться неочевидной и даже сомнительной. И тем не менее эта ее ценность для правового будущего России несомненна.

В связи с этим в заключение процитируем знаменитую работу «Борьба за право» (выдержавшую еще при жизни автора 10 изданий на его родине) одного из создателей социологии права — Рудольфа фон Иеринга: «Право есть непрерывная работа и притом не только государственной власти, но и всего народа. Вся жизнь права, если окинуть взором всю ее в целом, представляет нам то же зрелище неустанной борьбы и работы целой нации, какое являет ее деятельность в области экономического и духовного творчества. Каждый отдельный человек, встречающийся с необходимостью отстаивать свое право, принимает участие в этой национальной работе, вносит свою скромную лепту в дело осуществления правовой идеи на земле».⁴⁰ А ведь всего за 25 лет до первого издания «Борьбы за право» прусский король Фридрих-Вильгельм IV, выступая 11 апреля 1847 г. на открытии Соединенного ландтага, произнес: «Я никогда не позволю, чтобы между господом, нашим небесным владыкой, и этой страной стал, словно второе провидение, исписанный лист бумаги и чтобы его параграфы правили нами. Корона не может и не должна зависеть от воли большинства».⁴¹

⁴⁰ Иеринг Р. Борьба за право // Иеринг Р. Избранные труды. В 2 т. Т. I. СПб., 2006. С. 24.

⁴¹ История XIX века. В 8 т. / под ред. Лависса и Рамбо. М., 1938. Т. 4. С. 87 (автор раздела «Германский союз» — Э. Дени).