

МИНИСТЕРСТВО ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

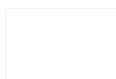
Учреждение образования

«Академия Министерства внутренних дел Республики Беларусь»

**КЛАССИЧЕСКАЯ
И ПОСТКЛАССИЧЕСКАЯ
МЕТОДОЛОГИЯ РАЗВИТИЯ
ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ**

Сборник научных трудов

Минск
Академия МВД
2013



УДК 34
ББК 67
К47

Редакционная коллегия:

кандидат юридических наук, доцент *А.Л. Савенок* (председатель)
(Академия МВД Республики Беларусь);
кандидат юридических наук, доцент *В.И. Павлов* (заместитель председателя)
(Академия МВД Республики Беларусь);
доктор юридических наук, профессор *А.В. Поляков*
(Санкт-Петербургский государственный университет);
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Российской Федерации *И.Л. Честнов*
(Санкт-Петербургский юридический институт (филиал)
Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации);
доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент
Национальной академии правовых наук Украины *С.И. Максимов*
(Национальный университет «Юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого»);
кандидат юридических наук, доцент *А.В. Стовба*
(Харьковский национальный университет имени В.Н. Каразина)

ПРЕДИСЛОВИЕ

Проведение проблемного семинара по вопросам классической и постклассической методологии юридической науки становится доброй традицией в Академии МВД Республики Беларусь. Учреждение высшего образования не первый раз организует интеллектуальную площадку для обсуждения актуальных проблем правовой действительности ведущими специалистами в области философии и теории права, отраслевых юридических дисциплин. В соответствии с исходным замыслом семинара дискуссия предполагает методологическую постановку обсуждаемых проблем с акцентом на различении двух эпистемологических линий, сложившихся в современной правовой науке: классического и постклассического юридического знания. Организаторы семинара придают особое значение региональному фактору в подготовке научной площадки. К работе в семинаре приглашены члены русскоязычного научного сообщества, представляющие юридическую культурную традицию восточнославянского цивилизационно-культурного региона.

Второй проблемный семинар, организованный в Академии МВД Республики Беларусь 1–2 ноября 2013 г., посвящен вопросам *эффективности права в условиях современной правовой реальности*. Для участия в работе семинара приглашены ведущие правоведы Беларуси, России и Украины – представители Белорусского государственного университета, Академии МВД Республики Беларусь, Конституционного суда Республики Беларусь, Научно-практического центра проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь, Института правовых исследований Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь, Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, Санкт-Петербургского государственного университета, Нижегородской академии МВД России, Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Южно-Российского института – филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», Харьковского национального универси-

тета имени В.Н. Каразина. Предметом обсуждения являются проблемы доктринального становления темы эффективности в праве, классические и постклассические подходы к осмыслению проблемы эффективности права, вопросы влияния глобализации и регионализации на измерение юридической эффективности, онтологические и этические аспекты эффективности права, критерии эффективности и оценки функционирования уголовно-правовых, уголовно-процессуальных и административно-правовых институтов, практические проблемы эффективности законодательства.

Сборник научных трудов включает доклады участников семинара по тематическим разделам «Философия и методология науки», «Общая теория и философия права» и «Отрасли права». Организаторы выражают надежду, что проведение второго проблемного семинара и издание сборника научных трудов будут способствовать активизации методологических исследований в праве и дальнейшему продуктивному сотрудничеству правоведов Беларуси, России и Украины на общей культурной платформе в условиях творческого взаимодействия.

*кандидат юридических наук, доцент В.И. Павлов,
кандидат юридических наук, доцент А.Л. Савенок*

УДК 340.1

М.А. Можейко, проректор по научной работе и международным связям Института теологии имени святых Мефодия и Кирилла Белорусского государственного университета, доктор философских наук, профессор

ПРАВОВАЯ И НРАВСТВЕННАЯ РЕАЛЬНОСТЬ СОВРЕМЕННОЙ КУЛЬТУРЫ: ПРОБЛЕМА НОРМАТИВНОСТИ И ДОЛЖЕНСТВОВАНИЯ

Правовые нормы неизменно опираются на представления о справедливости, и правовое долженствование фундировано долженствованием нравственного порядка. Однако статус нравственных норм (и нормативности поведения вообще) в современной культуре претерпевает существенные трансформации: под сомнение ставится сама идея ригористического долженствования, что приводит к ощутимому изменению нравственной (а с ней в перспективе и правовой) реальности.

Традиционная этика, определяющая себя как теория морали и видящая свою цель в обосновании модели достойной жизни, на протяжении всей своей истории практически выступала как обоснование той или иной моральной системы, фундированное конкретной интерпретацией таких понятий, как добро, зло, долг, честь, совесть, справедливость, смысл жизни и т. д.

Нормативный характер этики эксплицитно постулируется кантовской рефлексией над теорией морали. Фактически этика всегда конституируется в качестве учения о должном, обретая характер практической философии.

Что же касается современной культуры постнеклассического типа, то можно утверждать, что в семантико-аксиологическом пространстве постмодерна этика (в традиционном ее понимании) вообще не может быть конституирована как таковая. И этому имеется несколько причин.

1. Гомогенность аксиологического пространства культуры постмодерна.

Рассмотренные парадигмальные сдвиги, характеризующие современный стиль мышления, приводят к тому, что культура постмодерна начинает рефлексивно осмысливать себя как программно-релятивную.

Прежние культурные традиции ретроспективно оцениваются как централизованные вокруг метанарраций, т. е. парадигмальных интерпретационных матриц, претендующих на универсальность и осуществляющих своего рода легитимацию знания, социальных институтов, стиля мышления и т. п. (Так, еретические учения не могут быть легитимированы в контексте христианской метанаррации западноевропейского Средневековья, обскурантистские – в контексте метанаррации Просвещения, диссидентские – в контексте советской метанаррации и т. д.).

Современная культура понимается постмодернизмом как культура заката метанарраций, т. е. радикального отказа от метанарративов, претендующих на статус не только матриц семантико-интерпретационных и аксиологических процедур, но и нормирующих рамок всех типов поведения.

В условиях заката метанарраций дискурс легитимации сменяется дискурсивным плюрализмом, санкционированный тип рациональности – вариативностью рациональностей, фундирующей языковые игры как альтернативу нормативному языку. По определению Ф. Гваттари, «все годится, все приемлемо» [1, с. 23].

В этом отношении само понятие ценностного приоритета может быть, по мысли Ф. Джеймисона, отнесено к отвергаемым в современной теории, ибо в последней нет места делению на истинное и ложное, приемлемое и неприемлемое. Культура предполагает возможность взаимодействия и диалога различных (не исключая альтернативных) традиций.

В данном контексте программной для эпохи постмодерна становится идея микшированности культуры, представляющей собой принципиально несистемную мозаику фрагментов и сколов различных традиций. Фундаментальной характеристикой культуры постмодерна выступает плюрализм, вариативность, своего рода перемешивание в конкретных культурных контекстах самых различных аксиологических традиций. В постмодерне коллаж превращается из частного приема художественной техники в универсальный принцип построения культуры. В этом плане культура постмодерна описывается Ж.-Ф. Лиотаром как «монстр», образуемый переплетением радикально различных, но при этом абсолютно равноправных мировоззренческих парадигм, в рамках взаимодействия которых (в свете презумпции заката метанарраций) невозможно выделение универсальных аксиологий. По формулировке Ж.-Ф. Лиотара, эклектизм является нулевой степенью общей культуры: по радио слушают реггей, в кино смотрят вестерн, на ланч идут в McDonald's, на обед в ресторан с местной кухней, употребляют парижские духи в Токио и одеваются в стиле ретро в Гонконге [2, р. 334–335].

Важнейшей характеристикой такой культурной среды выступает принципиальное отсутствие центра не только в специально-нормативном смысле (эксплицитное официальное санкционирование), но и в смысле обще-аксиологическом (имплицитные ценностные предпочтения и доминирования).

Культурное пространство постмодерна не просто лишено центра – оно программно ацентрично. Как утверждает Л. Фидлер в работе «Пересекайте рвы, засыпайте границы», нет и не может быть ни элитарной, ни массовой культуры как таковых. И первая публикация статьи в журнале *Playboy* наглядно демонстрирует практическую реализацию прокламируемой стратегии [3].

Подобный аксиологический ацентризм означает превращение иерархично выстроенной в ценностном отношении культурной среды в ценностно-гомогенную. Как отмечает Ж.-Ф. Лиотар, в постмодернистском культурном контексте все прежние центры притяжения, образуемые национальными государствами, партиями, профессиями, институтами и историческими традициями, теряют свою силу [4].

Вследствие этого среди актуализирующихся в постмодернистском социуме поведенческих стратегий ни одна, по оценке Р. Рорти, не обладает привилегиями перед другими в смысле лучшего выражения человеческой природы. Ни одна из этих стратегий не является более гуманной, чем другая, они просто плюральны и вариативны. В едином социокультурном контексте оказываются совмещенными такие аксиологические системы, которые, казалось бы, по определению несовместимы. Например, российский фашизм или компьютерные неокульты.

Таким образом, культурное пространство эпохи постмодерна конституирует себя как программно-плюралистичное и аксиологически-гомогенное, вне какой бы то ни было возможности определения аксиологических или иных приоритетов.

Этика же не просто аксиологична по своей сути, но и программно-нормативна, в силу чего не может быть конституирована в традиционном своем качестве в условиях мозаичной организации культурного целого, предполагающего принципиально внеоценочную рядоположенность и практическую реализацию сосуществования различных (вплоть до альтернативных и взаимоисключающих) поведенческих стратегий. Д. Мак-Кенс постулирует в этом контексте возможность этики лишь в смысле открытой или множественной, если понимать под множественностью не простой количественный плюрализм, но принципиальный отказ от возможности конституирования канона [5].

2. Отказ от идеи бинарных оппозиций в постнеклассической культуре.

Все уровни системной организации этики как теоретической дисциплины фундированы принципом бинаризма: парные категории (добро – зло, должное – сущее, добродетель – порок и т. д.), альтернативные моральные принципы (аскетизм – гедонизм, эгоизм – коллективизм, альтруизм – утилитаризм и т. д.), противоположные оценки и т. п. – вплоть до необходимой для конституирования этики презумпции возможности бинарной оппозиции добра и зла. Между тем парадигмальные трансформации современного стиля мышления фундированы идеей многозначности эволюционных векторов (веер возможностей развития) и в силу этого характеризуются программным отказом от самой идеи бинарных оппозиций. По этой причине в ментальном пространстве постмодерна в принципе немыслимы дуализм или дихотомия, даже в примитивной форме добра и зла [6].

3. Идиографический отказ от жесткого дедуктивизма.

Фундированность современной культуры презумпцией идиографизма, предполагая отказ от жесткой номотетики, влечет за собой и отказ от парадигмы дедуктивизма: невозможность формулировки универсально общего закона делает невозможным и формирование концептуальных систем, организованных по принципам дедуктивного выведения частного знания из общего. Явление и соответственно факт обретают статус события, адекватная интерпретация которого предполагает его рассмотрение в качестве единично-уникального, что в итоге означает финальный отказ от любых универсальных презумпций и аксиологических шкал. В подобной системе отсчета этика, традиционно предполагающая подведение частного поступка под общее правило (кодекс) и его оценку исходя из общезначимой нормы, также не может конституировать свое содержание в прежнем статусе.

Если традиционная этика интерпретирует регуляцию человеческого поведения как должную быть организованной по сугубо дедуктивному принципу, то современная постнеклассическая культура ориентируется на радикально альтернативные стратегии, предлагая модели самоорганизации человеческой субъективности как автохтонного процесса – вне навязываемых ей извне регламентаций и ограничений со стороны тех или иных моральных кодексов. С точки зрения М. Фуко, дедуктивно выстроенный канон, чья реализация осуществляется посредством механизма запрета альтернативных ему сценариев поведения, вообще не является и не может являться формообразующим по отношению к современной морали. Речь может идти лишь о своего рода стилизации поведения. Аналогично Э. Джердайн делает акцент не на выполнении общего предписания, а на сугубо ситуативном человеческом управлении собой посредством абсолютно неуниверсальных механизмов.

Более того, сам принцип стилизации не является универсально необходимым, жестко ригористическим и требуемым от всех, но имеет смысл и актуальность лишь для тех, кто, по выражению М. Фуко, хочет придать своему существованию возможно более прекрасную и завершенную форму [7].

Однако подобный отказ от презумпции ригористической обязательности исполнения постулируемых моралью нравственных максим лишает их регулятивного потенциала и превращает в гипотетические вербальные структуры, чья модальность переходит из регистра действительности – действительности в регистр возможности – невозможности.

4. Отказ от феномена Я в традиционном его понимании.

Необходимым основанием этики как таковой является феномен субъекта. Более того, этот субъект, как отмечает К. Венн, является носителем двойной субъективности, ибо интегрирует в себе субъекта нравственного рассуждения и морального субъекта, являющегося предметом этики. Между тем распад субъект-объектной оппозиции, выступающий важнейшим парадигмальным изменением фундаментальных оснований современного стиля мышления, приводит к тому, что визитной карточкой для современной культуры может служить фундаментальная презумпция смерти субъекта, предполагающая отказ от феномена Я в традиционном его понимании. Последнее предстает не как психологически и социально артикулированный субъект, но как своего рода носитель («пучок») культурно-семиотических кодов, впитанных им из культурной традиции и используемых в качестве интерпретационного инструментария в процедурах трактовки тех текстов, вербальных и невербальных, среди которых и посредством которых осуществляется его существование. Собственно, по видению Ж. Деррида, Я само по себе есть не что иное, как текст, сотканный из культурных кодов и интерпретационных конвенций [8].

Так, например, применительно к текстовым средам парадигма смерти субъекта конкретизируется в парадигмальную фигуру смерти автора. Как пишет Р. Барт, «скриптор (пишущий. – М. М.), пришедший на смену Автору, несет в себе не страсти, настроения, чувства или впечатления, а только такой необъятный словарь, из которого он черпает свое письмо» [9, с. 389]. Аналогичным образом читатель также не конституируется постмодернизмом в качестве автономного субъекта. Он может быть рассмотрен в качестве личного адреса ничуть не более, нежели автор, ибо «читатель – это человек без истории, без биографии, без психологии, он всего лишь некто, сводящий воедино все те штрихи, что образуют письменный текст» [9, с. 390]. Подобно автору, читатель растворяется в процессуальности собственных дискурсивных практик, обусловленных внешними и не автохтонными по отношению

к субъекту правилами. По выражению М. Грессе, читатель уловлен сетью культуры, т. е. той системой фундаментальных конвенций, которые диктуются данной культурной традицией [10, р. 7]. Иными словами, читатель, как и автор, оказывается, по оценке Дж.В. Харрари, даже не гостем, но порождением текста [11, р. 40].

В этом отношении постмодернистская парадигма радикально отлична от модернистской с ее пафосом личного начала: от экспрессионистской программы выражения в произведении внутреннего состояния автора до эстетики ультраячества. По оценке А. Турена, если модернизм провозглашал идею ценности Я, то постмодернизм – идею его расщепления.

Если философский модернизм в лице Ф. Ницше оценивал Я в качестве *gendez-vous* опытов, то для постмодернизма, напротив, характерен тезис о непреодолимом разрыве опыта как такового и носителя дискурса, в котором этот опыт может быть выражен. По Ф. Джеймисону, чувственная сфера в целом перестает быть центрированной и персонафицированной субъектом: «не существует более Я, чтобы чувствовать... Чувства... имперсональны» [12, с. 129]. Постмодернизм приходит к признанию того, что, по словам М. Бланшо, никогда «я» не было субъектом опыта [13]. Таким образом, Я «более не является местом, где восстанавливается человеческая личность в непорочной цельности... накопленного опыта» [9, с. 87].

В целом постмодернизм осмысливает себя как постулирующий «смерть самого субъекта», финальный «конец автономной... монады, или эго, или индивидуума», подвергшихся фундаментальной «децен-трации» [14, с. 128].

Очевидно, что этика в традиционном ее понимании невозможна вне презумпции субъекта – и как автономного субъекта морального выбора, и как активного субъекта морального поступка, и как рефлексизирующего субъекта моральной ответственности.

Этика в постнеклассической своей артикуляции отказывается от традиционно базовых характеристик, определяющих классические формы ее бытия в культуре. По оценке Ю. Кристевой, в настоящее время в этике неожиданно возникает вопрос: какие коды (нравы, социальные соглашения) должны быть разрушены? Однако если рассматривать эту проблему не изнутри – в эстетике постмодернистского дискурса, как это делают названные авторы, но в гуманистически ориентированной системе отсчета, то вопрос формулируется гораздо более остро: что означают описанные выше процессы, приводящие к существенным деформациям и теоретической этики, и нравственного сознания повседневности, для человека как личности? И следует отметить в этом контексте, что в практическом своем приложении постмодерни-

стские дискурсивные практики порождают в культуре достаточно серьезные и подчас небезобидные последствия.

В обрисованной системе отсчета традиционная этика, неизменно предполагающая подведение частной ситуации под универсальное правило, дедуктивное выведение сценария конкретного поступка из общего кодекса, а его оценку – из общезначимой нормы, не может сохранить прежний социокультурный статус.

Соответственно современная философия артикулирует моральное поведение не в качестве соответствующего заданной извне норме, но в качестве продукта особой, имманентной самой личности и строго индивидуальной творческой работы.

Фактически речь может идти о своего рода переходе от этики кодекса, предполагающей подведение частного случая в его уникальной неповторимости под общее и потому не соответствующее ему правило, к этике творчества, ориентированной на выработку в каждом конкретном случае особого сценария морального поведения. Это предполагает новое понимание нравственного сознания и морального действия, трактуемого как результат имманентного творческого усилия человеческого сознания.

В свете сказанного в современной культуре актуализируются те сложившиеся в этической традиции концепции, которые ориентированы на самовоспитание как творчество себя, активное сознательное совершенствование внутреннего духовного мира.

Что же конкретно философский постмодернизм предлагает современной культуре в этом отношении и насколько его теоретические построения могут оказаться полезными в сложившейся ситуации?

В качестве одного из наиболее рельефных примеров, демонстрирующих постнеклассическую попытку переориентации от этики кодекса к этике творчества, может служить предложенная в постмодернистской философии концепция морали. В пространстве постмодернистской концепции социальности проблема свободы оказывается в фокусе значимости именно как проблема свободы индивидуального творчества и творчества индивидуальности. Индивидуальное бытие в целом артикулируется как творчество себя.

Согласно постмодернистской оценке в современных условиях необходим критический пересмотр характерного для европейской классики понимания индивидуальности Я как детерминированной посредством трансцендентной абсолютной индивидуальности. По оценке Ж. Делеза, для метафизики совершенно естественно полагать высшее Эго, однако с точки зрения мета-оценки такое требование вообще незаконно [14]. Фактически такая модель индивидуальности основана на идее внешней каузальности (причинения), что бы ни понималось в ка-

ждом конкретном случае под абсолютным бытием – персонифицированный бог религиозной философии, имперсональный абсолют классического рационализма или социум в марксизме.

В противоположность этому для современной философии характерна презумпция, выраженная в программном тезисе Х. Аренд: неосызаемые идентичности ускользают от любых генерализаций. Так, выявляя методологические основания генеалогии как альтернативы традиционной дисциплинарной истории, М. Фуко в первую очередь фиксирует ее программный идиографизм: «история, генеалогически направляемая, имеет целью не обнаружить корни нашей идентичности, но, напротив, упорствовать в ее рассеивании». Постмодернизм однозначно постулирует идею доминирования Я над Мы (Ж.-Ф. Лиотар).

Согласно постмодернистскому видению феномен Я в принципе единичен и не подлежит определению через указание на ближайший род и видовые отличия, ибо, согласно Ж. Делезу, каждая личность – это единственный член своего класса. Наиболее адекватным для описания современных социальных практик понятийным средством философия постмодернизма полагает концепт «индивидуализация» (М.А. Роуз, К. Кумар, А.Б. Зеликман и др.). Собственно, культура постмодерна и специфицируется исследователями (С. Лаш и др.) на основании такого критерия, как утверждение установки на де-универсализацию, проявляющуюся по всем своим возможным регистрам (де-стандартизация, де-унификация, де-массификация и т. п.), что оценивается в качестве единственно возможной предпосылки нелицемерного гуманизма как торжества индивидуальности (А.И. Зеликман) и свободы.

Постмодернизм, отказываясь от идеи внешнего причинения, акцентирует внимание на самопроизвольной и автохтонной самоорганизации Я: «сингулярные субъективности не объясняются никакой целью, они сами – производители всех целей» [6].

Так, базовая для постмодернистской философии методология шизоанализа основана на противопоставлении социальных машин как инструментов интеграции и унификации субъектов и машин желания как инструментов производства спонтанной субъективности, понятой как абсолютно индивидуальная. Последняя мыслится Ж. Делезом и Ф. Гваттари как свободная процессуальность желания, главным свойством которого является творческая креативность: желание производит, оно производит реальное, и бытие машин желания есть не что иное, как постоянное производство самого производства [6].

Процессы конституирования индивидуального Я и универсальной социальности (генерируемой социальными машинами) есть в данном контексте результирующий продукт деятельности машин желания. Однако в содержательном аспекте они принципиально альтернативны друг

другу: если машины желания есть по самой своей природе источник творческой креативности, стремящейся конституировать социальность в качестве свободной процессуальности, то социальные машины, напротив, представляют собой структуры, характеризующиеся в своем функционировании интенцией на постоянство и тем самым на консервацию.

Соотношение машин желания и социальных машин осмысливается Ж. Делезом и Ф. Гваттари как соотношение соответственно микро- и макроуровней социальности. В принципе «нет желающих машин, которые существовали бы вне социальных машин, которые они образуют на макроуровне; точно так же, как нет и социальных машин без желающих машин, которые населяют их на микроуровне». Однако, интегрируя индивидуальности в молярных ансамблях (или стадных совокупностях), социальные машины тем самым нивелируют и пресекают творческий потенциал машин желания. (Классическим примером такого порабощения шизоанализ считает психоаналитически интерпретированный фамилизм как основание порождающей эдипов комплекс деформации бессознательного со стороны семьи и противопоставляет этому – в рамках концепции анти-Эдипа – тот тезис, что бессознательное – изначально сирота.)

В данном контексте шизоанализ проводит параллель между социальными машинами и метафорически понятой паранойей как доминантой стабильности, установкой на константное бытие сложившейся структуры, консервацию наличной данности и т. п. (навязчивый образ паранойи как попытка остановить процессуальность истории, превратив социум в мегафабрику). Индивидуальность же, напротив, метафорически сопоставляется с шизофренией как имманентным стремлением к творческим новациям, в том числе и идеологическим: желание не «желает» революцию, но революционно само по себе [6].

В целом процессуальность социума интерпретируется постмодернизмом как реализующая себя в режиме последовательных осцилляций между двумя полюсами: один характеризуется порабощением желающих машин стадными совокупностями, которые они образуют в больших масштабах в условиях данной формы власти или избирательной суверенности; другой – обратной формой и ниспровержением власти. В реальном функционировании конкретного социума описанный процесс обретает свою идеологическую размерность. В этом контексте обозначенные векторы социальной процессуальности оценочно интерпретируются Ж. Делезом и Ф. Гваттари как соответственно реакционный и революционный [6].

Таким образом, постмодернизм постулирует индивидуальность как источник свободной творческой креативности, ориентированный на

новизну, изменение и в конечном счете свободу в самом широком социальном смысле этого слова.

Аналогичную модель нравственного поведения предлагает и М. Фуко.

В противоположность сложившимся философским парадигмам (классическим образцом которых выступает психоанализ) человеческое поведение рассматривается М. Фуко не с точки зрения якобы навязанных ей исторически дифференцированных ограничений со стороны социальных институтов и моральных кодексов, но через призму самоорганизации: «речь идет об образовании себя через разного рода техники жизни, а не о подавлении при помощи запрета и закона» [7, с. 378].

Оценивая тезис о том, что «мораль целиком заключается в запретах», в качестве ошибочного, М. Фуко ставит «проблему этики как формы, которую следует придать своему поведению и своей жизни» [7, с. 319].

Данная проблема анализируется М. Фуко в «Истории сексуальности», где предметом его рассмотрения фактически выступает процесс самоорганизации нравственным субъектом себя как такового: «...вот то, что я пытался реконструировать: образование и развитие некоторого практикования себя, целью которого является конституирование себя в качестве творца своей собственной жизни» [7, с. 315]. В качестве историко-эмпирического материала М. Фуко избирает для анализа античную культуру, в наиболее очевидной форме демонстрирующую интересующий его феномен – «медленное формирование... герменевтики себя» [7, с. 275].

Поскольку исходная данность сознания оценивается как хюбрис (фр. l'hubris, от греч. ὑβρις – необузданность, безграничность), постольку обуздание необузданности требует особой этики: «в рамках этой этики необходимо создавать себе правила поведения, благодаря которым можно обеспечить... владение собой» [7, с. 317].

Подобные правила обозначаются М. Фуко в терминах «самотехники», «технологии себя», «практики себя», «практики существования», «техники жизни» и т. п., фиксирующих комплекс приемов, которые индивид (вне тотальной оглядки на универсальный канон, но исходя из форм личного и личностного опыта) вырабатывает для себя с целью придать своему поведению (исходно проявляющему себя как хюбрис) культурные формы и посредством этого конституировать себя в качестве социально адаптивного и гармоничного субъекта.

Понятие «хюбрис» может быть поставлено в семантическое соответствие с понятием «хаос» в синергетическом его понимании, акцентирующем креативный потенциал хаотичных сред. В этом контексте самосоздание индивидом себя как субъекта может быть оценено как нелинейный процесс самоорганизации исходно хаотичной среды. Что

касается тех конфигураций, которые принимают «техники себя» в конкретных ситуациях, то они могут быть поставлены в соответствие диссипативным структурам, ибо сугубо ситуативны и сохраняют значение лишь в рамках единичного прецедента, не обретая константного статуса этического предписания с неограниченной экстраполяцией.

В современном культурном контексте едва ли найдутся желающие оппонировать М. Фуко применительно к той части его концепции, которая посвящена анализу статуса традиционной этики (этики нормы как этики запрета) в современной культуре и констатации необходимости формирования этики самосозидания как этики нового типа, опирающейся не на номотетический дедуктивизм, но на идиографическое постижение сущности каждого ситуативно уникального прецедента морального выбора.

Вместе с тем практические предложения, содержащиеся в этой концепции, более чем уязвимы для критики. И если самой философией постмодернизма идея «технологий себя» оценивается как одна из тех, которые могут стать фундаментальными для современной культуры [15], то при объективном рассмотрении концепции М. Фуко становится очевидным, что в сложившихся условиях она в принципе не может работать как практическая нравственная система.

Это связано с тем, что любая этика самосозидания, которая строится как этика творчества в противоположность этике кодекса, может иметь место только в том случае, если опирается на четко осознанные аксиологические приоритеты, если сознание индивида, «практикующего себя», фундировано вполне определенными ценностными системами. Собственно, этика творчества возможна только в том случае, если конституируется как этика ценности. Иными словами, подобное нравственное самовыстраивание, творческий потенциал которого бесспорен и очевиден, возможно лишь в контексте наличия ценностей, метафизически (сверхэмпирически) артикулированных для индивида и потому безусловных для него.

В рамках любой из моделей этики творчества в структуре нравственного поступка на передний план выдвигается работа субъекта поступка с его мотивом, содержательное осмысление и аксиологическое апробирование этого мотива в контексте диалектики личного и общественного. И именно приоритет общего блага выступает в данной внутренней работе тем критерием, который должен определять нравственный выбор (по формулировке Ф. Скорины, «не ради своей лишь выгоды, но во имя посполитного добра»).

Однако подобная внутренняя работа с мотивом нравственного поступка может быть осуществлена лишь при условии интериоризации

индивидуальным сознанием ценностей общечеловеческого характера и руководства именно ими в своем выборе. Только на этой основе возможна интериорная работа по совершенствованию собственного внутреннего мира, расширению сознания вплоть до принятия идеала общего блага в качестве имманентной ценности личности, т. е. интериорное творчество как духовное самосовершенствование. Именно интериоризация метафизически артикулированных для человека, но исходно внешних по отношению к его индивидуальному сознанию ценностей превращает их во внутреннюю движущую силу духа.

Аналогичным образом А. Бергсон говорил о том, что в ходе развития религии мыслимые в качестве трансцендентных внешние по отношению к человеку боги могут становиться внутренними факторами жизни, сравнивая подобные сдвиги в эволюции человеческого сознания с появлением нового вида в биологической эволюции: «Постепенное восхождение религии к богам, личность которых становится все более и более ярко выраженной, которые поддерживают между собой все более определенные отношения или стремятся раствориться в едином божестве, соответствует первому из двух великих достижений человечества в направлении цивилизации. Оно продолжалось вплоть до того момента, когда религиозный дух перешел от внешнего к внутреннему, от статического к динамическому посредством превращения, подобного тому, которое совершил чистый ум, когда он перешел от рассмотрения конечных величин к дифференциальному исчислению. Это последнее изменение было несомненно решающим; стали возможны трансформации индивида, подобные тем, которые породили следующие друг за другом виды в органическом мире; прогресс отныне мог состоять уже в творении новых качеств, а не в простом увеличении; вместо того, чтобы только пользоваться жизнью, на том же самом месте, там, где была сделана остановка, теперь жизненное движение будет продолжено». Эта внутренняя, или динамическая, религия «поддерживает человека самим движением, которое она ему сообщает, возвращая его в творческий порыв, и уже не фантастическими представлениями, опираясь на которые его деятельность застынет в неподвижном состоянии» [16, с. 192].

Этика творчества не может формировать свою нравственную систему иначе, нежели как метафизическую, основанную на презумпции поиска чувственно воспринимаемых феноменов мироздания – сверхчувственных оснований бытия.

В противном случае, вне четко выстроенных аксиологических приоритетов, практики «творчества себя» становятся игрой без цели, превращаясь в нон-финальный процесс примеривания на себя всех воз-

можных моделей поведения без оглядки на их приемлемость как для окружающих, так и для самого индивида. Процесс самовыстраивания превращается в процессуальность самоварьирования как нерезультатирующуюся самоценность, что и происходит при культивировании предлагаемых М. Фуко эстетик существования в постмодернистском пространстве постметафизического мышления. Иными словами, предлагаемая М. Фуко модель нравственного поведения, с одной стороны, постулирует для индивида возможность внутренней работы с собственным моральным сознанием, с другой – пресекает такую возможность, релятивизируя ценностные основания сознания и тем самым лишая человека аксиологических ориентиров и оснований обоснованного морального выбора.

Это связано с тем, что этика как таковая по своей природе атрибутивно метафизична, ибо, как любая метафизика, предполагает ориентацию на поиск глубинных сверхчувственных оснований бытия, в данном случае – бытия морали. В этом плане роковым для этики неизменно выступал вопрос о соотношении конкретно-исторического и общечеловеческого содержания морали, и, несмотря на его очевидно проблемный статус, история этики на всем своем протяжении демонстрирует настойчивые попытки конституирования системы общечеловеческих нравственных ценностей.

Тем более это касается этики творчества, не связанной с жесткой нормой и делающей акцент на мотивировке нравственного выбора, предполагающей свободу индивида в определении той ценности, во имя торжества которой он будет выстраивать свой нравственный поступок.

Последнее может быть достигнуто лишь посредством внутренней работы нравственного субъекта с мотивом своего поступка, что, в свою очередь, возможно лишь при условии интериоризации индивидом определенных культурных ценностей, детерминирующих в конечном итоге его нравственный выбор. Таким образом, на смену этике нормы как этике вынужденного выполнения общего предписания может прийти лишь такая этика творчества, которая понимается как этика ценности, т. е. свободной объективации в поступке сознательно избранного индивидом аксиологического идеала.

В силу этого попытки постмодернизма сформулировать основоположения новой морали в концептуальном пространстве постметафизического мышления остаются лишь оригинальным теоретическим экспериментом, мало что могущим дать для практической морали. И связано это не только и не столько с их эпатажной экстравагантностью, сколько с тем неумолимым обстоятельством, что вне глубинного (на уровне фундаментальных мировоззренческих универсалий культуры) дистан-

цирования добра и зла нравственное сознание в принципе невозможно. И если культура постмодерна пытается формировать свою мораль на основе постметафизического мышления, программно релятивизирующего рамки нравственного выбора и постулирующего любой его вариант как один из равновозможных и равноприемлемых, то она с неизбежностью приходит к осознанию тщетности этой попытки.

Напротив, теоретический тезис «не более так, чем иначе», изначально рассматривавшийся сугубо в плане стилистического плюрализма нравственного самотворчества (как своего рода маркер антидогматической установки сознания творящего себя субъекта), в массовом (и часто огрубляюще дилетантском) прочтении воспринимается как снятие запретов с любых форм социального поступка. На практике обрисованная позиция оборачивается не чем иным, как нигилизмом и вседозволенностью: значимым оказывается не сам поступок, но изощренность его разнообразных интерпретаций, которой владеет или не владеет совершивший его субъект. За множественностью разнообразных и подчас взаимоисключающих трактовок сама суть поступка остается практически не подлежащей какой бы то ни было оценке, коль скоро этих оценок может быть – в различных системах отсчета – неограниченно много.

Однако подобный нравственный плюрализм, характеризовавший культуру постмодерна в течение нескольких десятилетий, в настоящее время подвергается радикальному переосмыслению, причем имеющему очевидную ценностную артикуляцию. Рубежным моментом подобного поворота в культуре выступил феномен, который получил в современной культуре наименование «феномена 11 сентября» и под которым понимается наличная угроза существованию современной цивилизации со стороны самой этой цивилизации. Под давлением реалий внекультурного порядка современная культура с неизбежностью пришла к осознанию того обстоятельства, что вне метафизически определенного дистанцирования добра и зла невозможным оказывается само существование человека как *homo culturis*. Так, Н.А. Бердяев, постулируя свою философию как монистическую, тем не менее, говорит о необходимости дуализма не онтологического, но аксиологического характера – построении метафизики, которая «не будет рациональной системой» [17, с. 103–104].

В соответствии с этой тенденцией постмодернизм в описанном (классическом) его варианте сменяется в настоящее время постпостмодернизмом, программно постулируя необходимость формирования своего рода «культурного классицизма», т. е. «возврата утраченных значений» (М. Готдинер) для базовых мировоззренческих оснований культуры. В этих условиях парадигма постметафизического мышления

практически оказывается исчерпанной, все более очевидно проявляет себя тенденцией своего рода возрождения метафизики, т. е. возврата философии к общечеловеческим ценностям классической культуры.

Вместе с тем сформированная в современной культуре установка на понимание нравственного сознания как творческого (ориентированного не на дедуктивное исполнение кодекса, но на совершенствование личности в процессе нравственного творчества себя) отнюдь не изжила себя.

Таким образом, в контексте пост-постмодернистской культуры могут быть зафиксированы две взаимосвязанные тенденции: с одной стороны, доминирование постметафизического мышления и вырастающая из него эпатажная мода на мораль всевозможности (вседозволенности) на сегодняшний день могут быть оценены как пройденный этап; с другой – возврат современного нравственного сознания к традиционной ригористической этике кодекса едва ли возможен. Иными словами, постнеклассической культурой, с одной стороны, разрушены условия функционирования традиционной этики и востребована этика нового типа – этика творчества, ориентированная на внутреннее самовыстраивание индивидом самого себя. С другой стороны, культурой постмодерна (посредством формирования постметафизического мышления) отрицается тот аксиологический контекст, в котором только и может быть реализована подобная нравственная система – этика ценности как этика творчества.

В этих условиях в фокусе внимания современной культуры оказываются те сложившиеся в философской и религиозной традиции этические концепции, которые, будучи основанными на классической метафизике, тем не менее, базируются на презумпции индивидуального внутреннего творчества, направленного на духовное самосовершенствование.

1. Трансфер или то, что от него осталось, или Аналитик живет в постоянном страхе. Феликс Гваттари в беседе с Брахой Лихтенберг Эттингер // Кабинет: картины мира. Психогенез/Техногенез: коллекция *perversus* : сб. ст. СПб., 1998.

2. Lyotard J.-F. *La condition postmoderne : Rapport sur la savoir*. Paris, 1979.

3. Фидлер Л. Пересекайте рвы, засыпайте границы // Современная западная культурология: самоубийство дискурса. М., 1991.

4. Lyotard J.-F. *The Postmodern Explained. Correspondence 1982–1985*. Minneapolis. London, 1993.

5. Мак-Кенс Д. Этика в постсовременной перспективе // Филос. науки. 1996. № 1–4.

6. Делез Ж., Гваттари Ф. Капитализм и шизофрения : Анти-Эдип. М., 1990.

7. Фуко М. Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. М., 1996.

8. Derrida J. *Speech & Phenomena & Other Essays on Husserl's Theory of Signs*. Evanston, 1973.
9. Барт Р. Избранные работы. Семиотика. Поэтика. М., 1989.
10. Gresset M. Introduction // *Intertextuality in Faulkner*. St. Albans, 1985.
11. Harrari J.V. Introduction // *Textual Strategies : Perspectives in Post-structuralist Criticism*. London, 1980.
12. Джеймисон Ф. Постмодернизм, или Логика культуры позднего капитализма // *Философия эпохи постмодерна*. Минск, 1996.
13. Бланшо М. Опыт-предел // *Танатография Эроса. Жорж Батай и французская мысль середины XX века*. СПб., 1994.
14. Делез Ж. Логика смысла. М., 1995.
15. *Technologies of Self : A Seminar with Michel Foucault*. London, 1988.
16. Бергсон А. Два источника морали и религии. М., 1994.
17. Бердяев Н.А. Самопознание. Опыт философской биографии. М., 1991.

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

УДК 340.1

И.Л. Честнов, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПРАВА С ПОЗИЦИЙ ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ МЕТОДОЛОГИИ

Проблема эффективности права сегодня – одна из актуальнейших в юриспруденции. Она обусловлена несколькими факторами.

Во-первых, утратой легитимности правовых систем и государственного управления во всех развитых странах мира. Недовольство законодательством и правоприменительной практикой отмечается во всех социологических исследованиях общественного мнения начиная с конца 90-х гг. и вынуждает правительства реформировать политико-правовую систему¹. Общий вектор таких реформ идет по пути «антропологизации» правовой и политической систем, т. е. включения человека в процессы правообразования, реализации права, государственного управления с помощью, например, механизмов электронного правительства и электронной демократии.

Во-вторых, проблема эффективности права сегодня является чрезвычайно сложной, потому что отсутствует единство подходов к правопониманию, определению механизма действия (реализации) права и его результата. Прежде чем говорить об эффективности права, необходимо определиться, о чем идет речь: что понимается под правом, как оно действует, какой результат от него можно ожидать. Главным недостатком господствующей по сей день позитивистской догматической юриспруденции, по которой судят о юридической науке в целом, является ее оторванность от нужд и запросов социальной практики, так как для нормативистов право замкнуто само на себя, обитает в мире должного и никак не связано с миром сущего – реальными проблемами жизни общества. Если действие права – это вступление в силу нормативного правового

¹ См. обзор реформ государственного управления в западных странах и в России [1].

акта независимо от того, реализуется ли он на практике, то эффективность права не может быть измерена в принципе¹.

С другой стороны, в классической теории права (не только в позитивистской) со времен И. Канта в целях противостояния ригоризму и (сегодня) релятивизму постулируется автономия или, как минимум, «операциональная закрытость» права. При этом обоснование автономии права опять-таки производится аксиоматически или априорно — право (якобы) обосновывается само собой. Так, по мнению Д. Раза, правила могут быть обоснованы содержательно независимыми суждениями, которые обусловлены способом своего происхождения и независимы от действительности правил, устанавливающих такой способ происхождения. Обоснование правила не является обоснованием для совершения действия, которое требуется этим правилом. Таким образом, обоснование правила не связано с желательностью любого требуемого данным правилом действия, а вытекает в конечном счете из веры людей в обязательность соответствующего правила, которая зиждется на легитимности государственного органа, уполномоченного эти правила формулировать [2]. Тем самым ставится под сомнение функциональность и эффективность норм права. Близкую мысль высказывал в свое время Ф. Хайек, утверждая, что нормы права не выдумываются, они создаются спонтанно в ходе селекции проб и ошибок, а большинство людей не сознают, что соблюдают, исполняют или используют нормы права, поэтому нет единственной причины именно такой формулировки нормы права, оправдать можно только норму, а не ее применение. Суть закона, по его мнению, — не эффективность, а уважение, поэтому деструктивным является утверждение, что норма права приемлема, если она полезна [3, р. 173–234]. Но в таком случае «сущностно оспоримыми» понятиями «благо», «справедливость», «равенство», «прогресс» и др. невозможно обосновать право², так как этот

¹ На что может претендовать такой подход, так это на когерентность, т. е. логическую связанность нормативных правовых актов между собой. Никаких других критериев оценки права в таком случае быть не может.

² Такого рода понятия, — писал У. Гэлли, — не имеют приоритета друг перед другом, поэтому каждая точка зрения может быть теоретически обоснована и оспорена. Более того, установить эмпирическим путем адекватность этих принципиально разных позиций невозможно, поэтому спор между ними в принципе неразрешим [4]. Р. Дворкин в этой связи заявляет, что у принципов права и судебных решений нет прямой связи, а неопределенность стандартов, лежащих в основе Конституции, неизбежно вызывает разногласия при их использовании «разумными людьми доброй воли» [5, с. 71, 188]. В связи с этим «слово „права“ в разных контекстах имеет разную силу» [5, с. 257]. Известный антрополог Р. Д’Андрад утверждает, что между конститутивными нормами (культурными институциями, которые можно считать принципами права) и регулятивными нормами нет связи, подчиняющейся законам логики: многие конститутивные правила могут быть связаны с совершенно разными нормами, относящимися к разным субкультурам [6, р. 91–93].

процесс, как утверждал П. Бурдьё, отдается на откуп тому, кто сумел узурпировать право, говорить от имени населения и определять, что есть благо, справедливость и т. д.¹

В-третьих, актуальность и одновременно проблематизация эффективности права связана с отсутствием надежных критериев оценки действия права, его результативности. Это, в свою очередь, вытекает из утраты наукой привилегированного эпистемологического статуса, развенчания претензий человеческого разума на аподиктическое описание, объяснение и предсказание мира и конструирование идеального порядка на земле (или хотя бы в отдельно взятом государстве). Пост-позитивизм, а затем постмодернизм подорвали веру во всемогущество «законодательного разума». По мнению З. Баумана, в эпоху Просвещения сформировалось представление о науке как «законодательном» разуме, претендующем не только на монопольную истину при описании и объяснении действительности с помощью научных методов, но и, опираясь на научный прогноз, на предписание должного (истинного) поведения. Такая установка, понятно, ориентирована на критику здравого смысла и непрофессионального знания, которому нельзя «доверять представлять истину». Во второй половине XX в. складывается и завоевывает все больший авторитет иная эпистемология, ориентированная на «интерпретативный» разум. Если законодательный разум представлен монологом и, как следствие, отношением господства – подчинения, то интерпретативный – диалогом, процессом взаимного информирования (коммуникации) и отношениями партнерства. «Смыслом существования законодательного „проекта“, – пишет З. Бауман, – была возможность метода, то есть процедуры, гарантирующей общезначимость результата просто тем, что ей шаг за шагом скрупулезно следовали; и опора на принцип, что результаты, полученные в конце методической процедуры, обладают высшей познавательной общезначимостью, на которую не могут претендовать никакие неметодические усилия». Интерпретативный же разум «исходит из момента примирения с сущностно плюралистической природой мира...» [8, с. 10–14].

Квантовая физика, открытия диссипативных структур в химии и другие открытия в естествознании XX в. привели к пересмотру ньютоново-картезианской картины мира. Лингвистический, прагматический и антропологический «повороты» в гуманитарной науке, утверждающие зависимость социальной реальности от ее интерпретации действующим субъектом, от ее сконструированности и воспроизводимости практиками людей, перманентной изменчивости и непредсказуемости, заложили основы пост(не)классической социальной эпистемологии.

¹ Этот процесс П. Бурдьё назвал «самоосвящение доверенных лиц» [7, с. 242–252].

Одним из проявлений «постклассики» является релятивизм социальных (и правовых) явлений и, как следствие, отсутствие универсальных критериев оценки. При этом релятивность права – это его социальная обусловленность, а отнюдь не произвол. Право в таком случае – это социальное явление, обусловленное взаимодействиями с другими социальными феноменами, вне и без которых право не существует, и с обществом как социальным целым (последнее – не более чем социальное представление, по терминологии С. Московичи, объединяющее людей на определенной территории). Релятивность права, точнее, законодательства не дает возможности сформулировать универсальные содержательные критерии, например уголовно-правовых запретов. Я.И. Гилинский в этой связи справедливо замечает: *«В реальной действительности нет объекта, который был бы „преступностью“ (или „преступлением“) по своим внутренним, имманентным свойствам, sui generis, perse*. Преступление и преступность – понятия *релятивные* (относительные), *конвенциональные* („договорные“: как „договоряется“ законодатели), они суть социальные *конструкты*, лишь отчасти отражающие отдельные социальные реалии: некоторые люди убивают других, некоторые завладевают вещами других, некоторые обманывают других и т. п. Но ведь *те же самые по содержанию* действия могут не признаваться преступлениями: убийство врага на войне, убийство по приговору (смертная казнь), завладение вещами другого по решению суда, обман государством своих граждан и т. п.» [9, с. 37].

Проблематизация оценки результативности права (как отношение цели и результата) определяется следующими обстоятельствами.

1. Конечный результат правового (проявляющегося чаще всего как законодательного) воздействия, как и всякое социальное явление, является амбивалентным. Считать его положительным или отрицательным невозможно, так как одно всегда содержит другое, и наоборот¹. Все дело в точке зрения, в системе координат, в которой оценивается этот результат: если правовая инновация, например, в области гражданского права, приводит к росту экономической активности, то она же, как правило, приводит к возрастанию экономической преступности; изменение социальной политики (которое невозможно без реформ законодательства социального обеспечения) может привести к увеличению

¹ «Кто и по каким критериям вправе оценивать „позитивность – негативность“ социальных девиаций? – задает вопрос Я.И. Гилинский. – Равно как и „нормальность – аномальность“. Поэтому «организация и дезорганизация, „норма“ и „аномалия“ (отклонение), энтропия (мера хаотичности, неупорядоченности) и неэнтропия (мера организованности, упорядочения) дополнительные (в понимании Н. Бора). Их сосуществование неизбежно, они неразрывно связаны между собой, и только совместное их изучение способно объяснить исследуемые процессы» [10, с. 33–34].

деторождаемости, т. е. положительному изменению демографической ситуации в стране, однако это же будет способствовать увеличению преступности, динамика которой четко коррелирует с ростом населения. Эта проблема дополняется непредвиденными и нежелательными последствиями (экстерналиями), которые сопровождают любое благое (считающееся таковым) начинание.

2. Определить влияние на тот или иной результат (например, снижение преступности) отдельного нормативного правового акта практически невозможно. Право действует системно, когда одни нормы дополняют другие. В то же время (об этом речь пойдет ниже) действует не закон как таковой, а люди в соответствии с законом или вопреки ему. Поэтому, например, эффективность нормативного правового акта невозможно «оторвать» от эффективности деятельности системы правосудия, правоохранительных органов и т. д. (для охранительного законодательства). Так, например, при стремительном протекании криминальной ситуации можно пренебречь воздействием на конечный результат (в данном случае – состояние преступности) всех иных факторов, как это, допустим, произошло 13 июля 1977 г., когда ударом молнии в провода высокого напряжения было прервано электроснабжение Нью-Йорка на 25 часов. «В результате, – как пишет газета „Таймс“, – десятки тысяч афроамериканцев и испаноговорящих подвергли шестнадцать привилегированных районов города разграблению» [11, с. 12]. Ущерб, причиненный городу (он официально не публиковался, по неофициальным данным оставил более 1 миллиарда долларов), – и есть показатель (в данном случае – отрицательный, определяемый методом от противного) эффективности уголовного кодекса штата Нью-Йорк вместе с эффективностью деятельности полиции, судов и пенитенциарной системы. Отделить одно от другого (как и эффективность норм уголовного права от уголовно-процессуального права) невозможно. С другой стороны, как справедливо отмечает Я.И. Гилинский, «различные виды девиантности имеют общий генезис, взаимосвязаны между собой» [10, с. 53]¹, взаимовлияют друг на друга, что проявляется в синергетическом эффекте – результате, вычленив из которого одну-единственную составляющую не представляется возможным. Это же касается и права, являющегося «моментом», стороной общества.

3. Конечный результат обуславливают практически все социальные факторы, и даже природные (влияние солнечной активности на совер-

¹ В другой работе Я.И. Гилинский пишет: «Преступность – лишь один из видов девиантности. Анализ всех криминологических теорий приводит к выводу: какие бы „причины“ преступности не выдвигались, они всегда являются одновременно и „причинами“ пьянства и наркотизма, самоубийств и проституции, административных проступков и гражданско-правовых деликтов, а то и просто аморального поведения» [12, с. 156].

шение преступлений, а также климата на экономику – доказанные факты). Сторонники теории факторов (факторного анализа) в свое время попытались установить полный перечень обстоятельств, которые влияют на отношение людей к уголовно-правовым нормам, и математически определить удельный вес каждого из этих условий в их воздействии на поведение человека. Однако, после того как один социолог включил в свой перечень 170 различных моментов, каждый из которых побуждает к совершению проступков, а критики начали упрекать его в неполноте представленного перечня, стало ясно, что создание полной номенклатуры факторов отклоняющегося поведения – занятие безнадежное [13, с. 250].

4. Все социальные взаимосвязи являются принципиально вероятностными, подверженными случайным (флуктуационным) воздействиям, так что конечный результат всегда отличается от спрогнозированного¹.

5. Любая эмпирическая проверка какого-либо закона и даже серия проверок всегда вероятностны, ограничены, не удовлетворяют критерию объективности, что не исключает расхождения результатов; одновременно совершенно не ясно, сколько таких проверок-подтверждений должно быть проведено для признания результата репрезентативным.

6. Возникает сомнение в адекватности объективного измерения социального мира, являющегося по определению субъективным – не миром вещей, а миром значений и смыслов. Поэтому все внешние факторы воздействуют на человека не прямо, а опосредованно, преломляясь (интериоризируясь) через мир значений, составляющих содержание правовой культуры общества, в личностный смысл и мотивацию.

7. Проблематично, если возможно вообще, измерить цель закона. Кто ее устанавливает, исходя из каких критериев и, самое главное, насколько реалистична провозглашаемая цель, например уголовного закона? Я.И. Гилинский – крупнейший криминолог на постсоветском пространстве – утверждает: «...то, на что, прежде всего, нацелено уголовное право (уголовный закон): *сокращение преступности* путем частной и общей превенции, а также достижение „социальной справедливости“ – не срабатывает. *Цели и задачи уголовного законодательства в принципе не достижимы*» [14, с. 102]. Другой теоретик уголовного права пишет: «Действующая в современных условиях система уголовного права... не способна реализовать декларированные

¹ «Уже биологические, а, тем более, социальные системы и протекающие в них процессы столь сложны, вероятностны, нелинейны, стохастичны, что выделить „причину – следствие“ оказывается принципиально невозможно. <...> Вообще случайность в современной науке играет неизмеримо большую объяснительную роль, нежели причинность, жесткая детерминированность», – пишет Я.И. Гилинский [12, с. 155, 156].

цели, что во многих странах откровенно определяется как кризис уголовной юстиции» [15, с. 31]. Поэтому, хотя «власти всех стран утверждают, что уголовный закон охраняет интересы всех граждан, в действительности он в первую очередь служит интересам правящей верхушки и лишь во вторую – интересам населения. В еще большей степени это относится к правоприменению. Селективность полиции и уголовной юстиции давно не является секретом» [14, с. 103].

В качестве выхода из создавшегося кризисного положения можно предложить антропологическую программу измерения эффективности права. Однако прежде необходимо определиться с некоторыми исходными положениями теории права.

С точки зрения постклассической методологии право – многогранный, постоянно меняющийся феномен, не имеющий одиного-единственного референта. Отсюда вытекает неизбежная множественность описаний и измерений права. Наиболее важными с точки зрения постклассической методологии выступают знаково-символический, практический и антропологический аспекты бытия права, взаимодополняющие друг друга. Право – это текст (система знаков), конструируемый и воспроизводимый практиками (как поведенческими, так и ментальными) людей, социализированных в соответствующей правовой культуре. Отсюда действие права – что принципиально важно для определения его эффективности – это действия (практики) людей. Именно люди создают знаковую форму права и воспроизводят ее в правоотношениях и простых формах реализации права (соблюдение, исполнение, использование). В то же время нельзя не признать, что действие человека, в том числе юридически значимое, всегда многоаспектно, включает разные «пласты», «моменты», «стороны». Юридический аспект всегда связан с психическим, культурным, часто с политическим, почти всегда с экономическим и т. д. Выделить правовую составляющую в социальных интеракциях можно только аналитически, абстрагируясь от прочих сопутствующих моментов.

Человеческий «фактор» накладывает ограничения на «произвол» создания законов (по терминологии П. Бурдые, использовавшего, в свою очередь, высказывание Б. Паскаля). Для того чтобы закон функционировал, он должен выражать хотя бы в минимальной степени экспектации населения и правоприменителей, поэтому мониторинг социальной жизни – важнейшая предпосылка измерения эффективности права.

Закон воплощается в социальный результат через его конкретизацию в подзаконных нормативных правовых актах и других формах внешнего выражения нормативности права, официальных рекомендациях науки (например, криминалистических рекомендациях) и сложив-

шейся практике, а затем интериоризируется в мотивацию деятельности конкретного человека – носителя статуса субъекта права. И только через эти опосредующие звенья положения закона реализуются в конечном результате (на который, напомним, влияют практически все другие социальные факторы: особенности культуры социума и социальной группы, к которой принадлежит субъект, ситуации в экономике, политике и т. д.). Измерение эффективности права должно учитывать специфику каждого из указанных уровней реализации права, включая контекст, если серьезно подходить к этой проблеме.

Юридическая наука, если она не хочет оставаться формальной догматикой, содержание которой сводится к схоластическим рассуждениям о квалификации деяний, не может не включать анализ психологических основ поведения человека (как индивидуального, так и массового)¹. «Без обращения к человеческой, психосоциальной природе права, – пишет К.В. Арановский, – оно остается понятием условным, а правовое регулирование выглядит схемой, где оставлена его действующая сторона. Человек в такой ситуации умозрительно помещен в положение предмета правовых воздействий, вместо того чтобы быть определяющим участником правовой деятельности и создателем права в каждом случае, когда складываются правоотношения» [18, с. 19].

Антропологическая программа, следовательно, предполагает прежде всего анализ того, как воспринимается правовой институт в правосознании. В то же время правовая перцепция выступает первым критерием (показателем) эффективности права и конкретного правового института. Интересно, что реформа государственной службы в западных странах, в частности в Великобритании, проведенная в 80-х гг. XX в., была направлена преимущественно на то, чтобы приблизить государственное управление к населению, а оценка населением деятельности того или иного государственного органа стала главным показателем его эффективности [19, 20]. Поэтому оценка населением нормативного правового акта, выраженная как в правосознании, так и в фактическом поведении (правопорядке), является первым показателем эффективности законодательства. При этом необходимо соотносить восприятие нормативного правового акта и его воплощенность в поведении на

¹ Опасность «психологизма», которую видят в том, что социальный уровень качественно отличается от психологического, представляется надуманной. Более того, С. Московичи и его последователи четко показали, что социальные явления невозможно изучать «исключительно социологически», без обращения к психологии: ее выгоняют в дверь, но она возвращается в окно. Провозгласив отказ от психологизма, классики социологии Э. Дюркгейм, М. Вебер, Г. Зиммель, тем не менее, не смогли реализовать постулируемый ими принцип: изучать социальное через социальное [16]. О важности психологического аспекта для изучения эффективности права см. у С.А. Жинкина [17].

уровне теоретического правосознания, профессионального (правоприменителя) и обыденного. Между ними нет однозначной связи; каждый из этих уровней должен рассматриваться, с одной стороны, отдельно, а с другой – во взаимосвязи и взаимодополнении с другими.

Другим критерием эффективности права (и законодательства) является показатель альтернативного нормативного регулирования того или иного круга общественных отношений. В данном случае имеется в виду распространенность «живого права» – обычаев и традиций, которые в некоторых случаях являются альтернативой официальному законодательству, но всегда дополняют, конкретизируют законодательство «сложившейся практикой» его реализации. Особую остроту этот показатель приобретает в ситуации конфликта норм, коллизии нормативного правового акта и существующего обычая. Думается, прав был Е. Эрлих, утверждавший, что в случае конфликта судья должен так интерпретировать нормативный правовой акт, чтобы он был максимально приближен к «живому праву» [21]. Альтернативное нормативное регулирование если и не противоречит «официальному», то в значительной мере его дополняет, конкретизирует, поэтому в любом случае оно должно учитываться.

Оба изложенных критерия акцентируют внимание на гораздо более значимой роли правосознания и правовой культуры в анализе эффективности законодательства, чем это принято в классической теории права. Анализ человеческого измерения эффективности нормативных правовых актов предполагает анализ психологических механизмов практических действий правоприменителя и логики практических рассуждений обывателя – человека, не являющегося юристом, но включенного в правовую реальность. В связи с этим для выявления человеческого измерения эффективности права необходимо использовать методы социальной психологии и учитывать ее разработки, относящиеся к специфике восприятия обывателем социальных явлений. Особую значимость в этой связи представляет механизм каузальной атрибуции – приписывания причины социальным явлениям [22]. Для такого – обыденного – типа мышления (а все мы обыватели в тех сферах, которых становится все больше и больше, в которых мы не являемся специалистами) характерны следующие черты: игнорирование ситуативных причин в пользу личностных, завышение ролевой позиции, ложные корреляции личностных характеристик и др. Такое мышление является иррациональным, но именно так мыслит обыватель – основной субъект правопорядка.

Эти же методы, направленные на анализ правосознания и правовой культуры, должны получить распространение и для экспликации

эффективности деятельности правоприменителя. Как показали представители «правового реализма» США в 30-х гг. XX в. (а в 90-х гг. эти же идеи получили развитие в трудах представителей «школы критических правовых исследований» США), на поведение судьи, например, оказывают определяющее воздействие те же факторы, что и на поведение обывателя: и политические пристрастия, и религия, и воспитание в той или иной среде (в этой связи значительно отличаются правовые решения, принимаемые выходцами с юга и севера) и др. [23]. Более того, Р. Познер достаточно убедительно показал, что так называемой юридической логики, на которой настаивал в свое время еще Блэкстоун, не существует: юристы в своих практических действиях руководствуются, как и обыватели, «практическим мышлением», включающим в себя «анекдоты, самоанализ, воображение, здравый смысл, сопереживание, приписывание мотивов, авторитет говорящего, метафоры, аналогии, обычаи, интуицию, ожидание регуляриностей» [24, с. 73].

В то же время следует признать, что состояние правосознания является, особенно в современных условиях, явлением весьма неустойчивым, подверженным манипулируемости со стороны носителей «символического капитала» (термин П. Бурдье), а также фрагментарным, мультикультурным. В связи с этим два рассмотренных выше критерия эффективности законодательства должны быть дополнены третьим – историческим анализом, направленным на выявление функциональной значимости нормативного акта в более или менее длительной перспективе. Этот критерий свидетельствует о том, что анализируемый нормативный правовой акт осуществляет так называемую генеральную функцию (термин Л.И. Спиридонова) – служит обеспечению целостности общества, его нормальному воспроизводству. Выявить эту функциональную значимость закона (применительно к одному акту, действующему сегодня) очень сложно; об этом можно с некоторой долей вероятности судить по таким косвенным показателям, как его продолжительность действия, оценка населением, негативные (позитивные) сопутствующие проявления в той сфере общества, которую он призван регулировать. В любом случае, хотя этот трансцендентный критерий эффективности законодательства выявляется историческим анализом применительно к прошлым эпохам, это не означает, что не следует предпринимать попытки по его экспликации применительно к сегодняшнему дню.

Рассмотренные антропологические критерии эффективности не отрицают традиционного подхода, критически изложенного выше, но являются важным его дополнением.

1. Сморгунов Л.В. В поисках управляемости: концепции и трансформации государственного управления в XXI веке. СПб., 2012.
2. Raz D. Reasoning with Rules // Current Legal Problems. 2001. Vol. 54.
3. Hayek F.A. The Constitution of Liberty. London, 1960.
4. Gallie W.B. Essentially Contested Concept // Proceedings of the Aristotelian Society. 1955. Vol. 56.
5. Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004.
6. D'Andrade R.G. Cultural Meaning Systems // R.A. Shweder, R.A. LeVine (eds.) Cultural Theory. Essays on Mind, Self and Emotion. Cambridge [et. al], 1984.
7. Бурдые П. Социология политики. М., 1993.
8. Бауман З. Философские связи и влечения постмодернистской социологии // Вопр. социологии. 1992. Т. 1, № 2.
9. Гилинский Я.И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. 2-е изд., перераб. и доп. СПб., 2009.
10. Гилинский Я.И. Девиантология: социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений» : монография. СПб., 2013.
11. Times. 1977. July, 25.
12. Гилинский Я.И. Криминология. Теория, история, эмпирическая база, социальный контроль : курс лекций. СПб., 2002.
13. Спиридонов Л.И. Социология уголовного права // Избранные произведения : Философия и теория права. Социология уголовного права. Криминология. СПб., 2002.
14. Гилинский Я.И. Уголовное право: возможности и пределы // Гилинский Я.И. Девиантность, преступность и социальный контроль в «новом мире» : сб. ст. СПб., 2013.
15. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен. Теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009.
16. Московичи С. Машина, творящая богов. М., 1998.
17. Жинкин С.А. Психологические проблемы эффективности права. СПб., 2009.
18. Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003.
19. Butler R. The Evolution of the Civil Service – a Progress Report // Publ. Administration Rev. 1993. Vol. 71.
20. Politt C. Antistatic Reforms and New Administrative Directions: Public Administration in the United Kingdom // Publ. Administration Rev. 1996. Vol. 56, № 1.
21. Эрлих Е. Судейское нахождение права на основании правового предположения. Четыре отрывка из незавершенной работы «Теория судейского нахождения права» // Эрлих Е. Основоположение социологии права. СПб., 2011.
22. Augoustinos M., Walker I. Social Cognition. An Integrated Introduction. London, 1995.
23. Frank J. Law and the Modern Mind. London, 1948 ; Pritchett H. Civil liberties and the Vinson Court. Chicago, 1954.
24. Posner R. The Problems of Jurisprudence. Chicago, 1990.

А.В. Поляков, профессор кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, доктор юридических наук, профессор

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, ГЛОБАЛИЗАЦИЯ И ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ФИЛОСОФИИ И ТЕОРИИ ПРАВА

Обсуждение наиболее общих вопросов права сегодня невозможно без обращения к проблемам глобализации, идее верховенства права и связанной с этим задаче модернизации философии права и теории права.

Понятие глобализации является одним из наиболее обсуждаемых и дискуссионных, но при этом «фразытым» и нередко используемым в научной литературе в качестве слогана, элемента идеологического жаргона. Это относится и к понятию глобализации права.

В первую очередь феномен глобализации связывают с развитием рыночной экономики, превращением ее в экономику сетевую, сопровождаемым трансформацией представлений о национальном государственном суверенитете. Понятно, что эти процессы непосредственно затрагивают национальные правовые системы, предполагая, в частности, их стандартизацию и унификацию.

Удачным представляется общее определение понятия глобализации, в котором подчеркивается его коммуникативная составляющая. Под глобализацией понимается идущий поверх установленных государственных границ сложный и всеобъемлющий процесс человеческого взаимодействия, определяющий существование совокупности политических, экономических, культурных и общественных связей, приоритетность которых по отношению к местным, региональным, национальным ограничениям обеспечивает условия для создания новой транснациональной цивилизации (Ф. Лапорта).

Следует согласиться с утвердившейся в юридической науке позицией, согласно которой глобализацию права некорректно понимать как выстраивание простой иерархии правопорядков, внизу которой находятся внутригосударственные правопорядки, над ними – правопорядки региональные и завершает пирамиду глобальный правопорядок.

Реальная картина оказывается более сложной. Она демонстрирует нам сеть интерактивных правовых взаимодействий, не укладывающихся

ся в схему линейного глобального правопорядка (У. Твайнинг, М. ван Хук). Это объясняется тем, что локальное, местное, региональное, национальное не только не встраивается в глобальную систему, но и активно ей противостоит. Иногда в литературе подобное взаимодействие локального и глобального именуют процессом глокализации (например, В. Кравитц). Чаще всего глокализацию определяют как процесс экономического, социального, культурного развития, характеризующийся сосуществованием разнонаправленных тенденций: в ходе глобализации вместо ожидаемого исчезновения региональных отличий происходит их сохранение и усиление. Вместо слияния и унификации возникают и набирают силу явления иного направления: сепаратизм, обострение интереса к локальным отличиям, рост интереса к традициям глубокой древности и возрождению диалектов¹. Все это объясняет то обстоятельство, что ряд ученых вообще ставят под сомнение саму возможность существования глобального права (например, Ф. Лапорта). Но если эту возможность и признавать, то очевидно, что формирование глобального правопорядка будет включать в себя идеологию и практику правового плюрализма.

Фундаментальной проблемой философии и теории права в этих условиях является обоснование возможности совместимости правовой глобализации с идеей верховенства права как необходимой предпосылкой нормального существования глобального сообщества.

Под верховенством права в данном случае следует понимать установление такого правопорядка, который действует на основе общих норм, обеспечивает основные права человека и их гарантированную судебную защиту, направлен на реализацию в праве идеи справедливости. Проблематичность соединения процесса глобализации с идеей верховенства права имеет несколько причин. Одна из них заключается в том, что, как уже было отмечено, участники этого процесса часто ориентируются на различные цивилизационные и культурные ценности, что ставит под сомнение как саму возможность признания универсальности прав человека, так и возможность достичь согласия относительно понимания справедливости права. Более того, значительная

¹ В основе глокализации лежит идея децентрализованного и справедливого мира. Модели глокализации разрабатывают, опираясь на сетевые формы самоорганизации и межкультурную коммуникацию. Считается, что первая глокальная организация – GlocalForum – была образована в 2001 г. Провозглашаемая ею цель – ускорение мирового развития через развитие местностей и повышение внимания к локальным проблемам. В свете обострения борьбы между транснациональными компаниями и движением антиглобализма со смещением в сторону отстаивания прав национальных производителей и потребителей глокализацию рассматривают как компромиссный вариант формирования планетарного рынка производства и потребления универсальных товаров.

часть участников глобального правового взаимодействия заинтересована не в общем правовом порядке, справедливом для всех, а в экономических выгодах, которые они получают в результате экономического туризма – свободного перехода от одной юрисдикции к другой в поисках экономических предпочтений.

На решение этих проблем, по-видимому, и должна быть нацелена современная теория и философия права. Исследование правовых взаимодействий на национальном уровне и на уровне международных отношений позволяет сделать вывод, что в условиях глобализации право уже не может пониматься как исключительно внутригосударственное явление, а общая теория права испытывает серьезные затруднения, когда строится как теория внутригосударственного права. Несоответствие между фактическим плюрализмом социально-правовых отношений, с одной стороны, и внутреннегосударственной природой правовых норм в правовой теории и философии права – с другой, требует разрешения. Российской науке, как представляется, необходимо продолжить разработку модернизированной теории права, которая могла бы объяснить усложнившуюся правовую реальность и решить задачу, доставшуюся в наследство от теорий естественного права, – задачу подчинения права идее справедливости.

Этим обусловлена необходимость решения и других важнейших задач философии и теории права. Среди них – разработка постклассической (постпозитивистской) теории права, способной уйти от дихотомии юснатурализм – юспозитивизм, проблема правосубъектности, проблема теоретического обоснования прав человека, адекватного эпохе глобализации, и множество других проблем, рассмотрение которых требует особого обсуждения.

Конечно, необходимо считаться с тем, что сосредоточенность общей теории права на внутреннем праве государств относится к давно сложившейся западной традиции [1]. При трансляции этого подхода на международное публичное право оно трактуется как право, регулирующее отношения между государствами (Г. Кельзен, Г. Харт, Дж. Роулз, Дж. Раз) [2]. Однако в последнее время под воздействием идей глобализации появились сторонники более широких подходов к пониманию права, включающие в него и право негосударственное (У. Твайнинг, Г. Гленн, Дж. Гриффитс, Б. Таманайя, М. ван Хук, В. Кравитц, Г. Тойбнер). Эти ученые не без оснований настаивают на том, что представление о праве только с западной точки зрения непродуктивно. По мнению У. Твайнинга, общая теория права в условиях глобализации должна включать и право надгосударственное (международное и региональное), негосударственное (каноническое, транснациональное, автохтонное), а также различные формы «мягкого» права. У. Твайнинг

обобщил возражения, которые наиболее часто выдвигают как аргументы против включения негосударственного права и незападных правовых традиций в общую теорию права. Считается, что такое включение влечет за собой: 1) угрозу либеральной демократии; 2) распад общей теории права как единой научной дисциплины; 3) концептуальные трудности в виде проблемы определения права; 4) концептуальные трудности в связи с особенностями государственно организованного права.

Анализ этих и других сделанных в научной литературе возражений против неэтикетской трактовки права показывает лишь их относительную правоту и необходимость дальнейшего поиска адекватной для решения указанной проблемы общей теории права.

Представляется, что сложности, вызванные попытками обосновать право как явление, не ограниченное рамками государства, в значительной мере снимаются при обращении к коммуникативному подходу. В рамках такого подхода право рассматривается как система институционального нормативного межсубъектного взаимодействия, которое имеет знаково-смысловую природу и осуществляется на основе специфических текстов.

Право при этом выходит за границы только логико-нормативной системы и неизбежно включает в себя антропологическую, психосоциокультурную составляющую. В рамках такого подхода, восходящего не к идеям современных немецких правоведов или к учению различных школ правового реализма, а к психологической теории права петербургского ученого Л. Петражицкого, формулируются критерии отличия права от неправа, правовых норм от норм морали, нормативного правового порядка от произвола.

С этих же позиций можно рассматривать и теорию прав человека, что позволяет представить ее как интегральную по своему внутреннему смыслу и поэтому не сводимую ни к позитивистской трактовке прав человека, представляемой, в частности, профессором Е.В. Булыгиным, ни к естественно-правовым концепциям, разновидность которых демонстрирует рационально-дискурсивный вариант прав человека Р. Алекси. *Идея заключается в том, чтобы показать зависимость существования прав человека не от нормативной системы государства (как это имеет место у профессора Е.В. Булыгина) и не от обоснованности этих прав (концепция Р. Алекси), а от «встроенности» этих прав в существующие социальные институты.*

Для нас одной из отправных точек будет являться небольшая работа Е.В. Булыгина под названием «К проблеме обоснования прав человека», перевод которой был опубликован в украинском журнале «Вопросы философии права» в 2008 г. Как справедливо утверждает автор в этой статье, для сторонников естественного права права человека имеют основание в нормах морали, это моральные права. Но поскольку,

констатирует Е.В. Булыгин, нет никаких абсолютных, объективно значимых, истинных моральных норм, не может быть никаких абсолютных моральных прав человека¹. Заслуживает внимания, что на вопрос, означает ли это, что вообще не имеется никаких прав человека или что они могут быть обоснованы лишь в позитивном праве, профессор Е.В. Булыгин, по крайней мере в цитируемой работе, не дает окончательного ответа. Более того, ученый полагает, что сам «вопрос не ясен» и тем самым «однозначный ответ „да“ или „нет“ дан быть не может».

С точки зрения профессора Е.В. Булыгина, моральные права могут означать требование или призыв с точки зрения определенной морали к позитивному правопорядку признать их, поэтому моральные права человека являются не данностями, но лишь притязаниями или требованиями. Государство никак этими требованиями ни к чему не обязано. Только посредством их позитивирования через законотворчество или создание конституции или посредством международного права «права человека становятся осязаемыми, и лишь тогда речь уже может идти о юридических, а не только моральных правах человека».

В этих рассуждениях необходимо выделить следующие тезисы: права человека представляют собой данность (реальность); права человека есть притязания, требования, обязывающие государство; права человека существуют благодаря их позитивации через законодательство, конституцию, международное право, т. е. через те источники, которые придают им осязаемый характер.

С этими тезисами нельзя не считаться. Они действительно подчеркивают очень важные моменты, относящиеся к правам человека. Но, отталкиваясь от признания Е.В. Булыгина в том, что вопрос с онтологическим статусом прав человека до конца не ясен, попытаемся рассмотреть эти тезисы сквозь призму феноменолого-коммуникативного подхода к праву и дать им несколько иную интерпретацию. При этом права человека будем рассматривать не просто как основные фундаментальные права, но в контексте более широкой проблематики субъективного права как такового и его онтологического статуса².

¹ Среди сторонников естественного права, занимающих по этому вопросу противоположную позитивизму позицию, видное место принадлежит Дж. Финнису. Его вывод не менее категоричен, чем вывод Е.В. Булыгина: «Мы должны без колебаний сказать, – констатирует Финнис, – что, несмотря на твердое убеждение многих людей в обратном, существуют абсолютные права человека» [3, с. 283].

² Ср.: «...Права человека, или естественные права, – это основные и общие моральные права; о частных, или конкретных, моральных правах – например, о праве Джеймса на то, чтобы его личная переписка не была прочитана Джоном во время его сегодняшнего отсутствия в учреждении, – можно говорить как о „правах человека“, или „естественных правах“, но обычно о них говорят как о „моральных“ правах, производных, конечно же, от общих видов моральных прав, т. е. прав человека: такое различие, проведенное в практике словоупотребления, не является, однако, достаточно твердым и ясным...» [3, с. 252].

Следует согласиться с мыслью о том, что право (как и права человека) должно иметь объективную, а не субъективную значимость. Значимость права отличается от его действительности. Существуют различные подходы к установлению соотношения между этими понятиями. Представляется важным показать не просто различия, но и имеющуюся между ними связь. Действительность права определяется формальной объективацией нормы в правовых текстах с приданием этим текстам общеобязательного значения путем наделения их определенным (императивным) модальным статусом. Значимость же означает приписывание интерпретируемым текстам такой убеждающей силы, которая заставляет индивидов следовать выводимому правилу в реальной жизни. Моральная значимость как будто имеет такую же природу, что и значимость правовая, но отличается субъективным характером, т. е. невозможностью распространения такого признания на всех.

Важным тезисом является признание за правом и правами человека характера данности, т. е. реальности. Данность, или реальность, прав человека исходя из смысла цитированного выше текста Е.В. Булыгина будет означать, что государство обязывается существующими правами, т. е. правам как определенным притязаниям к государству соответствуют определенные обязанности по отношению к управомоченному (носителю прав) самого государства. Наконец, позитивация прав человека означает их закреплённость в каких-либо правовых текстах, придающих этим правам все то же значение общеобязательности (действительности).

Основная идея подобного (позитивистского) подхода заключается в том, чтобы представить права человека как некую реальную силу (реальные притязания), способную воздействовать на поведение других субъектов, включая представителей государства, определяя это поведение в интересах управомоченного лица. Здесь возникает давнишняя проблема соотношения должного и сущего в праве. Однако понимание права как норм должного и запрет на выведение должного из сущего не означает, что нормы права не имеют и не могут иметь отношения к сущему, реальности человеческого существования. Нахождение права исключительно в мире должного означало бы, что реальное поведение человека вообще не относится к праву. Но ведь Г. Кельзен не случайно подчеркивал, что норма, ни в какой степени не реализующаяся на практике, не может считаться правовой нормой. А реализоваться норма права может только через поведение человека. Именно в поведении человека проявляется сила права.

Если бы такого рода силу права человека получали только вследствие их установления в законах государства, то позиция профессора Булыгина была бы полностью защищена. Необходимость объективации прав человека в законах государства имеет под собой по меньшей мере два серьезных основания: 1) возможность формализации таким образом самих прав вследствие их текстуального закрепления в целях единообразного использования; 2) возможность через государственное принуждение защищать права человека от нарушений, гарантируя тем самым их реальное существование.

Вопрос заключается в том, действительно ли реальность прав человека в установленном выше смысле зависит от государства. Представляется, что наличие неразрывной сущностной (необходимой) связи между правами человека и государством может быть подвергнута сомнению и оспорена.

Начнем с вопроса о защите прав человека государством. Если бы само существование прав человека зависело от их защиты со стороны государства, то тогда отказ государства от защиты таких прав автоматически приводил бы к уничтожению всех прав человека. Однако, как показывает практика, этого не происходит. Реальность прав человека как силы, способной на основе общезначимых нормативных представлений воздействовать на поведение других лиц, соответственно с приписываемыми им правовыми обязанностями, не зависит напрямую от государства, поэтому попытки государств отменить какие-либо давно сложившиеся в обществе и пользующиеся поддержкой права человека, как правило, не приводили к успеху. Без поддержки государства такие права существуют или как обычное право, или как право каноническое, или как международное право. Более того, непризнание государством каких-либо общепризнанных мировым сообществом прав человека расценивается как нарушение этих прав независимо от того, находят ли они закрепление в законодательстве государства. Также необходимо отметить, что многие права человека (в широком смысле) в силу их социальной естественности невозможно от человека отобрать, сделать отчужденными.

Не происходит автоматического уничтожения прав человека по воле государства прежде всего потому, что права человека, впрочем, как и право вообще, существуют не столько в форме рациональных идей или субъективных моральных прав, сколько *в виде социально-правовых институтов, природа которых коммуникативна, но не связана напрямую с государством*. Коммуникацию мы рассматриваем как естественную и необходимую форму существования любых социальных явле-

ний, в том числе права. Именно коммуникация выступает реальной силой, создающей социальные институты.

Исходным моментом (отправной точкой) для релевантной аргументации по этому вопросу является констатация того, что *право (объективное и субъективное) не только воздействует на человеческое поведение, т. е. изменяет социальную действительность, но и невозможно вне поведения*. Человеческое поведение, рассмотренное в значимых для права аспектах, представляет собой осмысленную, т. е. соотносимую с нормой права, реакцию на воздействие внешней информации. Такая реакция всегда предстает как правовой текст, т. е. знаковая система, имеющая отношение к пониманию прав и обязанностей. Это означает, что само существование права как социальной реальности предполагает наличие значимой для субъекта информации, объективированной в различных правовых текстах. Но если имеет место адресованная кому-либо информация, которая извлекается из знаковых систем, текстов, то необходимо должны быть и субъекты, которым эта информация адресуется и которые способны путем ее переработки (толкования) понять смыслы и оценить требования, в ней содержащиеся.

Из этого следует вывод о том, что *вне и помимо сознания субъектов право не существует*. Значение и смысл права информация получает только в головах интерпретаторов и только преобразуя их поведение. Права нет в природе, если природу понимать как мир физических объектов, существующих в пространственно-временных границах независимо от человеческого сообщества. Но из этого неизбежно следует, что и государство как аппарат властвования и внешнего принуждения само по себе никакой правосозидающей (правотворящей) силой не обладает. Связывать (обязывать) кого-либо, подчинять чье-либо поведение требованиям возможно только при условии, что само сознание субъектов-адресатов готово таким требованиям подчиниться. Обязывание есть психологическая, ментальная, когнитивная установка («переживание», по Л. Петражицкому), а не нечто, существующее в физической реальности как принадлежность государства. Поэтому и существование права зависит не от государства как внешней принудительной инстанции, а от наличия таких социальных институтов, которые способны поддерживать унифицированные образцы поведения, представляющие собой определенные правила. Таким социальным институтом может являться государство (чаще всего и является), но могут существовать и над- и межгосударственные институты, в том числе непосредственно социальные институты (корпорации, конфессии, этнические группы).

Подобного рода социальные институты хорошо описаны в трудах по феноменологической социологии¹, но имеют свою специфику функционирования в качестве правовых институтов. Представляется, что эта специфика как раз и определяется способом регулирования поведения адресатов. Для того чтобы обеспечить связанность поведения человека и подчинение его определенным правилам, в самом праве заложен механизм (идея, эйдос) права, представляющий собой коммуникативную корреляцию субъективного права и правовой обязанности. Представляется, что в рамках господствующих в науке правовых теорий значение этой связки недооценивается.

Речь идет о том, что право возможно только тогда, когда нормативно определенное поведение получает реальные формы выражения в виде поведения разных субъектов, подчиняющихся одним и тем же правилам и тем самым вносящим социальные изменения в окружающий их мир. Адекватной формой такого поведения могут быть только коррелятивные субъективные права и правовые обязанности, которые и связывают субъектов (ментально, психологически), определяя собой правопорядок. Выраженное внешним образом (текстуально) легитимное (правомерное) и нормативно подтвержденное притязание субъекта на свободу собственных действий, содержательно выступающее в виде различных поведенческих актов, и на коррелятивные действия (поведения) других субъектов и составляет смысл прав человека как правового феномена.

Это означает, что *данность (реальность) прав человека (и права вообще) зависит от значения и смысла, придаваемого правам человека в рамках соответствующих социальных институтов*. Права человека тогда становятся социальной реальностью, когда возникает возможность легитимно и нормативно пользоваться этими правами, что и обеспечивается обязанным (связанным) поведением других лиц. Любое право существует как право только тогда, когда этому праву соответствуют обязанности других лиц. Права одних создаются только через обязанности других².

¹ Например, такой социальный институт представляет собой систему правил, легитимированных в данном обществе, воспринимаемых как существующие объективно, поддерживаемых и воспроизводимых сами участниками социального взаимодействия [4].

² Ср.: «Идея в том, что закон предоставляет индивидууму исключительный контроль... над обязанностью другого лица, так что в сфере поведения, охватываемой этой обязанностью, индивидуум, который обладает правом, является малым сувереном, перед которым имеют обязанность» [5, р. 192]. Дж. Финнис полностью поддерживает Х.Л.А. Харта в этом вопросе и подчеркивает, что «теоретически важно отличать свободу (простое отсутствие обязанности) от права требования и... важно понимать, что свободу, не защищенную какими-либо правами требования от препятствования ей, бесполезно именовать правом» [3, с. 285].

Можно сказать, что право адресуется другим субъектам, требуя от них соответствующего поведения. И наоборот, когда мы имеем дело с соответствующим поведением, которое имеет смысл исполнения какой-либо обязанности, то, если это обязанности правовые, им обязательно будет соответствовать и чье-либо право. В этом смысле свобода слова, рассмотренная как право, а не как простая возможность произносить какие-либо звуки в отсутствии людей, возможна только тогда, когда она реализуется среди субъектов, осознающих невозможность вмешиваться в процесс говорения, что равносильно обязанности воздерживаться от совершения действий, посягающих на свободу слова говорящего. Эта обязанность рационально выводится из правовых текстов, психологически приписывается субъектам, переживается ими как ограничивающая их поведение и признается за каждым участником коммуникации как их долг независимо от ее формально-логического состава¹.

В качестве иллюстрации возможности существования прав человека как социально-правовых институтов обратимся к сюжету знаменитой древнегреческой трагедии Софокла «Антигона» и в наших целях перескажем его более-менее подробно (воспользовавшись уже существующим пересказом М.Л. и В.М. Гаспаровых). При этом будем исходить из того, что литературный сюжет отражает некие реалии древне-

¹ Попытку более строго подойти к разграничению прав и обязанностей предпринял У. Хофельд [6]. Однако его подход также вызвал критику. Л. Фуллер писал о «разочаровывающем опыте практического применения аналитического аппарата» У. Хофельда [7, с. 164]. Дж. Финнис, например, так комментировал основное для У. Хофельда различие принадлежащего *А права требования* (коррелят которого – обязанность *В*) и *свободы А* (т. е. свободы *А*, имеющей своим коррелятом *отсутствие права требования*): «Право требования всегда есть либо, в положительном смысле, право получить что-либо (или право на определенную помощь) от кого-то другого, либо, в отрицательном смысле, право на то, чтобы нам не препятствовал или чтобы с нами не поступал или не обращался определенным образом кто-то другой. Когда предмет нашего правопритязания – наше собственное действие (действия), воздержание от действия (действий) или несовершение действия (действий), то это притязание не может быть притязанием на право требования, но может быть притязанием только на свободу (или, в случае юридических действий, на правомочие). Конечно, наша свобода действовать определенным образом может быть подкреплена и защищена другим правом или совокупностью прав, например правом (правами) требовать непротивостояния со стороны *В*, *С*, *D*... осуществлению нашей свободы. Но свобода, защищенная правом требования, – не отдельный тип хохфелдовского права, а соединение – никогда не являющееся логически необходимым, но всегда выгодное... для субъекта свободы – двух различных хохфелдовских отношений (каждое из которых, конечно, может быть и, как правило, бывает „множественным“... т. е. существует в идентичной форме не только между *А* и *В*, но и между *А* и *С*, *А* и *D*, *А* и...)» [3, с. 254]. Напомним, что в российской правовой доктрине субъективное право понимается как включающее в себя три правомочия: право действовать определенным образом, право требовать от другого совершения (не совершения) определенных действий и право обращаться за защитой нарушенного права.

греческой жизни и вполне может быть представлен в виде модели существовавших в ту пору отношений.

У царя Фив Эдипа от кровосмесительного брака было два сына – Этеокл и Полиник – и две дочери – Антигона и Исмена. Когда Эдип отрекся от власти и удалился в изгнание, править стали вдвоем Этеокл и Полиник под надзором старого Креонта, родственника Эдипа. Очень скоро братья поссорились: Этеокл изгнал Полиника, тот собрал на чужой стороне большое войско и пошел на Фивы войной. В поединке брат сошелся с братом, и оба погибли. После гибели братьев власть над Фивами принял Креонт. Первым его делом был указ: Этеокла, законного царя, павшего за отечество, похоронить с честью, а Полиника, приведшего врагов на родной город, лишить погребения и бросить на растерзание псам и стервятникам. Это противоречило народному обычаю: считалось, что душа непогребенного не может найти успокоения в загробном царстве и мстить беззащитным мертвым недостойно людей и неуютно богам. Антигона же полагала, что ее долг – позаботиться о том, чтобы душа брата нашла загробное успокоение. Креонт оглашает свой указ: герою – честь, злодею – срам, тело Полиника брошено на поругание.

Антигона преступает запрет, за что ее приговаривают к смертной казни. Креонту не просто было решиться обречь на казнь Антигону. Она не только дочь его сестры – она еще и невеста его сына, будущего царя. Тем не менее царский суд свершен, Антигона в тюрьме. Однако к Креонту является Тиресий, любимец богов, слепой прорицатель. Он попрекает Креонта в нарушении законов природы. Царь смущен, он впервые просит совета у хора, уступить ли. «Уступи!» – говорит хор. И царь отменяет свой приказ, велит освободить Антигону, похоронить Полиника. Он признает, что божий закон выше людского. Но поздно. Вестник приносит весть: нет в живых ни Антигоны, ни жениха ее.

Право Антигоны похоронить своего брата является не столько даже правом, сколько обязанностью, и эта обязанность имеет не только моральный, но и правовой смысл, должна интерпретироваться как правовая обязанность. В глазах древнегреческого общества эта обязанность предстает как право (притязание) на исполнение обязанности, поэтому запрет на ее исполнение воспринимается как посягательство на право человека – право погребать мертвецов.

С точки зрения логики позитивизма, предложенной профессором Е.В. Булыгиным, наличие или отсутствие юридического права на погребение близких зависит исключительно от воли Креонта. При этом даже если бы он просто не противился такому погребению, то право не возникало бы потому, что отсутствует зафиксированная в законе пра-

вовая норма, упрямочивающая на такое погребение (слабое дозволение, по Е.В. Булыгину, не порождает права). При наличии законодательного запрета на погребение возникает лишь обязанность подчиняться воле правителя государства. Право, по логике Е.В. Булыгина, может возникнуть лишь тогда, когда Креонт закрепит это право в законе государства.

Однако запрет Креонта на погребение Полиника, формально подпадающий под категорию писаного закона (указа), едва ли породил правовые последствия. Если под ними понимать наличие у закона реальной силы, гарантирующей соблюдение установленного правила, то как раз этих качеств мы в данном случае и не находим. Противостояние закона писаного (указа Креонта) и закона неписаного (воли богов, божьего закона, вечной Правды, воли народа) завершилось явно не в пользу первого. Даже попытка применить санкцию (смертную казнь) к нарушительнице запрета не увенчалась успехом именно в связи с тем, что указ Креонта не получил поддержки ни у самого общества, ни у собственного окружения. Другими словами, указ не был легитимирован как раз в силу его противоречия неписаному праву человека погребать мертвецов.

Нелегитимность указа выясняется в ходе развертывания правовой коммуникации через диалог заинтересованных сторон, предъявляющих свои аргументы с целью убедить в собственной правоте. Имена в трагедии говорят следующее: «Мы – слабые женщины, наш удел – повиновение, за непосильное нет с нас спроса: богов я чту, но против государства не пойду». На что Антигона отвечает: «Хорошо, я пойду одна, хотя бы на смерть, а ты оставайся, коли не боишься богов». В сознании одной женщины ценность государства как последней инстанции в определении должного и недолжного превышает ценность воли богов, Антигона отстаивает иную иерархию ценностей. В этом диалоге, если только он отражает индивидуальные (субъективные) ценностные предпочтения, не найти критериев для определения степени легитимности двух прав – писаного и неписаного. Необходимы дополнительные аргументы. Они выявляются в разговоре Антигоны с Креонтом. «Ты преступила указ?» – спрашивает Креонт. «Да, ибо он не от Зевса и не от вечной Правды: неписанный закон выше писаного, нарушить его – страшнее смерти; хочешь казнить – казни, воля твоя, а правда – моя», – отвечает Антигона. «Ты идешь против сограждан?» – снова спрашивает царь. «Они – со мною, только тебя боятся». В этом ответе Антигоны отражается еще один аргумент – ссылка на неявную со стороны внешних форм проявления поддержку ее понима-

ния права со стороны народа. Креонт вызывает сына, невестой которого является Антигона, и укоряет его: «Твоя невеста нарушила указ; смерть – ей приговор. Правителю повиноваться должно во всем – в законном и в незаконном. Порядок – в повиновении; а падет порядок – погибнет и государство».

Данный аргумент, отсылающий к ценности порядка, несомненно, имеет свой вес. Но царевич использует аргумент еще более весомый и делегитимирующий указ царя. «Может быть, ты и прав, – возражает он, – но почему тогда весь город ропщет и жалеет царевну? Или ты один справедлив, а весь народ, о котором ты печешься, – незаконен?» Отметим, что справедливость и законность (легитимность) здесь уравнены. «Государство подвластно царю!» – защищает Креонт. Но его аргумент парируется царевичем: «Нет собственников над народом», – подводит он итог диспуту.

Дилемма, которую пытается разрешить Антигона, нашла отражение в тексте хора, который гласит: «неписанный чтя закон, нельзя преступать и писанный». Выход из этой дилеммы формулирует сама Антигона: «Если божий закон выше людских, то за что мне смерть? Зачем молиться богам, если за благочестие объявляют меня нечестивицей? Если боги за царя – искуплю вину; но если боги за меня – поплатится царь». Эту же мысль поддерживает слепой прорицатель Тиресий, любимец богов: оказывается, не только народ недоволен царской расправой – гnevаются и боги: огонь не хочет гореть на алтарях, вещие птицы не хотят давать знамений. Тиресий обвиняет царя, подтверждая нелегитимность его указа: «Ты попрал законы природы и богов: мертвого оставил без погребения, живую замкнул в могиле! Быть теперь в городе заразе, как при Эдипе, а тебе поплатится мертвым за мертвых – лишиться сына!» Под влиянием критических аргументов и угроз царь отменяет свой приказ, велит освободить Антигону, похоронить Полиника и подтверждает, что божий закон выше закона человеческого. Но, как мы помним, было уже поздно: Антигона и ее жених погибают.

Можно ли сказать, что право на погребение мертвых представляет собой действительное (реальное) право, отвечающее и большинству позитивистских критериев права? Думается, что ответ должен быть положительным. Притязание на исполнение долга погребения тела умершего родственника имеет явных и неявных адресатов в лице Креонта и его окружения, а также всех возможных лиц, имеющих личную или потенциальную возможность помешать реализации данного права. Эти лица выступают субъектами юридической обязанности признания данного права и воздержания от препятствования его реализа-

ции. Право и обязанность хоронить умерших родственников является вполне определенной (конкретизированной) нормой обычного права, легитимированной представлениями о связанности императивного требования с волей богов, понятиями чести и достоинства, человеческой души и многовековой традицией. Как и многие подобные нормы, она имеет реифицированную и объективную форму своего существования в обществе, включая механизмы социального самовоспроизводства и защиты. Таким образом, она подпадает под понятие социального правового института.

Представляется, что как раз международное право и понимание прав человека в международном праве подходит ближе всего к идее права как коммуникации. Понимание прав человека в международном праве не может основываться на внутригосударственных законах. Фактически в международном праве действуют те же механизмы коммуникации, которые приводят к признанию прав человека на международном уровне и их существованию как правовых институтов на основе обычаев, принципов или заключенных договоров.

Реальность прав человека в этом случае определяется не только возможностями по их реализации, но и возможностями защиты в случае нарушения в рамках отдельных государств. Такая защита не обязательно сразу ведет к восстановлению нарушенных прав. Но она все равно представляет собой форму защиты, даже если отсутствует прямая возможность силового вмешательства в противоправную практику, существующую в этих странах, или отсутствует возможность у самих граждан защищать свои права в суде. Защита прав человека в виде самозащиты, акций гражданского неповиновения, различных форм психологического, политического, экономического или военного давления на правонарушителя со стороны других государств является доказательством реальности существования таких прав, так как в противном случае и защищать было бы нечего.

1. Твайнинг У. Общая теория права // Рос. ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 232–238.
2. Raz J. Authority of Law. Oxford, 1979.
3. Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012.
4. Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995.
5. Hart H.L.A. Benthamon Legal Rights // Oxford Essays II.
6. Хофельд У. Некоторые основные юридические понятия в приложении к судебной аргументации // Правоведение. 2013. № 3. С. 203–227.
7. Фуллер Л.Л. Мораль права. М., 2007.

*С.И. Максимов, профессор кафедры философии
Национального университета «Юридическая ак-
демия Украины имени Ярослава Мудрого», доктор
юридических наук, профессор, член-корреспондент
Национальной академии правовых наук Украины*

ОНТОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЫ В КОНЦЕПЦИИ ПРАВОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Важным инструментом развития и совершенствования права и правовой системы в целом является правовая наука. Наиболее концентрированно проявление ее практической функции выражается в правовой доктрине как таком феномене, который максимально эффективно должен сочетать научные разработки с практикой создания и применения права, учитывая при этом как контекст правовой культуры, так и влияние основных факторов развития общества в целом.

Известно, что без доктринального обеспечения функционирование права и его институтов является невозможным, поэтому доктрины представляют собой необходимый элемент любой правовой системы, они разрабатываются во всех отраслях права и применяются ко всем видам правовых отношений.

Правовая доктрина в узком смысле представляет собой определенный вид юридического исследования, которое осуществляется на основании применения особого метода, заключающегося в систематическом аналитико-оценочном объяснении содержания права: частного, публичного, уголовного и др. Она представлена прежде всего в учебниках, хрестоматиях, монографиях и комментариях к законодательству, а ее суть сводится в основном к интерпретации и систематизации положений действующего права. В обобщенном виде она характеризуется как деятельность ученых и продукт этой деятельности, т. е. содержание книг и исследований (А. Печеник).

В то же время любое доктринальное исследование опирается на философский фундамент. Прежде всего речь идет об онтологических основаниях правовой доктрины, осмысление которых дает возможность понять природу права, тот особый способ его бытия, отличающий его от других социально-культурных феноменов, другими словами, позволяет усмотреть, что же с правом (или в праве) действительно происходит.

Таким образом, любая доктрина опирается на представление о природе права, на то, что оно есть. В основе таких представлений лежат две противоборствующие интуиции: 1) право – это социальный факт,

оно создается представителями власти (прежде всего законодателями и судьями) или сложившимися в отношениях между людьми обычаями; 2) судьи и исследователи права получают знания о праве путем оценочных операций, т. е. путем интерпретации законодательных актов, прецедентов и других источников права, эта интерпретация обязательно связана со справедливостью, так что несправедливая интерпретация – это неправильная интерпретация. Первая интуиция приводит к такому исследованию права, которое либо отвергает претензию на знание, либо строит его наподобие строгой науки, свободной от оценочных суждений (позитивистский путь). Вторая интуиция приводит к теориям, согласно которым право рассматривается как онтологически сложный объект, в котором материальное и идеальное, фактическое и нормативное, социальное и нравственное тесно переплетаются. Здесь утверждается возможность правовых знаний, полученных путем оценочной интерпретации (непозитивистский путь). Обычно среди юристов в силу их практичности и наличия недоверия к метафизике принято отрицать комплексную онтологию права, поэтому, как правило, они довольствуются простым онтологическим описанием права, сходным с описанием какой-либо вещи, материального объекта. Иногда для доктринального описания и толкования права такой онтологии бывает достаточно. Однако она не является ни адекватной, ни эффективной. Продуктивным для доктрины является создание комплексной онтологии права, которая обеспечивает возможности для адекватного его познания.

Согласно такой онтологии право не является какой-то вещью, на которую можно указать: вот это и есть право. Оно является особым миром, миром права. Для формулировки особенностей этого мира во всем богатстве его проявлений нами в начале 1990-х гг. был предложен и обоснован концепт «правовая реальность» (по аналогии с концептами физической, социальной, культурной, нравственной, психологической и других реальностей). Следует отметить, что сочетание понятий «реальность» и «право» является столь очевидным, что словосочетание «правовая реальность» могло встречаться и в работах иных исследователей. Однако это происходило в единичных случаях, без включения его в систему других понятий как определенной теории или концепции правовой реальности. К тому же довольно часто онтологическая категория «реальность» подменялась (а нередко и подменяется) ее повседневной интерпретацией – эмпирическими проявлениями права, т. е. тем, как право функционирует на самом деле. Хотя в таком смысле правильное было бы употреблять понятие «правовая действительность». Поскольку реальность – это свойственное феноменам качество иметь бытие, независимое от наших воли и желания, то и правовая реальность – не только то, что существует в институтах права и правоот-

ношениях, но и те очевидности, которые хотя и не имеют предметного бытия, но с которыми мы не можем не считаться. Это понятие позволяет объединить вопрос о том, что такое право, с вопросами, как оно существует, каков способ его бытия, к какому типу реальности оно принадлежит. При этом правовая реальность должна восприниматься не как внешняя для человека (субъекта ее осмысления) действительность, а как такая, в которую вовлечен он сам в процессе общения с другими участниками правовой жизни.

Различаются широкий (вся совокупность правовых феноменов) и узкий (базисный правовой феномен – правовые нормы и институты для юридического позитивизма, правоотношения для социологической юриспруденции, правосознание для теории естественного права или психологической концепции права) смыслы понятия «правовая реальность». Мы же предлагаем интегральную концепцию правовой реальности как мира права, который конструируется из правовых феноменов, упорядоченных в зависимости от их отношения к базисному феномену как определенной первореальности (собственной реальности) права.

Правовая реальность не представляет какую-то субстанциальную часть реальности, а является лишь способом организации и интерпретации определенных аспектов социальной жизни, бытия человека. Но этот способ настолько существен, что при его отсутствии распадается сам человеческий мир. Поэтому мы представляем его как реально существующий. Уже в этом обнаруживается отличие бытия права от бытия собственно социальных объектов, так как мир права – это в основе своей мир долженствования, а не существования.

Введение в контекст методологических и мировоззренческих проблем правоведения категории «правовая реальность» дает возможность рассматривать право не просто в качестве надстроечного явления, живущего лишь отраженной жизнью экономической структуры общества (как это представлялось в марксистской теории права), а как особый мир, относительно автономную область человеческого бытия, имеющую собственную логику и закономерности, с которыми нельзя не считаться. Главной здесь оказывается проблема бытия права, включающая вопрос о его онтологических основаниях, т. е. о его укорененности в человеческом бытии. При этом следует учитывать специфичность онтологии права, поскольку бытие права – это особый модус бытия – бытие-долженствование. Таким образом, реальность права устанавливается не в качестве факта, а в силу его значимости для человека.

Онтологической основой права выступает межсубъектное взаимодействие, но не как некоторая субстанциальная реальность, а как его идеально-смысловой аспект, когда совместное существование людей грозит обернуться произволом, а потому содержит момент долженство-

вания для ограничения такового. Поэтому правовая онтология оказывается онтологией intersубъективности, а первореальностью права выступает смысл права, заключающийся в определенном долженствовании.

Таким образом, право представляет собой деонтологическую реальность, т. е. идеально сконструированное бытие, суть которого состоит в долженствовании. И хотя оно не замыкается на самом себе, находит проявление в эмпирическом мире, но все же не сводится к социальным фактам. Правовая реальность имеет смысловое строение. Правовые смыслы опредмечиваются в ментальных установках, идеях и теориях, в знаково-символической форме норм и институтов, в человеческих действиях и отношениях, т. е. в различных проявлениях правовой реальности.

Как сложная многоуровневая система право представляет собой не статичный набор элементов, а динамичный процесс собственного становления. Источником саморазвития выступают противоречивые взаимодействия его сторон, находящие отражение в полярности и дополнительности различных подходов к праву. Относительно автономными уровнями правовой реальности (формами бытия права) являются мир идей (идея права), мир знаковых форм (правовые нормы и законы), мир социальных взаимодействий (правовая жизнь). Они представляют собой уровни становления права, которые выражаются в развертывании концепции правовой реальности от абстрактных ко все более конкретным определениям.

Логически исходным компонентом правовой реальности, содержащим масштаб истинности права, выступает идея права. Представляя абстрактно-общие определения права и выражая смысл права, она содержит допозитивный масштаб для законодательных и судебных решений. Выражая момент долженствования, она обладает потенциальной действительностью, но в то же время задает нормативную силу действующему праву. Значимость идеи права задает операция логического признания права, или его обоснования.

Позитивное право как система санкционированных государством норм представляет собой конкретно-общие определения, реализацию идеи права. Будучи формой эмпирического бытия, оно носит исторический (временной) характер, его отличают требования осмысления закона для всех случаев и учета социальных интересов, указывающие на его связь с жизнью. Средством перехода от недействующей идеи права к действующему праву выступает процесс правотворчества, феноменологический смысл которого заключается в соединении идеи права (принципов справедливости) с конкретными социальными условиями, выражающимися через категории потребности и интереса. Сложное противоречивое сочетание справедливости и целесообразности составляет отличительную особенность позитивного права.

Мир социального взаимодействия представляет собой наиболее конкретный уровень бытия права. Моментом перехода от законов к материально-конкретным определениям выступает процесс правореализации. Основным элементом этого процесса выступает субъект в его взаимодействии с другими субъектами. Условием перехода к бытию права в правильных решениях и действиях людей выступают такие факторы, как признание нормы, принуждение и власть. Наиболее важной формой выступают судебные решения, в которых аккумулируется весь опыт осмысления права. Принимаемые профессионалами самой высокой квалификации, они являются повышением квалификации для всех юристов и граждан. В отношении к правосудию происходит объединение усилий всех ветвей власти в борьбе за право.

Все элементы правовой реальности пронизаны единым началом, особым правовым этосом (способом мышления и деятельности), логический строй которого предполагает такие рефлектирующие друг на друга элементы, как субъект права (с присущей ему способностью признания) во взаимодействии с другими субъектами, система правовых ценностей, интегральным выражением которой является справедливость, и должная модель поведения, предполагающая единство прав и обязанностей.

Подлинной реальностью права оказывается не столько жесткий механизм властного принуждения, сколько тонкая паутина особых ментальных состояний – правовых смыслов. Основополагающими правовыми смыслами (установками правосознания) выступают фундаментальная обязанность уважать чужое право и дополняющая ее обязанность отстаивать собственное право. Результатом следования этим принципам оказывается утверждение в отношениях между людьми добросовестности, честности и точности в выполнении обязательств, в образе мысли – правовой установки, которая выражается по отношению к другим в примате справедливости над состраданием, по отношению к себе – в идее правомочия или в стремлении к независимому достижению выгоды и благополучия. Метафизическим условием возможности права и обоснованием внутренней независимости (автономии) выступает установка отрицания рабства и признания свободы высшей ценностью; морально-антропологическим условием возможности – позиция неподкупности (приоритет гражданской честности над другими добродетелями – профессиональными, семейными, патриотическими). Следование этим установкам правосознания ведет к утверждению устойчивой системы правового поведения – правового этоса. Однако в реальной жизни осуществление всех правовых смыслов оказывается затруднительным, поэтому для компенсации этого несовершенства человеческого поведения и для того, чтобы те, кто действует в соответствии с установкой уважения к праву, не оказывались в проигрыше, существует правовое принуждение.

Принятие определенных онтологических оснований права позволяет ставить вопрос о том, как возможно и возможно ли вообще познать право и возможность или невозможность применения к результатам такого познания понятия истины (иными словами, раскрыть эпистемологические основания правовой доктрины).

Для осуществления этой цели должен быть применен подход к осмыслению права, основанный на преодолении односторонности других подходов, – позиция интерсубъективности, исходящая из положения исследователя как участника правовых событий, которая реализуется прежде всего в феноменолого-герменевтической и коммуникативно-дискурсивной формах.

В соответствии с этим подходом правовая реальность не может быть охвачена нами в своей полноте не только в силу своей динамичности, но и в силу того, что здесь мы не можем занять позицию внешнего наблюдателя, всегда обнаруживая себя в роли участника правовых отношений, осмысливающего свое бытие в праве изнутри. Так, смысл права не растворяется в сознании субъекта или во внешнем социальном мире, а рассматривается как результат встречи (коммуникации) субъектов, погруженных в жизненный мир, в ходе которой осуществляется и воспроизводится право. В свою очередь опыт, опосредующий осуществление права, есть не просто теоретическое осмысление права, но всегда и практическое его применение к конкретной, реальной либо гипотетической ситуации, т. е. опыт в собственном смысле слова, который есть нечто большее, чем познание.

Таким образом, в рамках очерченной выше концепции правовой реальности познание права в строго эпистемологическом смысле теоретического опыта оказывается невозможным. Скорее, речь может идти о герменевтическом понимании как воспроизводстве права в ходе его осуществления. Речь идет о когнитивном и некогнитивном отношении субъекта к праву и о таких методологических принципах, как когнитивизм и некогнитивизм. Согласно когнитивизму сознание может быть сведено к знанию и познанию, что в юриспруденции проявляется в использовании эпистемологических концептов (истина, доказательство и т. д.) для постановки и решения аксиологических по своей природе проблем. С точки зрения некогнитивизма ценностные суждения (в том числе правовые) связаны с некогнитивными феноменами психики, поэтому они нереферентны и соответственно не могут быть истинными или ложными. Поскольку же мир права – это в основе своей мир должноствования, а не существования, то осмысление права оказывается возможным как опыт не эпистемологический (аналогичный познанию в естественных науках), а фронетический (направленный на понимание в ходе дискурсивного обсуждения ценностей).

В.А. Толстик, начальник кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России, доктор юридических наук, профессор

НЕКОТОРЫЕ ЗАКОНОМЕРНОСТИ, ОБУСЛОВЛИВАЮЩИЕ ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Эффективное правовое регулирование общественных отношений невозможно, если оно не основано на выявлении и учете закономерностей развития общества вообще и государства и права в частности. В данном случае речь идет о всей совокупности экономических, политических, психологических, государственно-правовых и иных закономерностей, совокупное действие которых выступает определяющим фактором в детерминации человеческого поведения.

Не без сожаления следует констатировать, что в теории эффективности правового регулирования указанное направление не получило должной проработки.

В настоящей статье будет предпринята попытка хотя бы частично восполнить существующий доктринальный пробел посредством акцентирования внимания на некоторых закономерностях, обуславливающих эффективность правового регулирования.

Закон устойчивости, стабильности правового регулирования. Устойчивость, стабильность правового регулирования общественных отношений является неперенным условием социальной и юридической эффективности закона. При этом чем более продолжительный период времени установленные правила остаются без изменения, тем выше эффективность. Объясняется это довольно просто. Люди постепенно привыкают к действующим правилам поведения. Последние прочно входят в их правовое сознание и становятся привычным, традиционным регулятором поведения. Их консерватизм выступает залогом законности и правопорядка. Напротив, любое изменение действующего законодательства влечет за собой не только нарушение привычного уклада правовой жизни, но и целый ряд издержек материального и нематериального плана. Цена таких издержек может быть чрезвычайно высока. Именно поэтому всякий раз, когда на том или ином уровне государственного управления рассматривается вопрос о частичной или полной корректировке закона, необходимо наличие веских оснований для любой законодательной инновации. К данному случаю в полной мере применима пословица «Семь раз отмерь, один раз отрежь». Периодически «резать» надо. И это тоже закономерно.

Такая потребность, как известно, заложена в самой природе правового регулирования общественных отношений. Динамика правового содержания не в последнюю очередь обусловлена динамикой общественных отношений, формой отражения которых право и является.

Консервация правовых предписаний в условиях, когда назрела объективная потребность в их изменении, так же негативно сказывается на эффективности правового регулирования, как и любые изменения закона в условиях отсутствия такой потребности. Такова диалектика статики и динамики законодательства.

При этом необходимо понимать, что вескими основаниями для изменения закона должны являться существенные, кардинальные изменения в общественных отношениях, что характерно прежде всего для переломных этапов в развитии общества. Незначительные изменения в общественных отношениях должны компенсироваться гибкостью, эластичностью закона.

Стабильность же закона в обычных условиях развития общества должна гарантироваться адекватностью отражения в нем потребностей и интересов общества, а также прогрессивных тенденций социально-экономического, политического и духовного развития страны. Неспособность субъекта правотворчества создать адекватный закон свидетельствует о недостаточном уровне его профессионализма.

К великому сожалению, в современной России закон устойчивости, стабильности правового регулирования общественных отношений в юридической практике нередко игнорируется. В государственном управленческом сознании существует своеобразный комплекс перманентного реформирования. Реформируют и то, что нуждается в этом, и то, что не нуждается. Реформируют одно и то же по несколько раз, причем нередко в прямо противоположных направлениях. При этом руководствуются, очевидно, исключительно благими побуждениями, поскольку в противном случае пришлось бы предположить, что в системе государственного управления работают диверсанты. В реальности в целом ряде случаев неизменно срабатывает «закон» В.С. Черномырдина «хотели как лучше, а получилось как всегда».

В результате таких реформ вред нередко причиняется базовым ценностям. Приведем пример из области образования.

Российскую Федерацию зачем-то втянули в так называемый Болонский процесс. Ввели двухуровневую систему высшего образования: бакалавриат и магистратура. В то время, когда стране жизненно необходимы специалисты, стали готовить бакалавров и магистров. По какой причине отказались от в высшей степени эффективной системы национального образования: начальное образование (школа), профессиональное образование (профессиональное училище), среднее образование (техникум), высшее образование (институт, университет), послевузов-

ское образование (аспирантура, докторантура), – объяснить рациональными аргументами невозможно.

Все время меняются правила игры. За 10 лет сменилось три поколения государственных образовательных стандартов для высшего профессионального образования. Переход от стандартов второго поколения к стандартам третьего поколения объяснили необходимостью формирования у студентов общекультурных и профессиональных компетенций. Но ведь есть классическая формула «знания – умения – навыки». Кому-то она показалась устаревшей, не отвечающей высоким потребностям текущего момента, вчерашним днем. Панацея – компетенции. Только они способны обеспечить инновационный прорыв. Но что такое компетенции? Любой трезвомыслящий человек скажет, что это знания, умения, навыки.

На первый взгляд, подобные новеллы могут показаться относительно безвредными. Подумаешь, одни категории заменили другой. Однако в реальности подобные пертурбации не столь безобидны. Они вносят колоссальную дезорганизацию в образовательный процесс. Во-первых, никто толком не понимает, в чем суть нововведений. Во-вторых, в образовательном процессе возникает путаница из-за параллельного действия разных стандартов. В-третьих, они порождают большие объемы никому не нужной работы (под новые стандарты перерабатывается вся учебная и учебно-методическая документация).

Закон необходимого разнообразия. Данный закон изначально был сформулирован английским психиатром, специалистом по кибернетике, пионером в исследовании сложных систем У.Р. Эшби. В соответствии с этим законом для обеспечения эффективного управления степень разнообразия системы управления должна быть не меньше степени разнообразия управляемого объекта. Или, говоря словами У.Р. Эшби, «только разнообразие может уничтожить разнообразие» [1, с. 293–302]. Чем сложнее управляемый объект, чем больше множество его возможных состояний, тем сложнее следует строить систему управления. Иначе говоря, каждому состоянию управляемой системы должна соответствовать определенная ячейка в системе управления [2, с. 3].

В нормотворческой деятельности также следует учитывать закон необходимого разнообразия. Причем акцент здесь следует делать не только на разнообразии, но и на прилагательном «необходимого». Иначе говоря, должна быть мера разнообразия. Значительное отступление как в одну сторону, так и в другую неизбежно будет приводить к снижению эффективности норм права и, как следствие, управленческого воздействия в целом.

Примером недобора разнообразия могут служить отдельные нормы, устанавливающие юридическую ответственность. Как эффективно ре-

шить фундаментальную проблему индивидуализации юридической ответственности? Возможны два варианта. В одном случае субъекту правоприменения можно предоставить широкие пределы усмотрения, в рамках которых предполагается, что он на основе анализа и учета всех обстоятельств юридического дела вынесет единственно правильное, справедливое решение. В другом случае индивидуализацию юридической ответственности можно обеспечить посредством дифференциации нормы, устанавливающей ответственность. При этом свобода усмотрения субъекта правоприменения будет существенно минимизирована или полностью исключена. Полагаем, что в современных реалиях недобор разнообразия не столько способствует индивидуализации ответственности, сколько выступает мощным коррупциогенным фактором.

Перебор многообразия проявляется прежде всего в избыточности правового регулирования, которая может быть двоякая. Условно ее можно назвать количественной и качественной.

Количественная избыточность правового регулирования имеет место тогда, когда по одному вопросу (в рамках разных, но типичных структур) или по близким, типовым вопросам принимаются различные нормативные правовые акты.

Проиллюстрируем сказанное следующим примером. В последнее десятилетие по непонятным причинам МВД России ушло от единой регламентации многих вопросов образовательной деятельности в подведомственных учреждениях. На сегодняшний день нет действующих нормативов по организации учебного процесса, нормированию труда профессорско-преподавательского состава и целому ряду иных значимых вопросов. В результате каждый отдельный вуз вынужден принимать свои положения, между которыми имеются весьма существенные различия¹.

В каждом отдельном вузе принимаются положения о структурных подразделениях. Это логично. Но если в вузе есть типовые подразделения, например кафедры, почему им не руководствоваться типовыми положениями? Насколько необходимо отражать несущественное разнообразие? Аналогичные вопросы уместно поставить и применительно к должностным инструкциям (сейчас их стали именовать «должностные регламенты»)².

Подобная практика влечет как минимум два негативных следствия. Во-первых, на разработку, доработку и переработку документов затрачивается дополнительное время. В общей сложности это немалые тру-

¹ Следует отметить, что в настоящее время в МВД России ведется активная работа по созданию единой нормативной основы для деятельности образовательных учреждений.

² Здесь следует вспомнить о законе устойчивого правового регулирования.

дозатраты. Во-вторых, в них отсутствует необходимость, поскольку отражаемое ими разнообразие в полной мере может быть преодолено на базе типовых положений.

Качественная избыточность закона выражается в чрезмерной детализации правового регулирования. Здесь тоже нужна мера. Подобно тому, как нельзя распланировать все и вся в области экономики, в области правового регулирования также существуют пределы детализации, выход за которые начинает тормозить развитие общественных отношений. В этой связи следует согласиться со справедливым мнением И.Н. Барцица, что «сегодня становится все более очевидной неизбежность признания опасности чрезмерного правового регулирования» [3, с. 93].

Закон соотношения стимулов и антистимулов. Любое управление осуществляется не иначе как через поведение. Обеспечить достижение того или иного результата можно только посредством определенного поведения. Но каким образом можно добиться желаемого варианта поведения? Ответ на этот вопрос дает закон соотношения стимулов и антистимулов.

Необходимо, чтобы мощность положительных стимулов превышала мощность антистимулов. При нарушении данного соотношения желаемый результат практически недостижим. Заметим, что Н.И. Петров, изучая эффективность конкретных видов гражданско-правовой ответственности, пришел к выводу: «чтобы предотвратить неугодные обществу действия, неблагоприятные последствия должны быть больше, чем возможная выгода, получаемая правонарушителями в результате неправомерных действий» [4, с. 157]. Этот частный вывод полностью соответствует общему закону управления о соотношении стимулов и антистимулов [5, с. 43].

Данный закон имеет универсальное действие и в равной степени проявляет себя в различных сферах общественной жизни – образовании, науке, экономике, политике, борьбе с преступностью и многих других. Он применим как для стимулирования правомерного поведения, так и для сдерживания противоправного¹.

Практическое использование данного закона в целях повышения эффективности государственного управления предполагает решение двух взаимосвязанных задач. Во-первых, необходимо увеличивать количество и повышать мощность положительных стимулов. Во-вторых, требуется уменьшение количества (если это возможно) и снижение мощности антистимулов.

Говоря о действии данного закона, следует также принимать во внимание особенности, от которых зависит эффективное использова-

¹ Подробнее о правовых стимулах и правовых ограничениях см. [6].

ние положительных стимулов. Ученые установили, что мощность положительного стимула находится в прямой зависимости от вероятности наступления конкретных последствий. Так, давно доказано, что мощность такого стимула, как юридическая ответственность, зависит не только и не столько от жесткости санкций, сколько от неотвратимости (т. е. вероятности) привлечения виновного к ответственности. Если вероятность быть привлеченным к ответственности за те или иные правонарушения практически исключается, то эффективность соответствующего вида ответственности фактически сводится на нет, несмотря на наличие в законе самых строгих санкций [5, с. 44].

Еще одна важная особенность состоит в том, что положительный стимул способен дать ожидаемый эффект только в том случае, если субъектом управления будут заданы его оптимальные параметры. Положительный стимул с низкой ценностью благ и низкой мерой лишения не работает. В научной литературе справедливо замечено, что у соответствующего порога ощущения имеется не только низший предел, но и высший. На определенном этапе дальнейшее наращивание ценности благ или повышение меры лишений уже не может оказать заметного влияния на поведение человека. Сказанное наглядно иллюстрируется, например, неадекватным повышением заработной платы или чрезмерным усилением юридической ответственности. Во всех таких случаях задача субъекта управления сводится к отысканию оптимальной мощности положительных стимулов, призванных обеспечить заданное поведение. Решение этой задачи возможно с помощью социально-психологических и социально-правовых исследований [5, с. 45].

В заключение следует еще раз отметить, что эффективное правовое регулирование невозможно без опоры на закономерности общественного развития. При этом сами закономерности нуждаются в глубоком и основательном научном осмыслении, познании механизмов их действия в реальной социальной среде с ее многообразием и спецификой.

1. Эшби У.Р. Введение в кибернетику. М., 1959.
2. Прокунин Л.М., Зубов М.Я., Гришин В.П. Экономическая кибернетика. Ч. 1. М., 1975.
3. Барциц И.Н. Социальная эффективность государственного управления: модели, критерии, российский опыт внедрения // Проблемы упр. 2011. № 1 (38).
4. Петров Н.И. Ответственность хозорганов за нарушение обязательств. М., 1974.
5. Никитинский В.И., Глазырин В.В. Общие законы управления и правовое регулирование // Совет. государство и право. 1978. № 9.
6. Малько А.В. Правовые стимулы и правовые ограничения. М., 2003.

А.В. Стовба, доцент кафедры теоретической и практической философии Харьковского национального университета имени В.Н. Каразина, кандидат юридических наук, доцент

КЛАССИЧЕСКАЯ И НЕКЛАССИЧЕСКАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА: ОНТОЛОГИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ

Окончание господства марксистского правопонимания в отечественной правовой мысли поставило в нелегкое положение философов и теоретиков права. Разрушение доминирующего представления о праве как возведенной в закон воле господствующего класса вызвало необходимость переосмысления места права в социальном мире. В свою очередь, подобная проблема потребовала заново поставить онтологические и методологические вопросы. Что есть право? Каков его статус относительно иных социальных феноменов? И как возможно его осмыслить?

Представляется, что в рамках выполнения подобного исследования в постсоветском правоведении можно выделить две тенденции. В общем виде их можно охарактеризовать как классическую и неклассическую. Различие между классическим и неклассическим вариантами осмысления права коренится в различных подходах к пониманию мира в целом, следовательно к праву.

Классическая тенденция в осмыслении права базируется на следующих мировоззренческих предпосылках. Во-первых, мир (и социум) есть умопостигаемое целое. Во-вторых, в таком мире возможно создать (и (или) постичь) рациональную систему норм – право как Должное, с помощью которой сущее положение дел приводится к желаемому нормативному идеалу. Тем самым право в классической парадигме предстает как Должное, т. е. взаимосогласованная и внутренне непротиворечивая система норм, которая служит инструментом для упорядочивания социальной действительности. Эта нормативная система может быть создана искусственно как позитивно-правовая (позитивизм), открыта в ходе интеллектуальной деятельности как совокупность идеальных норм (классические концепции естественного права), сложена в виде нормативных обычаев в ходе общественной практики (историческое, социологическое, экономическое правопонимание).

Классическое понимание права характеризует фундаментальный разрыв между социальной реальностью как динамичным и изменчивым сущим и правом – статичным Должным, который заполняется в ходе правоприменения [1, с. 133]. В зависимости от варианта осмысле-

ния права это может быть разрыв между социальной практикой и нормой закона (позитивизм), нормой закона и нормой естественного права либо морали (юснатурализм), сложившимися обычаями и поведением отдельных индивидов либо государственной регламентацией того или иного вопроса (социологизм).

Неклассическая тенденция в праве также основана на ряде фундаментальных мировоззренческих предпосылок. Во-первых, это представление о мире (в том числе социальном) как фрагментарном, нелинейном, изменчивом образовании. Во-вторых, это тезис о невозможности полного и окончательного рационального охвата мира в целом (именно в силу его фрагментарности, нелинейности и изменчивости). В-третьих, отсюда вырастает неклассическое представление о праве как динамичном, процессуальном явлении, которое не является обособленным от мира Должным, но как часть мира находится с ним в непрерывной взаимосвязи, особенности и алгоритмы которой непрерывно меняются. *Соответственно задачей правоведа становится не конструирование интеллигibleного каркаса норм либо рациональное постижение такового, но попытка уловить эту изменчивую, динамичную «логику смысла» (Ж. Делез), согласно которой происходит разрыв правового мира и права как его составляющей.* В истории западной правовой мысли подобные идеи были высказаны в экзистенциальном (В. Майхофер, Дж. Кон, Э. Фехнер), герменевтическом (П. Рикер, Г.-Г. Гадамер, А. Кауфманн), коммуникативном (Ю. Хабермас, М. ван Хук), постструктуралистском (Ж. Деррида, М. Фуко, П. Шлаг) вариантах правопонимания.

На постсоветском пространстве такой подход к праву представлен в концепциях А.В. Полякова, И.Л. Честнова, А.В. Стовбы, а также ряда иных философов и теоретиков права (Ю.Е. Пермяков, С.И. Максимов, В.А. Четвернин, В.И. Павлов и др.). В противовес классическому статичному пониманию права как Должного, регулирующего сущий мир с неизменных позиций, совокупность указанных подходов может быть охарактеризована как динамическое правопонимание. Данный термин не призван обозначать новую единую школу, поскольку упомянутые авторы предлагают свои оригинальные варианты осмысления права. Это скорее маркировка тех онтологических и методологических предпосылок, которые являются общими для большинства указанных правоведов. Среди таковых можно назвать отрицательное отношение к реификации права, признание его социального характера и, самое главное, понимание права как динамического, процессуального явления – диалога (И.Л. Честнов), коммуникации (А.В. Поляков), события (А.В. Стомба) и др.

Так, А.В. Поляков, критикуя классические представления о праве, отмечает, что в случае как естественного, так и позитивного права оно предстает как феномен, не имеющий внутреннего, антропологического источника саморазвития, движения, и выступает «мертвым», абстрактным, «внешним» для субъекта правом, некоей априорной данностью или знаковым комплексом, оторванным от человека или его жизненного мира [2, с. 11]. Но все встает на свои места, если признать, что право представляет собой не абстрактную метафизическую идею, не априорную ценность, не символически-текстуальное (знаковое) предписание, за которым стоит чья-то «воля», а «живое» (целостное, развивающееся), социальное явление [2, с. 12]. В свою очередь, И.Л. Честнов считает, что исходя из диалогического подхода к онтологии права попытки полного его описания никогда не увенчаются успехом из-за неисчерпаемости (именно онтологической, а не гносеологической) любого более или менее сложного социального явления. Более перспективным представляется иной путь – рассмотрение права как самовоспроизводящегося социального механизма [3, с. 190]. В динамическом ключе право трактует и А.В. Стовба, мысля его в рамках онтологического и постонтологического различий (право как сущее, бытие права как модус существования этого сущего и «чистое» правовое бытие как притяжение между деянием и его правовыми последствиями) [1, с. 127–130].

В динамическом правопонимании не делается попытки определить *сущность* права как набор его «вечных и неизменных признаков», но право осмысляется в его «*существовании*», т. е. в бытии. Таким путем представители неклассической правовой мысли пытаются устранить тот фундаментальный разрыв между сущим и Должным, который безуспешно пыталось преодолеть классическое правоведение [1, с. 133–136]. Итогом этого является *принципиально новая неклассическая онтология права, когда последнее вместо абстрактно-реифицированного Должного превращается в динамическую конфигурацию правового смысла, которая сбывается в ходе коммуникации, диалога, события и пр.*¹

Разработка новой онтологии права неразрывно связана с новой методологией. В поисках методологических оснований общим для представителей динамического правопонимания является обращение к неклассической западной философии – экзистенциализму (А.А. Козловский, Ю.Е. Пермяков), фундаментальной онтологии (А.В. Стовба), феноменологии (А.В. Поляков, С.И. Максимов), постмодерну (В.И. Павлов, И.Л. Честнов) и др. Не секрет, что в среде консервативного класси-

¹ Новая онтология права требует обширного самостоятельного исследования. Примеры см. [1, 2, 4–6].

ческого (в нашей терминологии – статического) правопонимания такие методологические тенденции вызвали ряд критических замечаний – от сдержанно-осмотрительных (П.М. Рабинович) до резко категорических (Н.В. Варламова, В.В. Лапаева, И.Ю. Козлихин, А.М. Михайлов и др.). При этом самым общим и распространенным упреком является то, что обращение правоведов к неклассической философской методологии и переосмысление права в соответствующих координатах не дает никакого смыслового прироста, являясь, по выражению И.Ю. Козлихина, «терминологическим переодеванием» давно известных истин. Далее попробуем рассмотреть, насколько оправданны подобные выпады.

По меткому замечанию И.Л. Честнова, действительно новое в праве – это новизна концептуального уровня, т. е. изменение онтологии и методологии соответствующей дисциплины (в нашем случае – права) [4, с. 12]. Поскольку вопросы новой онтологии права уже были вкратце рассмотрены, то подробнее остановимся на анализе принципиальной новизны той методологии права, которая предлагается правовой неклассикой.

Как известно, в классической философии методология понималась как совокупность логических правил, следуя которым можно избежать ошибок и прийти к правильным результатам. Именно такое понимание метода демонстрирует в работах родоначальник методологии Нового времени Р. Декарт. В «Рассуждениях о методе» он прямо указывает, что его «правила для руководства ума» являются не чем иным, как правилами мышления, к которым можно редуцировать все многообразие логических законов [7, с. 79].

Тот, кто осуществляет такое мышление, является трансцендентальным субъектом, который, существуя как бы «по ту сторону» времени и пространства, с безопасной трансцендентальной дистанции созерцает эмпирический, временной объект. Допущение подобной позиции субъекта стало началом теории (в том числе теории права) в собственном смысле слова. Как известно, данное слово переводится как божественное созерцание. В греческом театре так обозначалось место, откуда зритель мог окинуть взглядом всю сцену. Соответственно в классическом познании это установка, которая не оставляет «слепых пятен» в исследуемом объекте для того, кто находится в ней.

Именно подобные постулаты и стали исходными для классической методологии права. Классическая теория права (а неклассической теории в собственном смысле слова и быть не может) полагает, что исследователь (субъект), созерцая право (объект), благодаря сохранению критической дистанции может создать его всестороннее и непротиворечивое описание, которое, в свою очередь, служит теоретической основой для последующего воздействия на этот объект в ходе практики.

Следовательно методология классической теории права базируется на следующих положениях: разделении субъекта и объекта, допущении возможности полного и непротиворечивого постижения объекта в ходе его рационального созерцания субъектом, понимании истины как соответствия субъективных представлений об объекте самому этому объекту.

Переходя к изложению особенностей неклассической методологии права, отметим, что они обусловлены в первую очередь спецификой ее предмета. Как уже было сказано, в отличие от классической теории права, предметом которой является право как статичное, вневременное Должное, правовая неклассика стремится выявить право в его бытии. Иными словами, неклассическая философия права задается вопросами о том, как существует это Должное и каков способ его бытия? Поскольку горизонтом бытия является время, в игру вводится временное измерение, которое принципиально иррелевантно для классического правоведения. При подобном подходе дихотомия должного и сущего оказывается мнимой, ведь право с точки зрения неклассики является частью социального мира, а сущее и должное онтологически совпадают (например, на уровне правовой коммуникации либо конкретных участников правоотношений) [1, с. 116, 133–136]. *Следовательно методологической задачей неклассического правового мышления является не догматическое следование логическим правилам, но попытка разработать некие мыслительные приемы (онтологические метафоры), которые бы позволяли эксплицировать право в его бытии.* Разработка таких приемов, в свою очередь, требует нахождения правоведа в гуще той правовой реальности, которую он стремится осмыслить. При этом процесс осмысления права является одновременно одной из разновидностей механизма его воспроизводства. Иными словами, неклассическое осмысление права не отделено от самого процесса сбывания, осуществления права. Оно является одной из тех нитей, которые «сшивают» разрозненные составляющие правовой реальности (институты, нормы, действия и пр.) в нечто целое. Среди подобных онтологических метафор постсоветской неклассической философии права можно выделить «правовую коммуникацию» А.В. Полякова, «правовой диалог» И.Л. Честнова, «правовое событие» А.В. Стовбы.

Так, по утверждению А.В. Полякова, право есть коммуникативная нерасчлененная целостность [2, с. 42]. Оно существует как становящееся право, находящееся в постоянной динамике текстуально-информационного и энергийно-поведенческого взаимодействия. То, как мы понимаем право, споры по поводу права, согласование различных правовых позиций и представлений, борьба за право – все это коммуникативные процессы, обеспечивающие жизнь права и его развитие [2, с. 19]. В свою очередь, И.Л. Честнов указывает, что право – это текст (в постструктуралистской трактовке этого термина), создаваемый человеком и вос-

производимый действиями и ментальными представлениями людей. Право не есть статичная структура, редуцируемая к безличностному индивиду, воле законодателя либо основной норме, но процесс воспроизведения правовой реальности [4, с. 13]. Такой процесс осуществляется в форме диалога как взаимообусловленности противоположных моментов социальных дихотомий (должное – сущее, идеальное – материальное и пр.), проявляющейся во взаимодействии между конкретными людьми [4, с. 14]. В концепции темпоральной онтологии права А.В. Стовбы право предстает как вызванное деянием человека и констелляцией бытия правовое событие, которое порождает правовое бытие как «тягу» между совершенным деянием и его правовыми последствиями, вследствие чего все сущее, вовлеченное в такое событие, становится правовым, обретает правовой модус бытия (доказательство, орудие преступления, предмет спора и пр.) [1, с. 128].

Следовательно можно констатировать, что упреки представителей классического правоведения в адрес правовой неклассики абсолютно беспочвенны. Классическая теория права, базирующаяся на разделении права как Должного и социальной действительности как сущего в аспекте онтологии и разделении субъекта и объекта в аспекте методологии, оказывается не в состоянии объяснить, каким образом реально существует право как Должное и как возможно познать право в его бытии. Поскольку для представителей классического (статического) правопонимания вследствие упомянутых причин бытие права является принципиально сокрытым, необходим переход к новой динамической онтологии права, в которой право предстанет не как статичное Должное, но как подвижный процесс бытия права – диалог, коммуникация, событие и т. д. В силу невозможности разработки подобной онтологии в рамках традиционной методологии (логико-понятийных правил мышления) представителями динамического правопонимания и был осуществлен переход к неклассической методологии как конструированию тех онтологических метафор, с помощью которых становится возможным осмыслить право в его бытии. Представляется, что дальнейшие методологические перспективы правоведения напрямую зависят от развития своеобразной правовой чувствительности (по аналогии с чувствительностью постмодернистской), которая лишь может дать возможность правоведам уловить динамику изменчивой правовой реальности, создавая все более утонченные онтологические метафоры в попытках ее осмысления.

1. Неклассическая философия права: вопросы и ответы : коллектив. моногр. / С.И. Максимов [и др.] ; под ред. А.В. Стовбы. Харьков : Б-ка междунар. журн. «Проблемы философии права», 2013.

2. Поляков А.В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // Рос. ежегодник теории права. 2008. № 1.
3. Честнов И.Л. Постклассическое правопонимание. Краснодар : Краснодар. ун-т МВД России, 2010.
4. Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб. : Изд. дом «Алеф-пресс», 2012.
5. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков : Право, 2002.
6. Пермяков Ю.Е. Основания права. Самара : Юниверс-груп, 2003.
7. Декарт Р. Разыскание истины. СПб. : Азбука, 2000.

УДК 340.1

М.В. Антонов, заведующий кафедрой теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук, доцент

СИСТЕМАТИЗАЦИЯ ПРАВА: В ПОИСКАХ ЭФФЕКТИВНОСТИ

Систематизация права может мыслиться двояко. С одной стороны, речь может идти о значении, привычном для советских и постсоветских юристов (термин употребляется не для демонстрации пренебрежительного отношения к уровню современной науки права в бывших странах СССР, но для совокупного обозначения правовых доктрин России, Беларуси, Украины, Казахстана и других стран, которые объединяет общая методологическая основа), – деятельности по упорядочиванию нормативно-правового материала (инкорпорация, кодификация, консолидация). С другой стороны, в качестве систематизации может пониматься деятельность представителей юридической доктрины по описанию правовой действительности и правового порядка как целостных, системных образований, для чего и употребляются соответственно термины «система права» и «система законодательства». В данной статье мы разберем теоретические основы и возможные пути систематизации права в обоих из указанных значений.

В первом аспекте выделяются систематизация права, понимаемая как постоянная форма развития и упорядочения действующей правовой системы, и систематизация законодательства (нормативных правовых актов), т. е. деятельность по упорядочению нормативных актов, приведению их в консолидированную, согласованную систему.

В обоих случаях моделью для упорядочивания правового материала выступает образ целостной системы, инкорпорирующей в себя либо все действующие нормативные правовые акты данного правового порядка (система законодательства), либо все элементы правовой действительности (система права). К примеру, С.С. Алексеев считает, что «праву свойственна нормативность особого качества. Она выражена в целостной регулирующей нормативной системе, пронизанной единым духом – принципами, общими положениями, главное же, едиными на каждом участке, общими регулятивными началами, единым порядком, как правило, особым политическим режимом» [1, с. 88]. Этот автор видел в праве логическую систему, соответствующую нормам и требованиям формальной логики. «Оно как нормативное образование призвано выступать в общественной жизни в виде логически стройной и законченной, непротиворечивой и последовательной системы норм, принципов, институтов и отраслей» [2, с. 59]. Ошибочность этого и подобных утверждений, которыми пестрят советские и постсоветские научные работы по теории права, мы детально разобрали в другой статье [3].

Насколько этот системный образ адекватен реальности права? То, что эти идеальные модели в европейской правовой традиции с XIX в. оказывают влияние на деятельность юристов и парламентариев по созданию кодексов, претендующих на всеобъемлющее регулирование, не вызывает сомнений [4, с. 450–454; 5, с. 135–148]. Вместе с тем редко упорядочивание (систематизация) осуществляется на уровне всего правового порядка – чаще всего она происходит на уровне отдельных блоков нормативного материала (отраслевые, институциональные аспекты организации этого материала). И здесь обнаруживается расхождение между идеалом (создание полной и непротиворечивой системы всех норм правового порядка) и практической деятельностью по реализации этого идеала (создание кодексов, организующих в нормативные множества только отдельные фрагменты правового порядка). При этом предполагается, что каждый вводимый в действие кодекс (понимаемый в логическом аспекте как множество норм, упорядоченных в рамках одного нормативного правового акта) гармонично встраивается в правовой порядок благодаря системным свойствам (системности) права. Представляется, что более эффективным будет рассматривать систематизацию не в таком холистском, а в частичных аспектах, в ракурсе построения нормативных множеств (систем) применительно к отдельно взятым типичным юридически значимым ситуациям [6, с. 7–13]. Это мнение мы далее обоснуем со ссылкой на теорию нормативных систем К.Э. Альчуррона и Е.В. Булыгина [7].

Во втором из названных аспектов советская и постсоветская теоретическая юриспруденция исходит из выделения предмета и метода правового регулирования как критериев деления явлений правовой действительности по группам (отраслям, институтам и пр.), т. е. построения системы права. Под влиянием объективистских установок марксистско-ленинской философии (вспомним, к примеру, высказывание К. Маркса о том, что «законодательная власть не создает закона, — она лишь открывает и формирует его» [8, с. 285]) в юриспруденции советского времени возникло убеждение в том, что структурные деления в праве имеют объективное основание в типологии общественных отношений и способов их юридической регламентации. Но этот подход, сформулированный в 30-х гг. XX в. на основе очевидных идеологических посылок, не позволяет адекватно отразить реальное строение системы права, поскольку под видом объективных закономерностей деления правового материала вводит субъективные критерии (специфика общественных отношений, особенности сочетания методов правового регулирования).

На порочность подобных экспликативных схем мы обратили внимание в другой работе [9, с. 4–43]. Здесь же попробуем задаться вопросом о том, каковы альтернативы советской предметно-методной концепции структурирования права. Если отвергать эту концепцию, то следует предложить ей на смену другую парадигму, которая способна дать правоведам и юридическому сообществу иные, чем предмет и метод правового регулирования, координаты для проведения делений в праве. В качестве такой альтернативы может использоваться широко известная в западной правовой науке теория нормативных систем, где деления в праве анализируются с помощью методов деонтической логики.

Проблематика нормативных множеств в позитивном праве, способов их формирования, разграничения, развития, консолидации кажется сугубо логической и не принадлежащей к миру юриспруденции только на первый взгляд. На проверку оказывается, что структурирование права в целом (правовая действительность) и нормативно-правового материала в частности (создание кодексов, формирование отраслей законодательства и пр.) основано на конвенции юридического сообщества, что качество проводимых делений и систематизаций зависит от уровня развития юридической техники и, несомненно, от личностного вклада юристов. (О важности антропологического измерения таких признаков права, как нормативность и целостность, см. [10, с. 556–564; 11, с. 127–159; 12, с. 31–61; 13, с. 473–497; 14].) Но предположение о конвенциональности доктринальных делений не означает их произвольности: тут на помощь юристам может прийти деонтическая логика, применимость

которой к проблемам юриспруденции неоднократно демонстрировал знаменитый Г.Х. фон Вригт.

Применение к вопросу о систематизации права (в обоих смыслах) методов деонтической логики позволяет найти более внятные критерии выделения нормативно-правовых множеств. В частности, методы логического исчисления следствий правовых норм применительно к регулируемым правом типичным социальным ситуациям способны предоставить в распоряжение исследователя методiku анализа избыточности, пробельности или противоречивости правового регулирования на том или ином участке общественных отношений. Теория нормативных систем показывает, что структурирование объективного права можно осуществлять не дедуктивно (выбирая в качестве критерия типаж социальных отношений или особенности регулирования, что неизбежно приводит к субъективизму), а индуктивно – путем анализа социальных ситуаций, модели поведения в которых закрепляются позитивно-правовыми нормами. Сравнительный анализ логических следствий из применения норм к этим ситуациям вкупе с сопоставлением юридически релевантных признаков социальных ситуаций и их решений (алгоритмов должного поведения) между собой позволяет индуктивно формировать логические сочетания нормативных множеств как базу для дальнейшего деления объективного права. Теория нормативных систем дает возможность также отделить ситуации пробелов как логических дефектов правовых установлений от тех случаев, когда к пробельности права апеллируют для того, чтобы показать свое несогласие с ценностным выбором, сделанным законодателем в пользу той или иной модели регулирования.

К нормативным множествам с точки зрения теории нормативных систем можно отнести любую группу норм (нормативных высказываний, предложений, предписаний), которая регламентирует ту или иную типичную практическую ситуацию и имеет один и тот же набор логических следствий. Важной представляется разработка алгоритма оценки правовых текстов с точки зрения деонтико-логических дефектов (пробельность, избыточность, противоречивость), включая матрицы оценки (описание случаев, решений, следствий с помощью таблиц и схем деонтической логики). Далее, если сконструированы исходные матрицы для анализа нормативных множеств на наличие названных логических дефектов, появляется возможность сравнить (юридически) релевантные свойства каждой урегулированной правом типичной социальной ситуации с такими же свойствами других ситуаций. Подобный анализ ведет к логической группировке нормативных множеств в праве, позволяя делить объективное право с помощью приемов, альтернативных приемам, используемым в советской и

постсоветской юриспруденции (где, как указывалось, принято проводить деление позитивно-правового материала при помощи категорий «предмет» и «метод» правового регулирования). Такая логическая группировка не обязательно должна заменить предметно-методную или иную классификацию, принятую юридическим сообществом и (или) закреплённую в позитивном праве (наподобие Общеправового классификатора отраслей законодательства в России), но может послужить для критики и предложений по совершенствованию таких схем. Данный подход открывает перспективу для изучения возможных логических критериев структуризации (систематизации, упорядочивания) нормативно-правового материала, разработки элементарных единиц структуризации (нормативных множеств) и способов их возможной дальнейшей группировки.

Если посмотреть на право в перспективе теории нормативных систем, то в качестве исходной точки для структурирования нормативно-правового материала могут использоваться логические следствия, которые вытекают из того или иного правового положения. Формируемое такими следствиями логическое множество ситуаций может быть представлено как первичная матрица, на которой может быть проверена непротиворечивость, полнота и избыточность правового регулирования данного вопроса. Возможно установить следующие элементы нормативного множества:

универсум свойств, т. е. критерии релевантности, которым конкретная правовая норма придает юридическое значение при решении правовых споров по той или иной категории дел (неосведомленность приобретателя о порочности титула, возмездность приобретения по делам о виндикации у добросовестного приобретателя и пр.);

универсум действий, т. е. модели должного поведения соответствующих акторов (принятие разумных мер предосторожности при проверке титула собственности, личности контрагента и пр.);

универсум случаев, т. е. возможные типичные фактические ситуации, которые могут сложиться по таким делам (передача с оплатой, через обмен, с зачетом встречных требований, передача недвижимости, вещей, определяемых индивидуальными или родовыми признаками, и пр.);

универсум решений, возможные решения таких ситуаций с учетом закреплённой в правовой норме модели и критериев релевантности (оставление вещи при возмездности и добросовестности приобретателя, возврат при их отсутствии, решение при наличии добросовестности и безвозмездности и пр.).

В рамках такой матрицы можно выстроить первичную нормативную систему, проанализировать правовое регулирование в перспективе деонтико-логических свойств (непротиворечивость, беспробельность, неиз-

быточность) и тем самым частично систематизировать нормы, регулирующие данный участок общественных отношений. В таком ракурсе систематизацией может заниматься любой правовед, любой участник правового порядка. Другое дело, что не всякие результаты подобной систематизации будут иметь нормативный характер (а только те из них, которым подобный характер атрибутируется действующими правовыми установлениями).

Идея частичной систематизации, предложенная в «Нормативных системах», выглядит более состоятельной, чем идеал полной и целостной системы права, берущий свои истоки в рационалистической философии Просвещения (хотя этот идеал и играл важную функцию в правотворческой деятельности, но это еще не доказывает его научность). Систематизация как упорядочивание может вестись не с целью создания идеального всеобъемлющего кодекса, но для облегчения работы практикующих юристов по поиску норм, применимых к тому или иному случаю, определяемому родовыми признаками; проводиться самими этими юристами. Такая систематизация позволит выявить все применимые к тому или иному случаю нормы, из чего будет легче увидеть возможные коллизии между ними, пересечение избыточных норм или пробелы.

Ценность кодекса обычно ассоциируется не с полнотой собранного в нем нормативного материала и всеобъемлемостью регулирования той или иной социальной сферы (комплексное, целостное регулирование общественных отношений – задача вообще трудно выполнимая, поскольку ни одна совокупность норм не способна урегулировать заранее все возможные ситуации в том или ином сегменте социальных связей), а с наличием в кодексах правовых принципов, с помощью которых судьи и иные правоприменители смогут заполнять пробелы. Но эти две задачи – систематизация нормативного материала и формулирование принципов – не являются необходимо взаимодополняющими и могут реализовываться по отдельности. К тому же в реальности правовые принципы практически всегда формулируются (по меньшей мере определяется их конкретное содержание) судьями, тогда как (пере)структурирование нормативного материала остается преимущественно задачей законодателя и (или) представителей юридической доктрины.

Для иллюстрации данной проблематики позволим себе процитировать крупнейшего российского правоведа Н.М. Коркунова: «В противоположность обыденному воззрению юрист не рассматривает каждый отдельный юридический казус как одно целое. Он, напротив, всегда разлагает представляющийся ему практический вопрос на составные элементы, устанавливая сначала распознавание, диагноз каждого отдельного элемента, и затем уже давая решение вопроса так, как он стано-

вится практикой, основывая это решение на совокупности диагнозов, составляющих этот случай элементов. В силу этого там, где не-юрист видит один нераздельный вопрос, допускающий только категорическое решение в положительном или отрицательном смысле, юрист нередко видит целый ряд отдельных вопросов, допускающих каждый самостоятельное решение. В отношении к отдельному практическому случаю такое аналитическое его разложение может естественно показаться лишь напрасным усложнением и запутыванием вопроса. Но если, не ограничиваясь отдельным случаем, мы примем во внимание бесконечный ряд разнообразных случаев, представляемых юридической практикой, то мы поймем, что юридический анализ не запутывает, не усложняет разрешения отдельных случаев, а, напротив, чрезвычайно его упрощает. Дело в том, что посредством такого аналитического разложения мы сводим все бесконечное разнообразие юридических казусов, встречающихся в жизни, к различным комбинациям небольшого числа все одних и тех же основных элементов. Таким образом, изучением этих элементов мы заменяем изучение всего этого пестрого разнообразия возможных казусов» [15, с. 444–445].

В этом смысле нормативные множества, образованные из норм, имеющих общие логические следствия в определенных нормах типичных социальных ситуациях, могут быть представлены как основные структурные элементы позитивного права. В качестве таких элементов в советской и постсоветской юриспруденции обычно рассматриваются правовые нормы, но они не представлены в качестве исходных данностей в юридических текстах и, как показал Г. Кельзен, должны быть сперва мысленно сконструированы юристами на основе таких текстов. Напомним, что учение Г. Кельзена о динамическом характере права предполагало рассмотрение правопорядка не как совокупности статичных правовых норм, а как многоуровневой самоорганизующейся нормативной системы, где содержание правовой нормы формулируется и раскрывается в процессе ее применения. В качестве концептуальной основы учения о динамическом устройстве правового порядка выступает идея о способности права создавать и уничтожать себя через самореферентную структуру связей между правовыми нормами. В этой перспективе создание права представляется как последовательная индивидуализация и конкретизация правовых норм: общие правовые нормы (законодательные предписания) конкретизируют свое содержание применительно к отдельным ситуациям через индивидуальные правовые нормы (судебные и правоприменительные акты), сделки, акты использования права.

Если мы рассматриваем норму как логическую конструкцию (не в смысле элемента правового текста, т. е. нормы как статьи закона, –

в этом значении термин чаще всего употребляется в постсоветской юриспруденции), то она предстает как результат мысленного синтеза юристами различных частей правовых текстов, но не как исходная данность права. Если же мы берем в качестве такой исходной данности нормативное множество, то его можно рассматривать как совокупность логических следствий, которые вытекают из той или иной юридически значимой ситуации и урегулированы (в той или иной степени) правом. В этом отношении можно частично согласиться с С.С. Алексеевым, хотя обоснованность его силлогистического образа права и вызывает вопросы. Он писал, что «позитивное право по своему юридическому содержанию может быть охарактеризовано в качестве обители формальной логики. Самая элементарная, первичная клеточка бытия позитивного права, целеустремленного... на решение жизненной ситуации (дела), в практической жизни людей уже представляет собой логический силлогизм, в котором большой посылкой является юридическая норма (формально конституированная или субъективно представляемая), малой – данный жизненный случай, заключением – властное, юридически значимое решение» [2, с. 178].

Разумеется, с методологической точки зрения такое исследование требует предварительного определения границ возможного применения деонтической логики при конструировании и описании нормативных множеств. Применение логики к анализу объективного права представляет собой серьезную концептуальную проблему. На невозможности такого применения настаивали ведущие современные представители различных типов правопонимания: Г. Кельзен, Р. Паунд, К. Ллевеллин и др. Правовые предписания, как правило, связаны с волей создающих их субъектов, но такая воля не обязательно должна следовать законам логики. Право не может быть сведено исключительно к логике и тем более только к формальной логике. Но названный аргумент не препятствует тому, чтобы оценивать качество работы законодателя или правоприменителя с точки зрения логики. Именно для этого и может понадобиться разработка логического инструментария для анализа правовых текстов. Если согласиться с невозможностью решить все вопросы правового регулирования с помощью логики норм, то выделение той части этих проблем, где методы деонтической логики могут вскрыть дефекты нормативно-правового материала, является важной и актуальной задачей современного правоведения.

Несмотря на ряд интересных работ в области логического анализа права и логики норм, комплексный анализ данной методологической основы правовых исследований в советской и постсоветской юридической догматике пока не проведен. Исследования А.А. Ивина и его школы касались преимущественно общеметодологических проблем

логики норм и ее места в исследовании правовых явлений. Исследования В.О. Лобовикова и других философов, пытающихся применить математические модели при анализе правового материала, не способны адекватно отразить деонтическую составляющую права, да и не ставят перед собой такую задачу. Многочисленные исследования системности права, механизма правового регулирования, оценки качества законодательства, юридической техники хотя и ведутся в том же направлении, предполагают несколько иной арсенал научных методов [16, с. 147–151].

Отдельные работы советских и постсоветских авторов посвящены разбору приемов формальной логики при расследовании дел, судебном доказывании и прочих областях правовой жизни. Логические модели обоснования в праве исследовались в трудах Е.Н. Лисанюк, аргументация и топика юридического процесса – в работах А.К. Соболевой. Идеи, аналогичные теории нормативных систем, выдвигались советскими правоведами. В частности, С.С. Алексеев небезосновательно полагал, что регулятивную функцию выполняют не столько нормы права, сколько их конгломераты, что первичными единицами системы права являются именно эти регулирующие нормативные комплексы, а «структура таких комплексов на микроуровне воспроизводит структуру правовой системы в целом» [1, с. 8].

Из основной гипотезы теории нормативных систем (о том, что объективное право может быть с учетом известных ограничений описано через категории деонтической логики) вытекает производная гипотеза, которая состоит в том, что различные комбинации деонтических операторов применительно к различным наборам правовых норм позволяют вычленить элементарные нормативные множества. Эти нормативные множества (или нормативные системы – в рамках выбранного подхода данное терминологическое различие не значимо) могут далее структурироваться в еще более масштабные логические группы. Выбор критериев структуриации при этом остается конвенциональным, т. е. зависящим от согласия сообщества юристов, правоведов. Корректность структуриации множеств может быть проверена методами логики (на предмет полноты, избыточности, непротиворечивости) путем составления таблиц соответствия, в которых каждое множество норм рассматривается сквозь призму способности логически корректно (полно, избыточно и непротиворечиво) решить, урегулировать конкретную типичную жизненную ситуацию.

Такая логическая операция, которая может быть доведена до уровня институтов, отраслей, общностей (частное и публичное) каждого национального правопорядка, дает инструмент для верификации обоснованности вводимых представителями юридической доктрины делений (выделение новых отраслей, институтов и пр.). Эта верификация не

является абсолютной, поскольку доктринальные деления остаются результатом конвенции научного сообщества. Но такая конвенция может оказаться более логически выверенной, если наряду с весом научных авторитетов, школ и доктрин будут приниматься во внимание и выводы о логической состоятельности вводимых делений. Особый интерес данный подход может представлять для анализа и систематизации судебной практики разрешения отдельных категорий дел в связи с формирующейся в арбитражном судопроизводстве концепцией судебного прецедента в России. Ценные выводы могут быть получены также применительно к критериям рубрикации и упорядочивания правовых текстов в электронных базах правовых данных (компьютеризированных информационно-справочных системах), при систематизации судебной и иной правоприменительной практики с помощью названных приемов (деонтико-логический анализ юридически значимых ситуаций, нормативных способов их решения и логических следствий, которые такие решения влекут). В данной перспективе может быть проанализирована правовая традиция [17] и другие неформализованные участки права.

Использование в постсоветской юриспруденции упомянутых выше методов аналитической философии права, известных и широко распространенных в западной теории права, дает возможность для сближения с западной правовой наукой [18, с. 237–247]. Эти идеи могут стать теоретическим фундаментом для разработки более реалистичных концепций упорядочивания правового материала, чем распространенные представления о предмете и методе правового регулирования. В перспективе компаративистских исследований анализ российского (белорусского, украинского и т. д.) права с точки зрения критериев и методов деонтической логики создает основу для сравнительно-правового анализа правового регулирования отдельных сфер социальной действительности в разных странах. Подобное исследование позволяет увести дискуссию о российском (белорусском, украинском и т. д.) праве в мировой компаративистике от идеологических клише и стереотипов, созданных советологами, и сосредоточить внимание исследователей на сходствах и различиях приемов юридической техники.

Помимо более выверенных критериев деления нормативных множеств на группы и анализа логической последовательности правового регулирования данный подход позволяет по-новому взглянуть на само объективное право, которое советскими и постсоветскими теоретиками часто описывается с применением категории системности без критического выделения различных ее аспектов, поскольку логическая, социальная, философская и иные системы не являются тождественными друг другу и их применение для описания объективного права приво-

дит к совершенно разным концептуальным результатам. Применение деонтической логики при структурировании и описании объективного права способно снять риск ошибочных обобщений и выводов в результате полисемантизма термина «система».

С одной стороны, понимание того, что только логическая (но не обязательно нормативная, правовая) система необходимо является закрытой, полной и беспробельной (иначе она уже не будет логической системой), дает возможность уйти от системных иллюзий при описании позитивного права. С другой стороны, любой правопорядок конструируется юристами исходя из идеала системы (предполагается, что позитивное право должно быть логически полным и непротиворечивым, последовательно замкнутым на признаваемые тем или иным правопорядком источники права), в связи с чем формулируются общеправовые принципы (правила замыкания) и коллизионные правила. Именно в этой перспективе можно объяснить претензию каждого правопорядка на закрытость (в смысле независимости правового регулирования от внешних факторов – других нормативных регуляторов, иностранного или международного влияния). С этой точки зрения может быть лучше осмыслено одно из ключевых понятий государственного суверенитета, которое прежде всего указывает на независимость правопорядка (в смысле логической самостоятельности процессов образования и применения права), но которое иногда некритически применяется для характеристики фактической независимости государства от внешних и внутренних сил.

В области практической юридической деятельности результаты исследования могут стать значимыми при систематизации (в первую очередь кодификации) права. Также введение логических критериев неизбыточности, непротиворечивости и беспробельности права позволит правотворческим органам более корректно осуществлять законодательное регулирование, на основе логических критериев вычленив соответствующие участки социальных отношений, требующих нормативной регламентации. (О проблемах, связанных с недостаточным методологическим обоснованием систематизации российского уголовного права, см. [19, с. 20–36].) Результаты исследования могут стать интересными и значимыми для судопроизводства, особенно по делам, связанным с оспариванием нормативных правовых актов (прежде всего конституционное судопроизводство), и по тем категориям дел, когда перед судьей встает выбор между несколькими применимыми к рассматриваемому делу коллидирующими нормами права. Решая вопрос о следовании ранее сформированной судебной практике (так называемому прецедентному праву в России) в виде руководящих разъяснений

высших инстанций, обзоров судебной практики или постановления Высшего арбитражного суда Российской Федерации по конкретному делу, суд получит возможность более четко просчитать сходства и отличия между случаями, описываемыми в прецедентных делах, и рассматриваемым им делом, сравнить логические следствия из различных прецедентов и вывести из них правило для рассматриваемого дела (либо прийти к невозможности такого вывода). Но что самое важное, суд сможет более корректно сформулировать само правило поведения (алгоритм должных действий в абстрактной ситуации), которое в акте высшей судебной инстанции может носить расплывчатый характер, определять релевантные свойства для отдельных областей регулирования (устанавливать принципы права) и за счет этого устранять (преодолевать) логические дефекты правового регулирования при разрешении конкретных дел.

1. Алексеев С.С. Теория права. М. : БЕК, 1994.
2. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия : Опыт комплексного исследования. М. : Статут, 1999.
3. Антонов М.В. О системности права и «системных» понятиях в правоведе-нии // Изв. высш. учеб. заведений. Правоведение. 2013. № 5.
4. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики : монография. М. : Юрлитинформ, 2012.
5. Аарньо А. Систематизация и интерпретация законов // Проблеми філософії права. 2006–2007. Т. IV–V.
6. Булыгин Е.В. К проблеме объективности права // Проблеми філософії права. 2005. Т. III, № 1–2.
7. Альчуррон К.Э., Булыгин Е.В. Нормативные системы / пер. с англ. М.В. Антонова // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. СПб. : Изд. дом СПбГУ, 2013.
8. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1.
9. Антонов М.В., Лисанюк Е.Н. Нормативные системы в теории права и логике норм // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. СПб. : Изд. дом СПбГУ, 2013.
10. Павлов В.И. Конструкция нормы права в контексте антропологического типа правопонимания // Юрид. техника. 2013. № 7, ч. 2.
11. Стомба А.В. Темпоральная онтология права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы / под ред. А.В. Стовбы. Харьков, 2013.
12. Максимов С.И. Концепция правовой реальности // Неклассическая философия права: вопросы и ответы / под ред. А.В. Стовбы. Харьков, 2013.
13. Александров А.С. Диспозитив доказывания и аргументация в уголовном судопроизводстве // Рос. ежегодник теории права. 2008. № 1.
14. Честнов И.Л. Постклассическое правопонимание : монография. СПб. : Алеф-Пресс, 2012.
15. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. М. : РОССПЭН, 2010.

16. Василевич Г.А. Конституционность как важнейшее условие качества нормативных актов // Проблемы упр. 2010. № 1.

17. Сатохина Н.И. Правовая традиция как нормативная система: герменевтический подход // Философия права и ответственность государства / под ред. С.И. Дудника, И.Д. Осипова. СПб. : Изд. дом СПбГУ, 2012.

18. Антонов М.В., Лисанюк Е.Н., Перов В.Ю. Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике // Изв. высш. учеб. заведений. Правоведение. 2011. № 5.

19. Бойко А.И. Предусловия систематизации уголовного законодательства // Б-ка криминалиста. 2013. № 6.

УДК 340.12

С.А. Калинин, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Белорусского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент

МИРОСИСТЕМНЫЙ АНАЛИЗ КАК МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД В ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Методологической особенностью любого познания является установление применительно к поставленным проблемам исходной точки для анализа, определение базовой методологии научного исследования, идеалов и норм познания, философских оснований науки, которые определяют дальнейший единый вектор для производных методов, принципов и стереотипов познания. На наш взгляд, адекватной объединяющей концепцией, позволяющей изучать взятые в глобальном контексте проблемы государства и права, является миросистемный анализ (World-Systems Research).

Фактически миросистемный анализ, изучающий реальность с позиций глобальности, историчности, монодисциплинарности и холизма, можно рассматривать как теорию геоисторических изменений и метадисциплинарную альтернативу традиционным социальным наукам [1]. Это позволяет в глобальной перспективе связать воедино географические факторы, длительные исторические процессы и порожденные ими структуры, преодолеть разрыв субъекта и объекта, индивида и общества, человека и объективной реальности. При этом особенностью данного подхода является подчеркиваемый экономизм, позволяющий связывать доминирующий тип производства с организацией публичной власти, социальными структурами, нормирующими институтами и ценностями. При дисциплинарном рассмотрении эта связь в силу огра-

ниченного количества параметров, как правило, не проявляется и не осмысливается.

В силу *глобальности* исходным объектом анализа выступает миросистема (world-system¹), т. е. проходящий определенные стадии развития пространственно-временной континуум, охватывающий объединенные общими идеями и ценностями политические и культурные элементы, которые невозможно рассматривать по отдельности, понимающий себя в качестве всего мира, даже не будучи таким географически. В определенном смысле миросистемный анализ можно отождествить с цивилизационным подходом при рассмотрении государства в качестве составной и неотъемлемой части миросистемы.

Историчность (историческая длительность, протяженность) связывает факт либо суждение о нем с пространством и временем, вводя в предмет анализа проявляемые в видимых и выявляемых закономерностях временные отрезки бытия структур и процессов миросистемы. Так, Н.Д. Кондратьев ввел в научный оборот термин «конъюнктура», являющийся видом экономической динамики, отражающей процесс изменения экономических элементов и связей [3, с. 9–10]. Историчность позволяет рассматривать миросистему как историческую систему, т. е. долговременную крупномасштабную общность (целостность), характеризующуюся разделением труда, организующими принципами, институтами, культурными системами, внутренними противоречиями, относительной пространственно-временной автономией, обладающую качеством конечности. Конечность (ограниченность срока бытия) позволяет говорить о генезисе, развитии и упадке исторической системы, т. е. ее временной (исторической) траектории, что в принципе свойственно любому явлению. Историчность также проявляется в методологическом *принципе историко-размерности* изучаемого феномена, т. е. неразрывной связи феномена, социокультурного контекста, а также глубины исторической и иной перспективы, протяженность которых может давать корректные (в логике избранной концепции), но различные выводы.

Монодисциплинарность позволяет изучать целостность, не допуская ее разделения на самостоятельные, независимые и автономные экономическую, политическую и социокультурную сферы в силу их

¹ При использовании миросистемного анализа важно адекватное понимание терминов world-system, world-economy, world-empire без потери важных смысловых оттенков. World-economy передается двойственным образом – как «мир-экономика» и как «миро-экономика». В первом случае это часть мира или весь мир, являющиеся единым экономическим целым и, что не менее важно, где именно экономика является ведущей сферой общественной деятельности. «Мирозкономика» – это «мир-экономика», распространившийся географически на весь земной шар [2, с. 11].

тесного переплетения, взаимозависимости, взаимообусловленности процессов в миросистеме. *Холизм* ставит под сомнение границы между науками, требуя их переосмысления и, возможно, отказа от них [4, с. 168–171]. Данные термины следует рассматривать синонимичными термину «междисциплинарность». Именно этим миросистеный анализ близок к стратегическому менеджменту и управлению.

Миросистема как целостность является относительно автономной от внешних сил и самоорганизуемой (саморегулируемой) *системой*, способы функционирования которой объяснимы в основном с позиции ее внутренней динамики и исторически изменяющихся характеристик. Распространение на миросистему признаков *открытой* системы позволяет рассматривать этот подход в качестве направления системного анализа. Изучение миросистемы как целостности позволяет *одновременно* учитывать ее отражающие параметры и процессы цикличности и линейности, закономерности и уникальности, структурности и функциональности, взятые в конкретном социокультурном и историческом измерениях, в рамках которых в миросистеме происходит восстановление, развитие и преодоление имеющихся противоречий. Однако историчность и линейные необратимые процессы (изменение технологий и т. д.) не допускают возврата в исходную точку равновесия, что за счет придания циклу линейного вектора приводит к спиральному перспективному развитию. Одновременно процессы и соответствующие им циклы находятся в рамках долгосрочных тенденций и уникальных фактов (природные явления и т. д.), аксиоматически задающих их параметры (Кондратьевские циклы, климатические и иные факторы), порождая уникальность сочетания бытия конкретных феноменов в рамках повторяющихся регулярностей. Это позволяет согласовывать идеографический (понятийный номинализм) и номотетический (исторические, универсализирующие абстракции) методологические подходы.

Развитие любой миросистемы осуществляется в целях преодоления заложенных в нее противоречий, соответствуя основным законам диалектики о единстве и борьбе противоположностей и о переходе количественных изменений в качественные. Преодоление таких противоречий осуществляется имеющимися в миросистеме политическими и культурными феноменами, в том числе за счет включения новых сфер и элементов. Например, христианство перевело идею воздаяния и справедливости на уровень загробной жизни, что, признавая Божественной сущность власти, снимало многие социальные противоречия (1 Петр. 2: 13–23, Рим. 13: 1–8). И лишь Реформация и последовавшее за ней развитие концепции договорного происхождения государства

обусловили мировоззренческую успешность бунтов, ставших революциями. Все это обуславливает необходимость выявления центрального противоречия конкретной миросистемы, объяснения его причин, следствий и проявлений в различных сферах социального бытия, а также экстраполяции его на бытие взятого в исторической длительности субъекта. Достижение базовыми противоречиями миросистемы своего максимума уже не позволяет преодолеть их за счет самоорганизации и саморегулирования в логике миросистемы. В результате миросистема приобретает качественную нестабильность (бифуркационность) и хаотичность, отражающиеся в периодических глобальных кризисах, включающих экономические кризисы и последующие войны, в том числе мировые, порождающие новый системный порядок (переход количества противоречий в новое качество системности) [2, с. 23, 95–97, 348–350, 401–404].

Легитимация миросистемы и интеграция ее структур осуществляются посредством геокультуры, т. е. определенного мировоззрения, включающего представления о человеке (антропология) и его ценностях (аксиология), входящих в культурологическую проблематику, имманентно задающего надлежащие стереотипы поведения индивидуальных и коллективных субъектов во всех сферах социальной жизни. При этом геокультура, в которой важно различать, с одной стороны, ценности и, с другой – цели и политику их реализации, также подчиняется определенным закономерностям зарождения, развития и упадка [4, с. 86–87, 148–154]. Отметим, что геокультура, обладающая качеством самовоспроизводства и стремлением к расширению, может рассматриваться и первичным элементом по отношению к реальности, так как фактически преобразует и формирует ее [5].

Таким образом, использование миросистемного анализа в качестве обобщающей концепции позволяет отражать предельные характеристики миросистемы и ее элементов, входящих в предмет юриспруденции; характеризовать долгосрочные аттрактивные тенденции, которые выводят систему из состояния равновесия; выявлять и анализировать бифуркационные процессы, способные непредсказуемо изменить всю систему; прогнозировать вариативное развитие социальных систем. При переходе на более конкретный уровень анализа данный подход позволяет учитывать с последующей экстраполяцией на бытие конкретного государства, в нашем случае Республики Беларусь, как собственно внутренние тенденции развития государства и права, так и внешние, непознаваемые с позиции государства и права, но прямо на них воздействующие феномены, параметры и процессы.

1. Фисун А.А. Мир-системный анализ как теория геоисторических изменений // Библиотека Ихтика [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://ihtik.lib.ru/2011.06.10_ihtik_history/ (дата обращения: 01.09.2013).
2. Валлерстайн И. Анализ мировых систем и ситуация в современном мире / пер. с англ. П.М. Кудюкина ; под общ. ред. Б.Ю. Кагарлицкого. СПб. : Университет. КН., 2001.
3. Кондратьев Н.Д. Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения / Междунар. фонд Н.Д. Кондратьева [и др.]. М. : Экономика, 2002.
4. Валлерстайн И. Миросистемный анализ : введение / пер. с англ. Н. Тюкиной. М. : Территория будущего, 2006.
5. Ахромеева Т., Малинецкий Г., Посашков С. Современная экономика. Взгляд с позиций компьютерного моделирования и системного анализа // Журн. лич. и коллектив. безопасности. Безопасность Евразии. 2002. № 2 (8). [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://spkurdyumov.ru/economy/sovremennaya-ekonomika/> (дата обращения: 04.10.2013).

УДК 340.1

***В.И. Павлов**, начальник кафедры теории и истории государства и права Академии МВД Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент*

ГЕНЕАЛОГИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ ПРАВА: EFFECTUS И СХОЛАСТИКА В ЗАПАДНОЕВРОПЕЙСКОМ СРЕДНЕВЕКОВЬЕ

Главное в прояснении вопроса об эффективности права заключается в обращении внимания на саму постановку вопроса. Сегодня, когда право весьма динамично и подвижно, когда усложняющиеся социальные и антропологические практики только умножают область правовых отношений, когда техника многократно ускоряет эти процессы, вопрос об эффективности права является перед нами одновременно в положительном и отрицательном ключе. С одной стороны, мы должны установить параметры эффективности права как его действенности, действительности, осуществленности (энтелехии) в современной ситуации, для того чтобы понимать право с позиции функциональности: какое место занимает право в социальной онтологии и какую роль оно выполняет. С другой стороны, мы должны быть осторожны в отношении этих самых параметров, из-за того что они, будучи ведомы практиками вкупе с техникой через определенное задание эффективности, могут создавать эффект действенности права, однако при этом вуалировать реальную правовую инфляцию. Иными словами, эти два аспек-

та темы эффективности права сегодня актуализируют следующую исследовательскую задачу: перепроверку эффективности права путем ее деконструкции в смысле выхода за пределы классической концептуализации и пересмотр эффективности права за счет смещения эпистемологических границ.

Подлинная перепроверка эффективности права возможна только в горизонте проблемы правопонимания, ибо способ понимания права, как известно, задает координаты всех частных проблем правовой теории. Однако в данной статье мы не будем акцентировать внимание на связанности проблемы эффективности и определенной правовой концепции – это вопрос отдельного исследования и, признаться, вопрос сложный, поскольку он должен начинаться с различения классической и постклассической линий понимания эффективности права. Вместе с тем последнее невозможно без некоего изначального генеалогического исследования, в котором мы должны выявить историко-культурные связи и контексты, режимы и условия заданности рождения темы эффективности права.

Несмотря на тесную связь эффективности с целесообразностью и, разумеется, с учением Аристотеля о цели, генеалогические разыскания мы начнем со Средневековья. Как далее мы увидим, специфически рождение эффективности произошло от схоластического *effectus* за счет телеологии Стагирита, но и еще более за счет совершенно уникального историко-культурного содержания западноевропейской цивилизации эпохи Высокого Средневековья, которое во многом было обусловлено развитием западнохристианской, латинской традиции.

Впервые регистр *effectus* в специальном философском смысле вводится в оборот на средневековом Западе в недрах схоластики в XI–XII вв. Это семантическое ядро – *effectus* – для всей последующей традиции станет не просто основой понимания эффективности, а платформой особого способа отношения к миру, способа исчисления, расчета, обладания, технической манипуляции миром.

Интересно и симптоматично, что введение в оборот схоластами латинского *effectus* приходится на рассвет схоластики и осуществляется в момент наибольшего напряжения в отношениях христианского Запада с христианским Востоком по вопросам понимания базовых богословских понятий. Одно из главных мест в этом напряжении, как известно, занимает проблема *filioque*. Как Аристотель свою телеологию выводит из теологии, так и схоласты *effectus* используют в споре с восточными отцами по проблеме исхождения Святого Духа. В проблеме *filioque* ключевым моментом является проблема исхождения Божественных Энергий, Благодаря, т. е. по сути проблема понимания способа действия Бога в мире и спо-

соба восприятия Бога человеком. И здесь вновь обналичивается та цивилизационно-культурная разница, которая выражалась в восприятии античной традиции и ее языкового аппарата на христианском Западе и христианском Востоке в самом начале истории христианского мира, в частности в восприятии языка Аристотеля и обобщенной им греческой языковой традиции («Категории» Аристотеля). Равно как С. Бозций интерпретирует греческие понятия «сущность» (οὐσία), «ипостась» (υπόστασις) и «лицо» (πρόσωπον), пытаясь подыскать им адекватные латинские термины (substantia, persona)¹ и, тем не менее, упуская смысловые нюансы этих греческих понятий, таким же образом и схоласты в богословских спорах с восточными отцами пытались передать свое, как они думали, истинное видение понятий, которые изначально были фиксированы греческим регистром. Показательна в этом отношении судьба одного из ключевых греческих понятий «энергия» (ἐνέργεια), на котором сделал существенный акцент еще Аристотель (δυναμις²). В западном варианте Нового Завета (Вульгата) ἐνέργεια была передана как operatio – более пластичного и полисмыслового термина наподобие греческого ἐνέργεια в латыни найти не удалось. Д. Брэдшоу отмечает, что «латинские эквиваленты не обладали смысловой гибкостью греческих оригиналов... читатель латинского языка не был готов к тому, чтобы воспринимать operationes как активные силы, к которым может приобщиться человек в своей деятельности... <...> ...Предположение, что божественные opera (хотя и отличные от божественной сущности) сами по себе суть Бог, могло бы вызвать [в латинском мире] лишь недоумение» [4, с. 209, 240]. В XII–XIII вв., когда на Западе были переведены труды Аристотеля, значение греческого понятия ἐνέργεια было уточнено схоластами. На латыни оно передавалось уже тремя терминами: operatio, actus и actualitas, причем последний схоласты разработали специально для этой цели. Тем не менее главное значение понятия ἐνέργεια – «представление о причастности божественной „энергии“» [4, с. 210], как оно было сформулировано еще отцами-каппадокийцами, не утвердилось в западной мысли. Иначе говоря, понимание энергии на Западе как operatio задало существенно иную модальность понимания действия Бога в мире и способа восприятия Бога человеком. Эта модальность определялась не собственно энергийностью, а

¹ С. Бозций находит такие латинские аналоги: οὐσία – то же, что сущность (essentia); οὐσιώσις – то же, что субсистенция; υπόστασις – то же, что субстанция; πρόσωπον – то же, что лицо (persona) [1, с. 174; 2, с. 405].

² Δυναμις именно как процесс, движение, деятельность актуализации потенций сущего, но не как результат этого процесса, деятельности, не как актуализированность, осуществленность, ἐντελέχεια Аристотеля, которая не вошла в словарь восточнохристианской патристики [3, с. 28–31].

формальной причинностью, в ней явно вытеснялся антропологический момент – момент возможности личной причастности человека к Божественным Энергиям. Например, у Фомы Аквинского (а учение Аквината о Боге располагается на пересечении аристотелевской теологии перводвигателя, учения Августина о божественной простоте и различных форм неоплатонизма, присутствующих у С. Бозция и Дионисия Ареопагита [4, с. 318]) Бог энергийно непричастен, он «тождествен своей сущности, чтойности или природе (*deus est sua essentia, quidditas seu natura*)» [5, с. 123], в нем «сущность, или чтойность, есть не что иное, как его бытие (*ex his autem quae supra ostensa sunt, ulterius probari potest quod in deo non est aliud essentia vel quidditas quam suum esse*)» [5, с. 127], «мышление есть его [Бога] сущность (*sequitur quod suum intelligere sit sua essentia*)» [5, с. 217]. Таким образом, здесь явен акцент пассивности человека по отношению к Богу – и эта традиция идет еще от Августина. Как говорит Д. Брэдшоу, у Фомы Аквинского «благодать никоим образом не может быть ответом на инициативу со стороны твари... поскольку истинной синергии быть не может, все, что остается, – это внешнее отношение благодати, опирающееся на действующую причинность» [4, с. 330–332]. Эту же роль выполняет его концепция «блаженного видения» [5, с. 115–142]. Как видно, различие традиций и способа передачи базовых теологических категорий принципиально меняет тип представления.

На христианском Востоке «термин [*ἐνέργεια*] приобретает новый смысл „деятельной силы“ или „космической силы“, а затем „энергии“, понятой не как характеристика действия, а как источник силы, к которой можно приобщиться» (курсив наш. – В. П.) [4, с. 165]. Уже в I в. у апостола Павла (Флп 3: 21; Еф 1: 19–20; Еф 4: 16; Кол 1: 29; 1 Кор 3: 9; 2 Кор 6: 1; 1 Фес 3: 2) понятие «энергия» (*ἐνέργεια*), равно как и «синергия» (*συνἐνέργεια*), выступает адекватной передачей антропологического смысла понятия энергии – к Божественной Энергии можно приобщиться лично, опытно [4, с. 170–173]. Это не *operatio* и не *actus*, это даже не аристотелианская завершенность – актуализированность, осуществленность, *ἐντελέχεια*. В восточнохристианском дискурсе *ἐνέργεια* – это прежде всего открытая для человека возможность приобщиться, стать участником Энергий Бога. Этот пример наглядно показывает, какую роль играла историко-культурная и богословская интерпретация изначально единого смыслового образования не только через различие языка передачи, но и через различие стилей мышления на христианском Западе и Востоке.

Итак, *effectus* вводится схоластами в богословском дискурсе в XI–XII вв. Рассмотрим внимательнее генеалогию данного терминопонятия.

Латинское *effectus* в том семантическом поле, в котором западные теологи-схоласты разворачивают речь об эффекте, коррелирует с латинскими *operatio*, *actus* и *actualitas*. *Effectus* – и это важно – вводится схоластами для решения сугубо теологических проблем. Запомним это важное в методологическом смысле положение: *effectus* изначально является теологическим термином-понятием. Греческая, равно как и ранняя латинская мысль, не знала регистра *effectus*. Он, по всей вероятности, является следствием адаптации логики Аристотеля и по сути всей предшествующей латинской традиции в эпоху схоластов. К этой эпохе следует отнести и сложившееся к XII–XIII вв. на Западе представление о греческом (византийском) богословии. Иконоборческая ересь в Византии, а также одновременно серьезное влияние на западную мысль арабских и еврейских учителей греческой философии обусловили как непонимание западными теологами византийского богословия (что наиболее остро проявилось в известных паламитских спорах святого Григория Паламы и Варлаама Калабрийского в середине XIV в. [6–8]), так и усвоение ими нередко рационализированной арабскими и еврейскими учителями языческой греческой философии.

С.С. Неретина в словаре средневековых латинских терминов на основании анализа средневековых текстов схоластов так передает смысл латинского термином-понятия *effectus*: «*Effectus (effect) – [это] эффект, действие, воздействие, результат; то, что следует из действующей причины; нечто может быть результатом чего-то другого или по существу, или случайно; нечто является существенным результатом, если это нечто создано как логическое завершение чего-то, так, дом является существенным результатом работы строителя; нечто является случайным результатом, когда оно связано с тем, что является существенным результатом, так, говорят, что архитектура дома также является результатом работы строителя. ...Результаты соответствуют своим причинам; каждый результат соотносим с принципом или причиной, от которой он исходит*» (курсив наш. – В. П.) [9]. Как видно, *effectus* – это прежде всего эффект, результат формальной причинности. Иначе говоря, это механическая причинность: нечто получается технически, автоматически исходя из причинения. Здесь несомненен логический смысл и телеологическая разверстка понятия *effectus*, видно влияние аристотелианской логики на конструирование этого термина, различия эссенций и акциденций¹. Западные теологи конструируют *effectus* схоластически и используют этот термин, что показательно, в принципах

¹ Как отмечает С.С. Неретина, «такая логика непременно становилась тео-логикой» [10, с. 10].

альных теологических вопросах, главным из которых был вопрос о filioque. Effectus вписывается в аппарат аргументации схоластов.

Обратимся к примеру использования этого понятия у отца теологии как рациональной дисциплины П. Абеляра (XI в.). Он, видимо, одним из первых использует effectus, и что характерно, в полемике с восточными отцами по вопросу filioque. В своей аргументации способа исхождения любви Бога он явно выражает внеантропологическое понимание любви, *эффекта* любви: «Истина гласит: *Дух дышит, где хочет* (Ев. от Иоанна, III, 8), именно поэтому само Его имя позволяет утверждать, что Он скорее происходит от Отца и Сына, чем рождается Ими. В самом деле, Благо, на которое указывает это имя, не есть ни какое-либо могущество, ни мудрость, но аффект или эффект любви (caritas)... Итак, происходить – значит для Бога распространять неким образом себя на создания свои с неизбежной любовью (per affectum caritatis), наделяя их дарами своей благодати» (разрядка наша. – В. П.) [10, с. 240]. У П. Абеляра Бог «распространяет себя на создания свои», «наделяет» их через божественный аффект. Здесь видны следы аристотелианской концепции завершенности результата, аффект (причина) производит эффект, effectus (следствие) по образцу формальной причинности. Причинность рождает эффект и тем самым создает дистанцию между Богом и человеком. В полемике относительно filioque П. Абеляр говорит: «Но нужно заметить, что мы употребляем [слово] „происходить“ в двух значениях: в значении рождения и в значении аффекта любви... [происходить] страстью своей Благости – это свойство Святого Духа. И Афанасий в Символе веры лишает как Отца, так и Сына этого способа происхождения. Сказать, что Дух производится Отцом и Сыном – это сказать, что любовь к Благу у Бога становится действенной благодаря Могуществу и под водительством Разума. Ведь если не хватает Могущества, способного действовать, *никакого эффекта не воследует за аффектом*» (курсив наш. – В. П.) [10, с. 240–241].

Мы обратились здесь к демонстрации схоластического мышления, для того чтобы показать генеалогию effectus и того историко-культурного контекста, в котором рождалось будущее понятие эффективности. Нет оснований сомневаться, что effectus, opera, actus, esse и другие латинские понятия строятся как опорные точки мышления латинской схоластики и формируют особый тип представления мира. Видимо, не случайно в Новое время и позднее на Западе effectus трансформируется в сугубо технический термин, связанный прежде всего со способом исчисления, расчета, получения результата, обладания, наконец, технической манипуляции реальностью.

Какие выводы из генеалогии effectus мы можем сделать для правового анализа эффективности? По крайней мере при работе с понятием эффективности в праве мы всегда должны иметь в виду следующие положения.

Во-первых, effectus является латинским регистром и в этом смысле накладывает определенные смысловые коннотации на изначальные греческие термины-понятия: на изначальное аристотелианское *ἐνέργεια* (как *δυνάμις*) и на аппарат греческой патристики – *ἐνέργεια* в восточно-христианском смысле как личную причастность Божественной Энергии (*συνέργεια*).

Во-вторых, в этом значении effectus конфликтует с кириллическим регистром нашего научного языка юриспруденции – русского, белорусского, украинского, славянской группы языков восточнохристианской ойкумены. Несмотря на использование латинских терминов в праве вследствие феномена рецепции римского права (западного пути рецепции), способы мыслимости права, а главное, правовая жизнь, практики правовой субъективации даны нам в аутентичном языковом коде, которым для нас однозначно выступает кириллический, тесно связанный с восточнохристианской духовной традицией. Опыт правовой жизни, формирующийся внутри одной культурной традиции, по этой причине сталкивается с заданной точкой мышления из другой культурной традиции.

В-третьих, мы всегда должны помнить о генеалогии effectus. Эффективность приходит к нам из схоластики и представляет собой латинский коррелят энергии, действия, проявления как актуализированности, завершенности, результативности, однако построенный по образцу формальной причинности (П. Абеляр) и внеантропологичности собственных коннотаций. Именно в этом значении effectus как сугубо латинский схоластический термин промахивается в отношении того явления, которое мы по иному представляли бы себе, если бы использовали вместе латинского effectus, например, греческое *ἐνέργεια* в восточнохристианском значении. Как видно, в восточнохристианской традиции энергии понимались личностно, антропологично, деятельностно. Они всегда понимались связанными с личной деятельностью человека, и что характерно, не были устремлены на некую окончательную завершенность, энтелехию (*ἐντελέχεια*) как некий итоговый и логически выводимый критерий подлинности. В то же время в схоластике, ставшей матерью западноевропейской науки, *operatio* и effectus понимались в рамках логики. Они выполняли роль технического обозначения получения результата – результата внеантропологического, по сути технического свойства в рамках силлогизма, безусловно понимаемого как окончательная истина. Именно поэтому смысловое соскальзывание effectus у схоластов осуществляется в сторону формальной причинности за счет упущения антропологического значения *ἐνέργεια*. По этой причине есть основания полагать, что за счет функционирования в регистре нашего юридического аппарата латинского effectus (тема эффективности права) мы уже изначально соскальзываем, связываем себя вопросами формальной причин-

ности (причина – следствие) и упускаем из горизонта мысли антропологические вопросы, которые, между прочим, в эпоху разработки понятия *ἐνεργεῖαν* на христианском Востоке были в центре интеллектуального внимания. Вместе с этим смещением соответственно смещается и понимание цели, *telos'a*, который из антропологического плана перемещается в план [сил]логический. Какое значение имеет такое смещение и каким образом возможно переориентировать юридический дискурс – тема отдельного разговора.

В завершение не будет преувеличением сказать, что латинское *effectus* как формальное причинение внеантропологического свойства на Западе в эпоху Нового времени было трансформировано в экономическую, технологическую и другие виды эффективности, которые прежде всего понимались как новоевропейские способы схватывания и технической манипуляции миром, где человек стал субъектом абсолютной достоверности и обладания. Такая же судьба, нужно полагать, постигла и понятие эффективности права. Для христианского Востока, казалось бы, тот же деятельностный момент эффективности, но уже не как *effectus*, а как *ἐνεργεῖαν*, всегда был очевиден именно как антропологический, в котором опытно никогда не упускалась главная цель, *telos* практик субъективации, в том числе практик правовой субъективации. Это прежде всего внимание к способам самообращения и работы над собой через при-общение к энергиям внеположенного Истока, Божественным Энергиям. В этой перспективе всегда мыслилась и старалась проживаться и этика, и хозяйство (экономика), и право.

1. Боэций С. Против Евтихия и Нестория // «Утешение философией» и другие трактаты. М. : Наука, 1990.
2. Лосский В.Н. Богословское понятие человеческой личности // Боговидение. Минск : Белорус. Экзархат : Харвест, 2007.
3. Хоружий С.С. К феноменологии аскезы // Исследования по исихастской традиции : в 2 т. Т. 1. СПб. : Изд-во Рус. христиан. гуманитар. акад., 2012.
4. Брэдшоу Д. Аристотель на Востоке и на Западе : Метафизика и разделение христианского мира / отв. ред. А.Р. Фокин ; Ин-т философии РАН. М. : Яз. славян. культур, 2012.
5. Аквинский Фома. Сумма против язычников. Кн. первая / пер. и примеч. Т.Ю. Бородай. М. : Ин-т философии, теологии и истории святого Фомы, 2004.
6. Мейендорф И. Жизнь и труды св. Григория Паламы : Введение в изучение / пер. Г.Н. Начинкина ; под ред. И.П. Медведева и В.М. Лурье. 2-е изд., испр. и доп. для рус. пер. СПб. : Византинороссика, 1997.
7. Бирюков Д.С. Св. Григорий Палама // Антология восточно-христианской богословской мысли. Ортодоксия и гетеродоксия : в 2 т. / под науч. ред. Г.И. Беневича и Д.С. Бирюкова ; сост. Г.И. Беневич. Т. 2. М. : Никея ; СПб. : РХГА, 2009.

8. Кантакузин Иоанн. История ромеев [2,39] // Антология восточно-христианской богословской мысли. Ортодоксия и гетеродоксия : в 2 т. / под науч. ред. Г.И. Беневича и Д.С. Бирюкова ; сост. Г.И. Беневич. Т. 2. М. : Никея ; СПб. : РХГА, 2009.

9. Неретина С.С. Effectus // Латинский словарь средневековых философских терминов [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://dic.academic.ru> (дата обращения: 07.10.2013).

10. Абеляр П. Тео-логические трактаты : пер. с лат. / вступ. ст., сост. С.С. Неретиной. М. : Прогресс : Гнозис, 1995.

УДК 340.1

Л.О. Мурашко, заместитель начальника экспертно-правового управления Конституционного суда Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент

О ПРОБЛЕМЕ МЕТОДОЛОГИЧЕСКОГО ПЛЮРАЛИЗМА В СОВРЕМЕННЫХ ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЯХ И ПОСТАНОВКИ ПОЗНАВАТЕЛЬНОЙ ЗАДАЧИ

Сложность и многомерность права в качестве объекта познания закономерно приводят к плюрализму правопонимания, который вызывает к жизни методологический плюрализм как парадигму современных правовых исследований. Анализ методологических подходов, используемых в правовых исследованиях, прежде всего в белорусской науке, и их многообразии подтверждают данный тезис. Будучи применяемой в совокупности, в конкретном исследовании одна из методологий становится центральной, что определяется особенностями познавательной задачи.

В современной философии понятие методологии является в определенном смысле дискуссионным. Методологию определяют как тип критически-рефлексивного сознания, направленного на изучение предпосылок, условий, способов и закономерностей познания действительности [1, с. 271]. Методология выявляет способы формирования нового знания в их зависимости от исследуемого объекта, исторически сложившихся познавательных средств, целей и установок познающего субъекта [2, с. 13]. Часто в методологию включают мировоззренческие, идеологические и другие компоненты.

В отношении методологии права и ее отличий от общенаучной методологии следует согласиться с Д.А. Керимовым: «методология права... не имеет каких-либо принципиальных отличий от всеобщей научной методологии, но, составляя ее разновидность, обладает своей спе-

цифкой, которая определяется особенностями объекта, функцией и целью познания» [3, с. 95–96].

Монистический взгляд на право, преобладающий с середины XIX в. в период доминирования в Европе классического правового позитивизма, сменяется поиском и разработкой новых правовых теорий и концепций, закономерно ведущих к плюрализму в правопонимании. Методология юридических наук усложняется в общем движении развития социального знания, трансформации общей картины мира. Право как объект познания приобретает еще большую многомерность и многоплановость, а информационный бум, когда за год-два происходит удвоение и утроение имеющейся в мире информации, практически не оставляет места для «поля без дискуссий» при исследовании правовых явлений. Это в полной мере можно отнести и к юриспруденции на постсоветском пространстве в начале 90-х гг. XX в., характеризующейся переосмыслением диалектико-материалистической методологической парадигмы. В настоящее время дискуссия о роли и значении данного подхода не затихает. Одни авторы настаивают, что «проблемы методологии юридической науки следует решать не путем отказа от диалектико-материалистического метода, а очищая его по мере необходимости от догматизма и вульгаризации» [4, с. 16]. Другие же полагают, что «материалистическая диалектика – это лишь один из научных общих методов познания, но не единственный, и вряд ли его можно считать главным» [5, с. 18]. Данная философская дискуссия, аккумулирующая не только проблемы познания, но и осмысление советского наследия в целом, приводит к тому, что в качестве общей тенденции усиливается мировоззренческий компонент в правовых исследованиях, философские, идеологические, политические и другие убеждения и предпочтения исследователя используются в качестве научных аргументов.

Следует согласиться с Н.В. Варламовой, что после 70 лет теоретического, методологического, мировоззренческого монизма, базирующегося на марксистско-ленинской идеологии, в теории права постепенно утверждается плюрализм правопонимания [6].

Методологический плюрализм научных исследований, который в настоящее время является важнейшей предпосылкой получения достоверного знания об объекте науки, в еще большей степени относится к праву. Сложность познания такого многогранного феномена, как право, отмечалась многими исследователями, в связи с чем преодолеть устоявшуюся односторонность в изучении его возможно, используя различные методологические концепции.

При указанном подходе к методологии познания проблематика методологии акцентируется на ее целях и предмете исследования, т. е.

методология представляет собой совокупность общих принципов и методов, используемых в научном исследовании той или иной области науки, независимо от того, насколько точно они сформулированы (и сформулированы ли вообще). Между тем методологию можно рассматривать не столько как упорядоченный набор средств (методов) познания, сколько средство постановки познавательной проблемы [7]. При познании права «неизбежно аккумулируются проблемы способов обоснования, доказанности, критериев истинности научного юридического знания, то есть методологии исследования» [8, с. 141].

При обращении к анализу любой стороны правовой сферы, любого аспекта юридической деятельности исследователь всегда исходит из определенной совокупности взглядов на право, что и позволяет синтезировать знание, систематизировать выводы, соблюдать последовательность и целостность исследования.

Анализируя современные подходы к правопониманию, можно сделать вывод о том, что с конкретным типом правопонимания, на котором базируется конкретное научное исследование в сфере права, неразрывно связаны определенный вид методологии в целом и полнота его использования в частности. В Беларуси глубокую историческую традицию имеет естественно-правовая школа. С позиции естественного права обосновывали необходимость воплощения справедливости в принимаемых законах Ф. Скорина, С. Будный, М. Литвин, А. Волан, А. Олизаровский и другие видные отечественные мыслители. Однако «в обобщении современного правопонимания целесообразнее вести речь не столько о направлениях, сколько об акцентах в определяемых сторонах и признаках права» [5, с. 47].

Сложность и многогранность феномена права приводит к плюрализму правопонимания, который, в свою очередь, обуславливает методологический плюрализм в познании правовых явлений. Определенное понимание права закономерно тяготеет к конкретной методологии. Идею, восходящую к современной концепции методологического плюрализма, высказывал еще И.А. Ильин. Он отмечал, что нет единого, универсального способа изучения права, который бы вытеснил и заменил все остальные [9].

Различные виды методологии, разрабатываемые в правовой науке, носят общенаучный характер, их специфика проявляется в зависимости от сферы исследования, дополняется специальными подходами, выработанными в рамках конкретной гуманитарной науки. Методология в отличие от метода или совокупности методов, будучи прежде всего объединяющим понятием, всегда включает мировоззрение исследователя и тем самым фундаментальную философскую составляю-

щую. Именно исходя из конкретной методологии и формируется набор поисковых инструментов.

В современной правовой науке при исследованиях различных ее объектов используются как традиционные для правовых исследований методологии (например, диалектическая), так и новые, поиск которых обусловлен неудовлетворенностью исследователей старым «арсеналом» процесса познания в отношении произошедших изменений в обществе, окружающей реальности, духовной составляющей человеческого бытия.

Так, импульсом развития сравнительно-правовой методологии и в целом сравнительного правоведения послужила идея общеевропейского права. Поиск критериев сравнения и классификации правовых систем в начале XX в. завершился в середине столетия формированием Р. Давидом концепции правовых семей.

Новое дыхание сравнительно-правовая методология получила благодаря десятилетиям реформирования всех сфер общества на постсоветском пространстве, хотя вопрос ее самостоятельности и в целом отличия от общенаучного метода сравнения остается открытым. Удельный вес сравнительно-правовых исследований неуклонно возрастает, функционируют центры и другие научные учреждения по исследованиям сравнительно-правового характера. Однако необходимо констатировать, что вера в заимствование зарубежных правовых институтов, правовых норм и т. п. как универсальное средство развития национальных правовых систем, столь характерная для начала 90-х гг. XX в., сменилась осознанием важности учета национальных отличий, переосмыслением универсальности «общих рецептов» для всех государств. В рамках сравнительно-правовых исследований ключевое значение имеют познавательная задача, сопоставимость объектов сравнения, глубина исследования, дополнение данной методологии другими, прежде всего методологиями смежных гуманитарных наук.

Антропологическая, феноменологическая и культурологическая (социокультурологическая) методологии, подразумевающие новую картину мира, аккумулирующие социокультурные, аксиологические и гуманистические основания современной науки, используются в отечественных правовых исследованиях реже.

Культурологический подход, имеющий в арсенале средства постижения самого феномена культуры, благодаря концепциям межкультурной коммуникации, диалога культур позволяет по-новому осмыслить ряд правовых явлений, в частности роль традиции и преемственности в праве, взаимодействие национальных правовых систем и др. При этом определяющей является идея культурно-ценностной детерминирован-

ности права, которая в настоящее время продолжает развиваться в рамках обоснования правовых (конституционно-правовых) традиций: западной правовой традиции (Г. Берман), российской конституционно-правовой традиции (К.В. Арановский) и др. Данная проблематика разрабатывается и отечественными учеными [10]. В современных исследованиях предпринята попытка юридико-антропологического переосмысления правовой реальности [11], философско-антропологического анализа человека в условиях социальных трансформаций [12] и др. Антропологическая методология «открывает» право в его человеческом измерении, т. е. как среду существования человека, от древности до наших дней, оперируя преимущественно явлениями правовой действительности в традиционных обществах.

Правовые науки активно используют инструментарий иных гуманитарных наук. Например, институциональный подход, системный анализ, вытекающий из общей теории систем, синергетика как новое научное направление постклассической (постнеклассической) эпохи и др. также служат процессам познания права (дополняясь методами математики, кибернетики, статистики, моделирования, выработанными в рамках неюридических наук, которые активно применяются при изучении правовых явлений).

Исследователи выделяют и иные виды методологии, что определяется прежде всего познавательной задачей, осуществляют теоретические разработки интегративной методологии права (в рамках интегративного правопонимания).

Научный потенциал данных видов методологии кроется не только в их междисциплинарном характере, оперировании правовыми понятиями и категориями с привлечением достижений и разработок других гуманитарных наук, но и в открытии новых сторон права, преодолении стереотипов, учете гуманистических начал в развитии современной цивилизации, противостоянии унификации правовых подходов и навязыванию чуждых образцов культуры, преодолении монистического подхода в методологии познания права в русле традиций позитивизма.

Одна из ярких особенностей современных исследований заключается в том, что они носят междисциплинарный характер. Данное положение относится и к правовым исследованиям. Сложность социальных процессов обуславливает разнообразие наук, их изучающих, нарастающую глубину научного знания, в связи с чем познание права в большей степени опирается, а в какой-то мере и «связывается» аргументами и достижениями философии, истории, антропологии, социологии, культурологии, этики, политологии и других гуманитарных наук. Только при комплексном подходе в междисциплинарном русле возможна выработка адекватного понятийного аппарата исследования

в рамках поставленной познавательной задачи, выявление многомерности природы права. Виды методологии не являются застывшими, формируются новые, приращение знаний способствует новому развитию способов и средств познания, возникающие цели и задачи обуславливают дальнейшие пути познания.

Комплексный анализ сферы методологии познания права еще предстоит, но даже краткий обзор свидетельствует о становлении методологического плюрализма как центральной парадигмы современной белорусской правовой науки. Представляется, что он с течением времени позволит преодолеть односторонность подхода диалектического материализма в его схематически застывшем виде, который долгие десятилетия господствовал на постсоветском пространстве.

Таким образом, методологический плюрализм как парадигма современных правовых исследований и условие развития новых методологических подходов основывается на детерминированности методологии познавательной задачей и объектом познания; специфике правовых исследований, обусловленной концепцией определенного правопонимания; приоритетности конкретной методологии, занимающей доминирующее положение и обогащающей философскую составляющую исследования.

1. Современная наука: ценностные ориентиры : учеб.-метод. пособие / Я.С. Яскевич [и др.] ; Респ. ин-т высш. шк. Белорус. гос. ун-та. 2-е изд., доп. и перераб. Минск : РИВШ, 2003.

2. Тихиня В.Г. Глобализация и тенденции развития правовой системы Республики Беларусь: методологические ориентиры юридической науки // Сац.-экан. і прававыя даслед. 2008. № 1. С. 4–12.

3. Керимов Д.А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. 3-е изд., перераб. и доп. М. : СГА, 2003.

4. Вишневский А.Ф., Горбатов Н.А., Кучинский В.А. Общая теория государства и права : учебник / под общ. ред. В.А. Кучинского. М. : Изд-во деловой и учеб. лит., 2006.

5. Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права : учеб. пособие для вузов. 3-е изд., испр. и доп. Минск : Амалфея, 2009.

6. Варламова Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права / Рос. акад. наук, Ин-т государства и права. М. : Высш. шк. экономики, 2010.

7. Малахов В.П. Философия права : учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юнити-Дана, 2007.

8. Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург : Изд-во Гуманитар. ун-та, 2001.

9. Ильин И.А. Понятие права и силы // Собр. соч. : в 10 т. Т. 4. М., 1994.

10. Павлов В.И. Методологические особенности осмысления отечественной государственно-правовой традиции на путях построения современной модели белорусского государства // Статут Вялікага княства Літоўскага 1529 года – падмурак развіцця беларускай дзяржаўнасці і канстытуцыйналізму (да 480-годдзя прыняцця) : зб. навук. арт. / Беларус. дзярж. ун-т ; пад рэд. Н.В. Баярава. Мінск, 2009. С. 38–44.

11. Павлов В.И. От классического к неклассическому юридическому курсу: очерки общей теории и философии права. Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2011.

12. Адуло Т.И., Павловская О.А. Человек в условиях социальных трансформаций: философско-антропологический анализ. Минск : Беларус. навука, 2001.

УДК 340.1

*Е.В. Перепелица, старший научный сотрудник
отдела исследований в области государственного
строительства и международного права Инсти-
тута правовых исследований Национального цен-
тра законодательства и правовых исследований
Республики Беларусь, кандидат юридических наук*

ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПРАВА В ДИНАМИКЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ДИСКУРСОВ

По своему предназначению, смыслу и природе право не может и не должно быть мало-, низко- или неэффективным. Вместе с тем высокая (максимальная, достаточная, подлинная, стопроцентная) эффективность – то свойство, которое делает право ценным и совершенным, придает ему авторитет в глазах общества, является труднодостижимым социальным и юридическим идеалом. Изучение эффективности права в теории права и отраслевых юридических дисциплинах, по сути, представляет собой постановку и решение вопросов о том, как право работает, насколько оно продуктивно, какова его жизненная сила.

Для приближения к искомому идеалу разрабатываются теории и концепции эффективности права в целом, а также применительно к его отдельным отраслям и институтам, предпринимаются исследования критериев и показателей, использование которых позволяет судить о степени эффективности права, действующего в конкретный исторический период в конкретном государстве, а также предлагать меры и средства для ее повышения.

Буквально слово «эффективный» (от лат. effectus – исполнение, действие, от efficio – действую, исполняю) означает действенный, оказывающий нужное действие, дающий необходимый результат, приводя-

ций к каким-то нужным последствиям [1, с. 542]. Данный термин пришел в право из экономики. Применительно к последней эффективность представляет собой систему количественных и качественных показателей, отражающих соотношение (наименьших) затрат и (наибольших) результатов. Применительно к праву в первом приближении эффективность связывается с результативностью, действенностью права как регулятора общественных отношений по сравнению с моралью, религией, культурой, обычаями, прочими нормативными системами и социальными регуляторами. «Практически в каждой норме действующего права присутствует определенная степень эффективности» [2, с. 86]. Вместе с тем эффективность права в целом трудноизмерима чисто эмпирическими методами. Ее содержание опосредовано тем или иным типом правопонимания, т. е. «определенным образом права, характеризующим совокупностью наиболее общих признаков практического (ценностного) к нему отношения» [3, с. 62].

В классическом юридическом дискурсе эффективность права и его предписаний определяется, в частности, в контексте позитивистского, инструменталистского подходов к праву как системе общеобязательных правил поведения, установленных или санкционированных государством и поддерживаемых мерами государственного принуждения в целях регулирования общественных отношений, средству руководства обществом, инструменту достижения экономических, социальных, политических, идеологических и иных целей государственного строительства либо концентрированному выражению политики.

Надо сказать, что, несмотря на декларирование множества походов к определению понятия и сущности права и переход к плюралистическому правопониманию, в отечественном законодательстве продолжает использоваться определение права в духе кельзеновской нормативистской школы. Так, согласно ст. 1 закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» право есть система общеобязательных правил поведения, устанавливаемых (санкционируемых) и обеспечиваемых государством в целях регулирования общественных отношений.

В рамках традиционной научной методологии эффективность в праве определяется в большинстве случаев как соотношение между фактическими результатами действия и применения права и теми ожидаемыми позитивными социально полезными целями, достижение (реализацию) которых оно преследует и предполагает. Данный подход именуется в научной литературе целевым либо функционально-целевым. В соответствии с ним всякая цель является идеальным выражением будущего в настоящем, моделью результата, достижению которого подчинено дви-

жение к цели. Предполагается, что цель соответствует общественным потребностям. В качестве таковых выступают потребности сохранения, функционирования, поступательного развития данной социальной общности, социальный прогресс, социальная справедливость, согласование социальных интересов, демократизация общественной жизни, снижение уровня социальной конфликтности и т. д.

В концепциях рационального дискурса эффективность права предстает как его важный внешний атрибут, а само право «уподобляется механизму, построенному нами по нашим же чертежам, работу которого мы полностью контролируем и направляем (такое видение установилось в начале XX века и продержалось до наших дней)» [4, с. 43]. Государство создает и реализует право, и вопрос о его эффективности решается с позиций государственного воздействия, с учетом и на основе таких критериев, как оптимальность, правильность, обоснованность, целесообразность, результативность и ряда других показателей, совокупность которых позволяет судить об эффективности правообразования, правотворчества, правового регулирования, правоприменения и права в целом.

Общими, универсальными измерителями эффективности права, как и большинства правовых категорий, явлений и процессов, в рамках классического типа научной рациональности выступают исходное состояние объекта, цель, средства и достигнутые результаты. И если объектом правового регулирования являются общественные отношения, целью – воздействие на эти отношения в заданном (полезном и необходимом для общества) направлении, а средством – правовые нормы, то вопрос об эффективности права привязывается к вопросу об эффективности правовых норм. В свою очередь, одним из основных факторов эффективности правовых норм в рациональном дискурсе считается экономический. Соотношение цели и результатов дополняется сроками реализации цели, материально-техническими затратами и средствами для ее достижения, т. е. эффективность права «взвешивается» инструментарием, привнесенным из экономической сферы. Проблема эффективности права порой заменяется проблемой эффективности законодательства и анализом таких его формальных признаков, как системность, непротиворечивость, иерархичность.

Изменение социально-экономической, духовно-нравственной и геополитической ситуации потребовало иных подходов к интерпретации эффективности права и пересмотра критериев ее оценки. Либерализм привнес свою специфику в понимание эффективности в праве. В устоявшейся схеме «исходное состояние объекта – цель – средства – достигнутые результаты» претерпел изменение такой элемент, как цель. «Целью правового регулирования стало не достижение внешних по отношению к

праву утилитарных целей (как это было ранее), а наиболее полное обеспечение прав и свобод человека и гражданина, т. е. в конечном итоге – расширение и укрепление сферы свободы и общественной жизни» [5, с. 7]. Цели регулирующего воздействия права переориентировались с интересов общества и общественных потребностей на права, свободы и интересы отдельного человека.

Невозможно найти идеальное право, оценивая характер, содержание и показатели его эффективности только лишь на основе функционально-целевого подхода и его разновидностей. Подвергнутые правовому регулированию общественные отношения порой изменяются в непредсказуемом и непредвиденном направлении. Это направление может оказаться противоположными намеченному, ожидаемому или заданному. Вследствие поспешности принятия политических решений, необдуманной и недостаточно обоснованной стратегии правотворчества и иных субъективных и объективных обстоятельств регулирующее воздействие права может:

- 1) не давать никакого результата;
- 2) давать отрицательный результат;
- 3) одновременно с позитивным (положительным) результатом приводить к неоправданным издержкам.

Оценка эффективности права по стереотипной схеме, разработанной в рамках классического юридического дискурса, обнаруживает свою неполноту и относительность.

В динамике юридических дискурсов наблюдается плюрализм в исследовании понятия «эффективность права». В аспекте оценки эффективности права во многом утрачивает свое критериальное значение норма права. В позитивистском правопонимании она «говорит не о настоящем, а о будущем, не о том, что есть, а о том, что должно быть. Однако далеко не всегда удается предопределить это будущее, и строгая реализация норм права может резко противоречить замыслам законодателя» [6, с. 66]. Критериальное значение приобретает способность права отражать, во-первых, природу человека как духовно-телесного существа; во-вторых, оптимальное соотношение индивидуальных и общественных интересов; в-третьих, духовные ценности общества и национальные традиции.

В неклассическом юридическом дискурсе проблема эффективности права исследуется не только с позиции юридических критериев, но во взаимосвязи с национальным менталитетом, культурно-историческими, этническими и психологическими факторами. Особую остроту и актуальность приобретают философские, антропологические, аксиологические, мировоззренческие и, в особенности, духовные аспекты. Как верно подчеркивается, «эффективность права как социально-духовного регулятора не вытекает из эффективности

конкретных норм законодательства, а означает реализацию им своего социального, духовного и иного назначения в конкретном культурно-историческом контексте» [7].

Возвращаясь к роли и значению правопонимания в аспекте определения содержания эффективности права, отметим следующее. Право никогда не будет подлинно и стопроцентно эффективным, если оно понимается только как социальный регулятор либо система общеобязательных, формально определенных норм. «Каждая очередная эпоха обнаруживает потребность в качественно новом правопонимании, чтобы этот новый тип правопонимания сумел обеспечить единство изменяющейся правовой реальности» [8, с. 24]. Правильная постановка вопроса об эффективности права зависит от того, как трактуется и понимается само право.

«В основе феномена под названием „право“ лежит не идея компромисса, не просто идея справедливости, а идеалы Любви, добра и милосердия. ...Как только от права отсекли религиозные (т. е. духовные) корни и противопоставили праву мораль, система регулирования человеческого поведения распалась и перестала быть эффективной. В итоге право оказалось бездуховным и в известной степени формальным регулятором» [9]. Как справедливо подчеркивает В.В. Сорокин, глубинную основу права составляют именно духовно-нравственные начала. Многовековая духовная традиция восточнохристианской цивилизации, премирники которой мы являемся, содержит трактовки права в истинном его значении «не как „*LAW*“, „*JUS*“ или „*LEX*“, а именно как *ПРАВА*» [10, с. 15]. И задача современной юридической методологии – адаптировать данное понимание права применительно к условиям современной правовой реальности.

Возможно, самое глобальное и существенное изменение юридического дискурса – это поворот к тем сущностным чертам права, которые полностью игнорировались прежней методологией. Это взгляд на право как на явление прежде всего духовное, а потом уже юридическое и социальное, взгляд, способный пролить свет как на само право, так и на его эффективность, включая ее критерии. Христианская традиция правопонимания в начале XX в. развивалась усилиями И.А. Ильина, В.Д. Каткова, Н.А. Захарова, И.В. Михайловского, К.А. Неволлина, Е.В. Спекторского, Л.А. Тихомирова, И. Солоневича, Г. Флоровского. Сегодня ее продолжают такие ученые, как А.М. Величко, Р.С. Байниязов, В.М. Баранов, С.А. Калинин, В.М. Корельский, В.И. Павлов, Р.А. Папаян, В.Н. Синоков, В.В. Сорокин, О.И. Цыбулевская, В.А. Цыпин, В.П. Шиенок, И.Л. Честнов. Вместе с тем здесь остается огромное поле для научного поиска.

Признание права в качестве атрибута духовности общества и человека означало бы поистине научную революцию, радикальный перево-

рот в исследовательских стратегиях, юридическом мышлении и типе научной рациональности.

Эффективность права представляет собой труднодостижимый социальный и юридический идеал. В классическом юридическом дискурсе она изучается и определяется в аспекте соотношения между фактическим результатом действия права и теми ожидаемыми целями, достижение которых оно преследует. В динамике юридических дискурсов наблюдается плюрализм в исследовании содержания и критериев эффективности права. В условиях современной правовой реальности мы поставлены перед необходимостью пересмотра сложившихся подходов к трактовке эффективности права и ее оценки сугубо с юридических позиций. Понимание права как явления прежде всего духовного, а уже потом юридического, в рамках которого эффективность предстает как исконное свойство права, требует последовательного методологического развития и теоретического обоснования.

1. Словарь иностранных слов / под ред. И.В. Лехина [и др.]. М. : Рус. яз., 1987.
2. Жинкин С.А. Об онтологических предпосылках эффективности права // Правовая политика и правовая жизнь. 2005. № 4. С. 86–96.
3. Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход : курс лекций. 2-е изд., доп. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003.
4. Маховенко Е. Смена парадигмы науки истории права и ее значение для исследования правовой системы Великого княжества Литовского // Право.by. 2012. № 4. С. 38–46.
5. Лапаева В.В. Методология изучения эффективности действия законодательства в процессе правового мониторинга // Законодательство и экономика. 2008. № 10. С. 5–11.
6. Дубовицкий В.Н. Основные концепции правопонимания и социология права // Право и демократия : сб. науч. тр. Вып. 20 / редкол.: В.Н. Бибило (гл. ред.) [и др.]. Минск : БГУ, 2009. С. 65–77.
7. Жинкин С.А. Эффективность права: антропологическое и ценностное измерение [Электронный ресурс] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / С.А. Жинкин ; Кубан. гос. ун-т. Краснодар, 2009. Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1359943> (дата обращения: 26.04.2013).
8. Сорокин В.В. Теория государства и права переходного периода : учебник. Барнаул : Алт. полиграф. комбинат, 2007.
9. Сорокин В.В. Право – явление духовное, а уж потом юридическое : (К выходу новой монографии ученого «Понятие и сущность права в духовной культуре России») [Электронный ресурс]. 2007. Режим доступа: http://zn.asu.ru/issue.shtml?i_n_seq=998&a_n=19 (дата обращения: 01.09.2012).
10. Сорокин В.В. Понятие и сущность права в духовной культуре России : [монография]. М. : Проспект, 2007.

УДК 343.2 + 343.1

А.С. Александров, профессор кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России, доктор юридических наук, профессор;

И.А. Александрова, докторант Нижегородской академии МВД России, кандидат юридических наук, доцент

НОВОЕ - БУРЖУАЗНОЕ УГОЛОВНОЕ И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО РОССИИ

Можно отказаться от оружия,
можно отказаться от пищи,
но без доверия народа
государство не сможет устоять.
Конфуций

Мы согласны с Конфуцием. Считаем, что существование государства и права (не говоря уже об их эффективности) невозможно без доверия к властям, хотя современное правоведение лицемерно трактует право как нечто внеположенное государству (право выше государства). В народном сознании это единое целое – право-государство-власть. Право – это закон, который мы понимаем, и решение суда, которому мы доверяем. Справедливость как интуитивное, инстинктивное ощущение (позитивная эмоция) должна распространяться на юридикоправда властные институты и укреплять их, если угодно – духовно скреплять (по В. Путину).

Если в обществе отсутствует доверие к таким институтам, как правосудие, парламент, если они воспринимаются народом как несправедливые, если негативные правовые эмоции критического большинства (но и иногда и креативного меньшинства) общества преобладают, можно диагностировать кризис государственности/права¹. Кстати, социология имеет инструменты для исследования такого рода явлений, а потому

¹ В России реальность государственно-правовых институтов в настоящее время основывается на доверии населения (молчаливого большинства) к президенту В. Путину, однако к государственно-правовым институтам (правосудию, например) доверия нет. Такую государственно-юридическую конфигурацию не назовешь устойчивой, но наша элита сама создала ее, презрительно игнорируя свой народ.

оставим ей эти исследования. Обратимся же к более привычной для юристов материи – закону. Ведь без текста закона и его толкований суждения о праве также невозможны. Так что суть нашей позиции по поводу права, которую мы ранее неоднократно излагали (право – это текст закона, помноженный на его интерпретацию), мы дополняем тем соображением, что без веры народа в закон, правосудие никакого «механизма правового регулирования общественных отношений» не может быть (сам этот механизм – в общественном сознании/психологии).

Мы остановимся на одном частном примере – последних изменениях российского уголовно-процессуального законодательства. Эти изменения, как и положено, сопровождали «модернизацию» уголовного законодательства, касающегося экономических, налоговых преступлений. Поэтому для определения такого явления было сформулировано понятие «Новая уголовная экономическая политика» (НУЭП) [1, 2].

Сразу скажем, радикальным отличием НУЭП от аналогичных явлений за рубежом является то, что российскими элитами взят курс на радикальное ограничение средств уголовной юстиции для поддержания правопорядка в экономической сфере. При конструировании механизма уголовного преследования за основу взят частноправовой (диспозитивный) метод (с некоторыми оговорками в пользу публичности), в то время как в «нормальных» государствах по-прежнему практикуют публично-правовые инструменты борьбы с общественно опасными явлениями, каковыми является экономическая преступность.

Лозунгом НУЭП стали слова бывшего председателя Госдумы Б. Грызлова: «Бизнес должен работать, а не сидеть в тюрьме». Цель заключалась в том, чтобы создать систему правовых гарантий для предпринимателей от уголовного преследования за совершение экономических преступлений¹. В общем с конца 2008 г. последовательно принимались меры по ограничению вмешательства обвинительной власти государства в хозяйственную, включая торговую, деятельность предпринимателей. По мнению идеологов новой уголовной политики противодействия «беловоротничковой» преступности, вмешательство уголовной юстиции в разрешение юридических споров в сфере экономики оправданно только в том случае, если оказалось недостаточно средств гражд-

¹ Разумеется, главной целью является достижение позитивных экономических показателей: повышение инвестиционной привлекательности, стимулирование бизнеса и пр. Идеологи новой уголовной экономической политики убеждены, что удаление уголовной юстиции (наиболее радикального правового инструмента обеспечения экономической безопасности) из предпринимательской сферы благотворно скажется на институте собственности и хозяйственной деятельности, позволит качественно преобразоваться нашей экономике – из сырьевой превратиться в инновационную и т. п.

данской юстиции (вначале конфликт разбирают «квалифицированные юристы», потом – полицейские). Уголовное преследование официально признано субсидиарным правовым инструментом обеспечения экономической безопасности страны.

Выбранная стратегия правового развития сопровождалась научно-медийной пропагандой «правых» по убеждению общества в том, что правоохранители «кошмарят» бизнес. Якобы из-за полиции (налоговой, а потом ее преемника – УНП в составе милиции/полиции) наш бизнес сидит в тюрьме: 30 тыс. или даже 300 тыс. предпринимателей ежегодно лишают свободы (уверяли «эксперты»)¹. Настоячиво внушается мысль, будто предпринимательский класс жестоко подавляется и вырождается (это в буржуазном-то обществе?), ему не дают работать во благо России.

Правительство и партия (ЕдРо) с готовностью взяли на вооружение рецепты наших либеральных теоретиков о выведении бизнеса из-под гнета правоохранительной системы, что воплотилось вначале в концепциях вроде Концепции по модернизации уголовного и уголовно-процессуального законодательства [3], законопроектах [4]. А далее эти проекты были реализованы в ФЗ-383 [5], ФЗ-60 [6], ФЗ-420 [7], ФЗ-407 [8], ФЗ-207 [9] и других законах, которые создали невиданную в мире систему привилегий для класса предпринимателей в уголовно-правовой сфере.

Апофеозом анализируемой политики стала амнистия осужденных бизнесменов [10], которая закончилась, судя по всему, «пшиком»². Полагаем, что в ближайшее время такую же оценку придется дать и всем остальным результатам НУЭП. Пока же укажем на главные элементы неповторимого правового ландшафта РФ, в котором происходит «противодействие» налоговой и экономической преступности.

Первая уникальная российская особенность состоит в наличии специальной разновидности такого основания прекращения уголовного дела (преследования), как «деятельное раскаяние». ФЗ от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ и ФЗ от 6 декабря 2011 г. № 407-ФЗ для предприни-

¹ В свое время (без удовольствия) ознакомились с содержанием «дискуссий» экспертов, среди которых не было ни одного полицейского, но полно «правозащитников» и журналистов, не скрывающих своей ангажированности, на сайтах вроде: <http://lecscenter.hse.ru/roundtable-04042012>; <http://lecs-center.hse.ru/index.php/ru/component/content/article/41/180-symposium081211-interview>.

² Из запланированных 5–6 тыс. амнистией воспользовались, как мы и предполагали, несколько сотен благодарных предпринимателей-преступников, хотя один из инициаторов этой амнистии – Б. Титов утверждал: «Экономическая амнистия освободит около ста тысяч человек» (<http://www.rg.ru/2013/06/26/amnistiya-anons.html>).

мателей был создан (в окончательном виде)¹ специальный – договорной механизм прекращения уголовного дела (преследования) по нереабилитирующему основанию, предусмотренному ст. 76¹ УК РФ и ст. 28¹ УПК РФ. Он представляет собой особую разновидность альтернативной формы разрешения правового конфликта между государством и лицом, совершившим преступление в сфере предпринимательской деятельности. Проще говоря, жулику дают легальную возможность «откупиться» от уголовной ответственности за совершенное преступление.

Официальная позиция, объясняющая причину создания данного института, исчерпывающим образом выражена в пояснительной записке авторов законодательной инициативы². Обращают на себя внимание формулировки названий ст. 28¹ УПК РФ и 76¹ УК РФ: «прекращение уголовного преследования»/«освобождение от уголовной ответственности» по «делам о преступлениях в сфере экономической деятельности». Хотя содержанием этих статей не охватываются все экономические преступления, тем не менее глобальный замысел законодателя очевиден: ограничить использование уголовно-правовых средств, поставить формирование основания уголовной ответственности в зависимости от доброй воли самого преступника на возмещение вреда (типа «бабло побеждает зло»).

Здесь есть определенная аналогия с еще одним неологизмом, пополнившим тезаурус российского уголовно-процессуального права: «в сфере предпринимательской деятельности» (ч. 1¹ ст. 108 УПК РФ), о чем мы еще будем говорить. И в том и другом случае проявляется мессианское стремление освободить бизнес-сообщество, которое якобы старается создать инновационную экономику, от «кошмарных» притязаний правоохранителей.

¹ Создание этого института происходило в два этапа. На первом этапе законом от 29 декабря 2009 г. № 383-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» в отечественное уголовно-процессуальное право было введено основание прекращения уголовного преследования налогоплательщика, если он выполнил свои обязательства перед бюджетом и заплатил соответствующие штрафы.

² Авторы данной законодательной инициативы указывали на то, что введение в УПК РФ ст. 28¹ направлено на установление последовательности осуществления процессуальных действий и принятия процессуальных решений в рамках отдельного уголовного дела о преступлениях, предусмотренных ст. 198–199¹ УК РФ, для реализации механизма освобождения от уголовной ответственности в случаях, предусмотренных предлагаемой редакцией примечаний к ст. 198 и 199 УК РФ. Принятие законопроекта позволит защитить фискальные интересы государства, создаст реальные условия для укрепления доверия между государством и налогоплательщиками, повысит эффективность применения законодательных норм, предусматривающих ответственность за нарушения законодательства о налогах и сборах, и тем самым будет способствовать как повышению авторитета государства, так и укреплению его экономической безопасности [11].

В действующей редакции ст. 28¹ УПК РФ предусмотрено два различных юридических состава нереабилитирующих оснований прекращения уголовного дела (преследования). Статьей 76¹ УК РФ предусмотрены материально-правые элементы нового института освобождения от уголовной ответственности лиц, совершивших ряд экономических и налоговых преступлений. Оба эти основания противопоставляются всем прочим основаниям, и только именно его законодатель трактует как специальный «случай, если до назначения судебного заседания ущерб, причиненный бюджетной системе Российской Федерации в результате преступления, возмещен в полном объеме». В этом конструктивное значение юридической конструкции «случай», на которую нанизываются остальные элементы юридического состава, предусмотренного как статьей 28¹ УПК РФ, так и ст. 76¹ УК РФ. Исключительность данного основания прекращения уголовного преследования определяет то, что оно создано специально для одной категории уголовных дел – об экономических и налоговых преступлениях; соответственно обвиняемым также является специальный субъект¹ и только в отношении этого субъекта может прекращаться уголовное дело по данному основанию².

Вторым изобретением наших законотворцев стал специальный механизм возбуждения уголовного дела по факту налогового преступления. Данный правовой механизм собирался путем принятия нескольких законов: «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 29 декабря 2009 г. № 383-ФЗ, «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» от 7 марта 2011 г. № 26-ФЗ, «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ.

Созданная процедура выявления налоговых преступлений и возбуждения уголовных дел рассматриваемой категории основывается на системе взаимосвязанных положений, содержащихся в п. 3 ст. 32, п. 15¹ ст. 101, п. 3 ст. 108 Налогового кодекса РФ и ч. 1¹ ст. 140 УПК РФ. Согласно п. 3 ст. 108 НК РФ основанием для привлечения лица к ответственности за нарушение законодательства о налогах и сборах является установление факта совершения данного нарушения решением налогового органа, вступившим в силу. Данное решение образует предпосыл-

¹ Определение субъектов преступлений, предусмотренных ст. 198, 199, 199¹, дается в п. 6, 7, 17 постановления пленума Верховного суда РФ от 28 декабря 2006 г. № 64 «О практике применения судами уголовного законодательства об ответственности за налоговые преступления».

² Подробный анализ этих статей изложен в ряде наших работ [12–16].

ку в виде самостоятельного повода для возбуждения уголовного дела. Согласно ч. 1¹ ст. 140 УПК РФ единственным поводом для возбуждения уголовного дела о преступлениях, предусмотренных ст. 198–199² УК РФ, служат «материалы, поступившие из налоговых органов». Следовательно основанием для привлечения к ответственности за нарушение законодательства о налогах и сборах может быть только факт правонарушения, установленный решением налогового органа, вынесенным в порядке, предусмотренном Налоговым кодексом РФ, и вступившим в законную силу. Фактически норма ч. 1¹ ст. 140 УПК РФ устанавливает жесткую зависимость решений органов и должностных лиц, ведущих производство по уголовному делу, от решения налогового органа. Без решения налогового органа невозможна реализация публичного уголовного преследования.

Созданная юридическая конструкция предполагает, что вначале спор между налогоплательщиком и государством решается гражданско-правовыми средствами и только при их недостаточности возможно подключение уголовной юстиции. Причем результаты арбитражного (гражданско-правового) судопроизводства имеют преюдициальное значение для возможного уголовного дела. В результате этого обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением, например арбитражного суда, признаются при рассмотрении уголовного дела без дополнительной проверки независимо от того, вызывают ли они сомнения при производстве по этому делу.

Уголовное дело не может быть возбуждено, пока длится гражданский процесс по этому же факту, а решения, принимаемые судами по гражданским, арбитражным делам, в которых установлены какие-либо фактические обстоятельства, создают непреодолимые препятствия для начала и продолжения уголовно-процессуальной деятельности. Статья 90 УПК в истолковании ее смысла пленумом Верховного суда РФ и Конституционным судом РФ до предела заформализовала получение доказательств по делам о налоговых преступлениях [17–20] и фактически (в обход фундаментальных правовых ценностей, защищаемых уголовным правом) ведет к разрешению уголовно-правовых споров через гражданский суд. Согласимся с оценкой профессора Л.В. Головки: такой путь катастрофичен [21, с. 5]. Ведь в гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном законодательстве предусмотрены менее строгие требования к процедуре доказывания, нежели в уголовном процессе. Так, признанные сторонами в результате достигнутого между ними соглашения обстоятельства принимаются арбитражным судом в качестве фактов, не требующих дальнейшего доказывания (ч. 2 ст. 70 АПК). Другими словами, если истец утверждает о наличии некоего факта (или фактов), а ответчик это признает, арбитражный суд может

принять такой (еще не доказанный) факт в качестве доказанного. И это будет отражено в судебном решении, которое, возможно, создаст процессуальную гарантию от уголовного преследования лица, совершившего налоговое преступление.

Таким образом, для предпринимателей, нарушивших налоговое законодательство, создан специальный, льготный порядок возбуждения уголовных дел: следственные подразделения Следственного комитета РФ вправе провести предварительную проверку сообщения о налоговом преступлении только при условии, что повод для возбуждения уголовного дела сформирован на основании сообщения, поступившего из налогового органа. Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, должны признаваться следователем, судом, прокурором без дополнительной проверки. А это, в свою очередь, означает то, что окончание следствия по уголовному делу ставится в зависимость от разрешения гражданско-правового спора, если налогоплательщик инициировал его. При этом в любой момент налогоплательщик, уплатив недоимку по налогам, а также начисленные штрафы и пени, сразу выходит из-под уголовной ответственности.

Подчеркнем, предпочтение отдано не уголовно-правовому, а частноправовому способу разрешения налоговых споров, если только налогоплательщик впервые привлекается к уголовной ответственности за нарушение налогового законодательства (отсутствует непогашенная судимость). Уголовная ответственность должна наступать только при наличии обстоятельств, свидетельствующих о нежелании виновного лица отказаться от противозаконных действий, и только за те правонарушения, которые имеют большую общественную опасность.

Как показала практика, созданный правовой механизм возбуждения уголовных дел в отношении лиц, совершающих налоговые преступления, работает плохо; более того, можно говорить о системном кризисе следственной и оперативно-розыскной деятельности в данной сфере. Можно даже утверждать, что оперативно-розыскная деятельность по выявлению и пресечению налоговых преступлений утратила актуальность. Возбуждение уголовных дел по результатам оперативно-розыскных мероприятий ОВД (полиции) без проведения налоговых проверок невозможно. Более того, органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, вообще лишились возможности реагировать в предусмотренном уголовно-процессуальным законом порядке на случаи выявления налоговых преступлений¹. Во многих регионах Российской Федерации суды не принимают к производству уголовные

¹ В подобной оценке сходятся многие авторы [22, 23].

дела о налоговых преступлениях, в материалах которых отсутствуют решения налоговых органов о привлечении неплательщиков налогов и (или) сборов к налоговой ответственности. С другой стороны, возбуждаемые с переоценкой судебной перспективы подобные уголовные дела (без материалов налоговых проверок) подчас попадают в режим долгосрочного расследования, в рамках которого следователям приходится восполнять пробелы в работе налоговых органов и органов, осуществляющих ОРД, однако ввиду потери времени это сделать не всегда удается. Как следствие – утрата возможности доказать состав преступления, возместить вред, причиненный преступлением, т. е. неэффективность уголовного преследования. В юридический капкан попали правоохранители, вся уголовная юстиция, а страдать будет общество.

Подтверждением этому служит следующий элемент правового механизма «имитации противодействия экономической преступности». Речь идет о специальном порядке уголовного преследования по делам о мошенничестве, созданном ФЗ-207 [24]. Особо отметим, что решение о переводе дел о мошенничестве, которое всегда было «рабочей лошадкой» для борьбы с преступлениями в сфере экономики, в разряд дел частно-публичного обвинения стало наиболее важной деталью в уникальном российском правовом механизме противодействия экономической преступности¹. Существующий набор правовых инструментов противодействия мошенничеству в сфере экономической деятельности имеет три источника, три составные части: 1) законопроект 53700-6 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части дифференциации мошенничества на отдельные); 2) проект ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации, направленных на исключение возможности решения хозяйственного спора посредством уголовного преследования», подготовленный Министерством экономического развития; 3) постановление пленума Верховного суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 51.

ФЗ-207 вобрал в себя идеи, содержащиеся во всех трех источниках, и стал компромиссным продуктом: на последнем этапе законотворчества удалось смягчить наиболее одиозные предложения, содержащиеся в законопроекте Министерства экономического развития. Тем не менее все равно произошло очередное, радикальное расширение частного,

¹ Инициаторы этого решения писали: «В целях устранения проблемы необоснованного уголовного преследования предпринимателей по часто „используемым“ статьям УК РФ законопроектом предлагается отнести статьи 159, 160, 165, 167 и часть первую статьи 176, если эти преступления совершены в сфере предпринимательской деятельности, к делам частно-публичного обвинения, которые могут быть возбуждены не иначе как по заявлению потерпевшего или его законного представителя» [25].

диспозитивного начала в правовом механизме уголовной юстиции, призванном противодействовать преступности в сфере экономики. Новая редакция ч. 3 ст. 20 УПК РФ позволяет сделать вывод о существовании двух категорий уголовных дел частного-публичного обвинения: первая традиционная, существовавшая до изменения редакции статьи, включает в себя преступления, предусмотренные ч. 1 ст. 131, ч. 2 ст. 132, ч. 1 ст. 137, ч. 1 ст. 138, ч. 1 ст. 139, ст. 145, ч. 1 ст. 146, ч. 1 ст. 147 УК РФ. Вторая категория дел частного-публичного обвинения, специально созданная для «исключения возможности решения хозяйственного спора посредством уголовного преследования» [25], включает в себя преступления, предусмотренные ст. 159 (мошенничество), 160 (присвоение или растрата), 165 (причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием) УК РФ.

Частно-публичный порядок возбуждения уголовного дела о мошенничестве (присвоении или растрате, причинении имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием) применим при наличии следующих условий: 1) если преступление (преступления), предусмотренное ст. 159–159⁶ УК РФ, совершено индивидуальным предпринимателем в связи с осуществлением им предпринимательской деятельности; 2) если оно совершено индивидуальным предпринимателем в связи с осуществлением им предпринимательской деятельности и управлением принадлежащим ему имуществом, используемым в целях предпринимательской деятельности; 3) если оно совершено индивидуальным предпринимателем в связи с управлением принадлежащим ему имуществом, используемым в целях предпринимательской деятельности; 4) если преступление совершено членом органа управления коммерческой организации в связи с осуществлением им полномочий по управлению организацией; 5) если преступление совершено членом органа управления коммерческой организации в связи с осуществлением коммерческой организацией предпринимательской деятельности; 6) если преступление совершено членом органа управления коммерческой организации в связи с осуществлением коммерческой организацией иной экономической деятельности.

Таким образом, полиция, прокуратура, другие правоохранительные органы вопреки конституционному требованию о приоритетной защите государством прав и свобод человека и гражданина (ст. 2 Конституции РФ, ч. 1 ст. 1 ФЗ «О полиции», ст. 1 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», ч. 2 ст. 1 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации») более не обязаны этого делать в сфере предпринимательской, хозяйственной деятельности, когда жертвами мошенничества и других преступлений, перечисленных в ч. 3 ст. 20 УПК РФ, являются только граждане.

Выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений в сфере экономической деятельности, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших (ст. 2 ФЗ об ОРД), не входят теперь в число задач оперативных подразделений ОВД, других правоохранительных органов, в том числе проведение полицией в сфере предпринимательской (экономической) деятельности ОРД с целью выявления преступлений, предусмотренных ст. 159–159⁶, 160, 165 УК, и изобличения лиц, их совершивших (п. 10 ч. 1 ст. 12 ФЗ «О полиции»), невозможно до тех пор, пока потерпевший от преступных действий не обратится с официальным заявлением в полицию с требованием о возбуждении уголовного дела и следовательно не возбудит уголовное дело. Если сторонами в хозяйственном споре являются частные лица, проведение ОРМ для выявления и раскрытия преступлений, относящихся к делам частно-публичного обвинения, недопустимо. Выход за пределы, очерченные уголовно-процессуальным правом, чреват для «борца с экономической преступностью» угрозой привлечения к уголовной ответственности по ч. 3 ст. 303 УК РФ или другой ответственности (ч. 2 ст. 6 ФЗ «О полиции»).

Правовые последствия введения нового правового режима осуществления уголовного преследования по делам о мошенничестве не ограничиваются кругом предпринимателей, они касаются каждого гражданина России. Защита прав гражданина (даже группы граждан) – потребителя продуктов и услуг субъектов предпринимательской деятельности является отныне правом самого потребителя, но не обязанностью государства. Только от воли самого потерпевшего как заявителя-обвинителя зависит вмешательство государства в его отношения с предпринимателем в связи с возможным преступным нарушением его прав и законных интересов (в результате совершения преступлений, предусмотренных ст. 159, 159⁴–159⁶ УК РФ). Только заинтересованное лицо (потерпевший) решает, имеет ли деяние, причинившее ему вред, затронувшее его интересы, уголовно-правовую характеристику или нет. Значит, пока длится гражданско-правовой спор между предпринимателем и другими субъектами по вопросам, составляющим предмет потенциального обвинения, т. е. признаки одного из преступлений, перечисленных в ч. 3 ст. 20 УПК РФ, предприниматель пользуется иммунитетом от уголовного преследования. И если, например, деятельность субъекта формально подпадает под определение, данное в ч. 3 ст. 20 УПК, но на самом деле он имел целью хищение чужого имущества тем или иным способом (строительство финансовой пирамиды, например) и никакой другой цели не имел, то и такого предпринимателя (лица, участвующего в предпринимательской деятельности), исходя из буквального смысла закона, нельзя преследовать в уголовно-правовом

порядке. В связи с этим не трудно предположить, что еще более распространится практика создания субъектами, потенциально способными стать субъектами уголовного преследования, искусственных преюдиций в гражданском (арбитражном) суде, чтобы в дальнейшем снять угрозу вмешательства уголовной юстиции в «хозяйственный» спор. Фигура потерпевшего становится ключевой для перевода «хозяйственного» спора в уголовно-правовую плоскость. Вокруг него, вокруг его позиции и будет, очевидно, вестись юридическая и скрытая борьба между правоохранителями и субъектами предпринимательской деятельности, подвергшимися уголовному преследованию.

Сделаем заключительный штрих к портрету современной российской действительности в сфере противодействия «беловоротничковой» преступности. Российский законодатель немало поработал над тем, чтобы отделить «агнцев божьих» (предпринимателей) от прочих «козлиц» в том, что касается применения мер уголовно-процессуального принуждения.

В концептуальном плане вектор развития данного института был определен самим президентом России Д. Медведевым [26]. Первым шагом по созданию специализированного института мер уголовно-процессуального пресечения в отношении предпринимателей стало воплощение в жизнь так называемых президентских поправок ст. 108 УПК РФ специальным законом [5, 6, 9]. Согласно ч. 1¹ ст. 108 в редакции федерального закона от 7 апреля 2010 г. № 60-ФЗ заключение под стражу в качестве меры пресечения не может быть применено в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений, предусмотренных ст. 159, 160, 165, если эти преступления совершены в сфере предпринимательской деятельности, а также ст. 171–174¹, 176–178, 180–183, 185–185⁴, 190–199² Уголовного кодекса Российской Федерации, при отсутствии обстоятельств, указанных в п. 1–4 ч. 1 ст. 108. В дальнейшем редакция данной статьи была изменена за счет расширения перечня статей УК, на которые распространялось ее действие [5, 6, 9].

Системное толкование норм, содержащихся в ч. 1 и 1¹ ст. 108 УПК РФ, приводит к выводу, что заключение под стражу в качестве первичной меры пресечения не может быть применено в отношении обвиняемого в совершении преступлений, предусмотренных ст. 171–174¹, 176–178, 180–183, 185–185⁴, 190–199² УК РФ, при отсутствии обстоятельств, указанных в п. 1–4 ч. 1 ст. 108 УПК. Если лицо обвиняется в совершении преступлений, предусмотренных ст. 159, 160, 165 УК, и эти преступления были совершены в сфере предпринимательской деятельности, то заключение под стражу не может быть применено и при наличии обстоятельств, указанных в п. 1–4 ч. 1 ст. 108 УПК.

Теперь запрет на арест предпринимателей носит исключительный характер, что лишний раз подтвердил Верховный суд РФ вначале своими разъяснениями [27], а затем двумя решениями по уголовному делу М. Ходорковского и П. Лебедева, создавшими важный прецедент¹. Так что теперь в России (в отличие от Республики Беларусь) к предпринимателям, точнее, к лицам, подпадающим под действие ч. 1, 1¹ ст. 108 УПК РФ, в качестве наиболее строгих мер пресечения могут применяться лишь домашний арест и залог, брать же их под стражу нельзя. Констатируем, что для лиц, совершивших преступления в сфере предпринимательской деятельности, создана привилегия.

Российское законодательство, регулирующее такие меры пресечения, как залог и домашний арест, сильно изменилось. Мы считаем, что одним из мотивов, двигавших законодателем, было создание привилегированного правового режима для обвиняемых в совершении преступлений экономической направленности. Не будем подробно останавливаться на всех новшествах, укажем несколько характерных моментов, сопровождавших их появление, а также тех соображений, которые в связи с этим у нас возникали.

Вначале скажем о залоге как мере пресечения. По делам о преступлениях, перечисленных в ч. 1¹ ст. 108 УПК, применение залога в качестве меры пресечения призвано было заменить, с одной стороны, заключение под стражу обвиняемых, а с другой – подписку о невыезде. По замыслу законодателя, это, наверное, должно было сделать практику уголовно-процессуального принуждения более адекватной условиям буржуазного общества и правового государства. Так, в послании президента России Д. Медведева Федеральному собранию РФ отмечалась приоритетность залога в качестве меры пресечения по делам об экономических, налоговых преступлениях [26].

Новая редакция ст. 106 УПК РФ в полной мере воплощает в себе основные содержательные моменты президентского послания. Впрочем на практике залог так и остался экзотикой. Причина проста: наши предприниматели банально не желают вносить залог и рисковать своими средст-

¹ Так, судебная коллегия по уголовным делам Верховного суда РФ своим надзорным определением от 15 апреля 2011 г. (дело № 5-Д 11-29) постановление судьи Хамовнического районного суда г. Москвы от 16 августа 2010 г., кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 2 сентября 2010 г., постановление президиума Московского городского суда от 18 февраля 2011 г. в отношении М. Ходорковского и П. Лебедева о продлении срока содержания под стражей отменила и признала незаконным содержание указанных лиц под стражей с 17 августа 2010 г. по 17 ноября 2010 г. В надзорном определении судебной коллегии по уголовным делам Верховного суда от 13 сентября 2011 г. (дело № 5-Д 11- 63) содержится аналогичное решение.

вами в ситуациях, когда встает вопрос об избрании по отношению к ним меры пресечения по уголовному делу. Что же касается неплатежеспособных обвиняемых в «общеуголовных» преступлениях, то забота о гуманизации нашего уголовно-процессуального законодательства явно не для них. Между тем, с нашей точки зрения, надо принимать меры для того, чтобы и бедные могли рассчитывать на освобождение под залог в качестве меры пресечения. А то у нас получилось, что богатый может быть выпущен под залог, бедный должен жертвовать своей личной свободой. Эта несправедливость столь очевидна, что в некоторых странах (США, например) предприняты специальные меры по ее смягчению: реализуется федеральная программа по выдаче государством кредита малоимущим обвиняемым для внесения назначенной судом суммы залога. Пока же мы констатируем еще одно подтверждение нашей мысли о закреплении неравенства в уголовно-процессуальном праве.

Домашний арест стал, видимо, оптимальной формой партнерства бизнеса и государства по вопросу о мерах пресечения, допускаемых по отношению к предпринимателям (судя по тому, с какой тщательностью законодатели отработывают порядок применения этой меры пресечения [7, 28]). Мы обратим внимание только на одну маленькую деталь, предшествовавшую принятию ФЗ от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ, который в принципиальном плане обновил (а фактически заново создал) меру пресечения в виде домашнего ареста по уголовным делам.

Дело в том, что существовал проект ФЗ «О внесении изменений в статью 107 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», разработанный Министерством юстиции России¹. В нем содержалось предложение ввести такую норму: «9. В случае неоднократного нарушения лицом, к которому применена мера пресечения в виде домашнего ареста, его условий, определенных судом, по ходатайству должностного лица, в производстве которого находится уголовное дело, домашний арест может быть заменен судом на заключение под стражу на тот же срок. В случае если в соответствии с подпунктом 1.1 части первой статьи 108 настоящего Кодекса в отношении подозреваемого или обвиняемого, нарушающего условия домашнего ареста, заключение под стражу в качестве меры пресечения применено быть не может, на это лицо судом может быть наложено денежное взыскание в размере от двух тысяч пятисот до одного миллиона рублей». Анализи-

¹ Документ был распространен среди участников Всероссийской межведомственной научно-практической конференции «Судебная защита прав и свобод человека и гражданина при применении мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста», проведенной 25–26 ноября 2010 г. в Нижнем Новгороде, от имени Верховного суда РФ.

руемая норма выявила явное желание еще больше оградить предпринимателей от заключения под стражу, исключив такое основание, как нарушение ранее избранной меры пресечения (в виде домашнего ареста)¹. Для предпринимателя, нарушившего запреты и ограничения, установленные при помещении его под домашний арест, проектировались только штрафные санкции.

Итак, мы вполне можем говорить как о свершившемся факте о создании специальных уголовно-процессуальных гарантий от применения к предпринимателям некоторых мер принуждения в ходе расследования по уголовному делу – как и планировалась некоторыми выразителями интересов промышленников и предпринимателей [29].

Сделаем окончательные выводы.

Мы не разделяем праволиберальной идеологии об ограничении вмешательства государства в юридические отношения собственников, которая лежит в основании НУЭП, считаем, что эта политика разрушительна для нашего общества и государства и является антиправовой.

Согласно ч. 1 ст. 19 Конституции России все равны перед законом и судом. Уголовно-процессуальное законодательство должно строиться на этом принципе. По крайней мере, в гл. 2 УПК РФ есть ст. 6, в которой назначение уголовного судопроизводства мыслится без каких-либо изъятий ко всем и каждому. Всегда считалось, что право предлагает равный масштаб к разным людям. Дифференциация между ними в структуре буржуазного общества, конечно, все равно происходит, но формальное равенство есть основа правового регулирования. Это аксиома.

В НУЭП воплотилась идея, смысл которой хорошо выразил в своем знаменитом афоризме Дж. Оруэлл: «Все животные равны, но некоторые равнее других» («Скотный двор»). Это не есть хорошо. Принцип всеобщего равенства перед законом и судом напрямую связан с понятием справедливости, которая, в свою очередь, цементирует общество. Если указанный принцип нарушен, справедливость государственно-правового строя неминуемо будет поставлена под сомнение.

Есть грань, которую не следовало бы законодателю переходить: не надо было открыто (нагло) непосредственно в законе проводить разграничительную линию между верхами и низами, допуская на законо-

¹ Из смысла п. 1–4 ч. 1 ст. 108 УПК вытекает, что применительно к делам указанной категории обстоятельства, предусмотренные п. 1–2, не актуальны. Очевидно, что в качестве первоначальной меры пресечения заключение под стражу по отношению к лицу, подозреваемому или обвиняемому в совершении преступлений, перечисленных в ч. 1¹ ст. 108 УПК, может быть применена только тогда, когда будет доказано, что оно нарушило ранее избранную меру пресечения (п. 3 ч. 1 ст. 108 УПК РФ) или скрывалось от органов предварительного расследования или суда, что отражается в ходатайстве следователя (п. 4 ч. 1 ст. 108 УПК РФ).

дательном уровне неравенство, закладывая мину под все государственно-правовое устройство. Уголовно-процессуальное законодательство в последнее время развивается по принципу умножения частных изъятий (для избранных) из общих правил (для всех остальных). Но не будет жизнеспособным результат такой модернизации уголовного процесса, в результате которой упрочится привилегированное положение богатых и наделенных властью. Наши люди разуверились в справедливости системы, это самое страшное для Права.

Разумеется, мы живем в буржуазном обществе, основой которого является частная собственность и движущей силой – преумножение ее. Но если эта сила не ограничена рамками закона (в пользу слабых, конечно), рушится все общество. Правовой нигилизм вначале распространился среди элиты, а уже потом стал массовым явлением, удостоившись порицания со стороны элиты. Предприниматели как ведущий класс вновь созданного буржуазного общества сами создали ту среду (лицемерия и лжи), в которой задыхаемся все мы. Ситуация с правовым нигилизмом только осложняется тем, что закон открыто и прямо выделяет целую группу граждан в число неприкасаемых для уголовной юстиции, последняя же все более действует в режиме «ручного управления», а не самостоятельного механизма, подчиняющегося исключительно закону.

Известно, нация всегда или слагается, или разлагается. *Tertium non datur*. «Сплоченность или приобретает, или утрачивается, смотря по тому, насколько жизнеспособен замысел, который воплощает в данную минуту государство» [30, с. 160]. Сильное социальное расслоение раскалывает общество. А у нас общество атомизировано и далее стремительно распадается, деградирует (попросту вымирает физически). Между тем элита озабочена сохранением своих капиталов в офшорах и выкачиванием природных ресурсов из своих колониальных (российских то есть) владений.

Есть сомнения в дееспособности современной российской элиты, сформированной по благу, по принципу личной преданности, и в связи с этим сервильной, алчной, коррумпированной. Она является ответственной за последствия 90-х гг., а признавать это не хочет, а хочет только, чтобы ее не трогали. Отсюда и выверты НУЭП, о которых шла речь.

Тезис о необходимости невмешательства государства в хозяйственные споры, ограничения активности правоохранительных органов, на наш взгляд, не выдерживает критики. Ведь тем самым, презюмируется неправомерность государства, поощряются антигосударственные настроения, подрываются устои правопорядка. А должно быть так, чтобы уголовная юстиция срабатывала там и тогда, где и когда неправомерное поведение собственника в сфере предпринимательской деятельности затрагивает интересы других лиц или же опасно для общества в

целом, поскольку подрывает правопорядок в сфере предпринимательской деятельности, составляет угрозу экономической безопасности страны. Правовой механизм уголовного преследования должен быть настолько эффективным, чтобы общество было гарантированно защищено от наиболее опасных антисоциальных проявлений, в том числе налоговых и экономических преступлений, совершаемых в сфере предпринимательской деятельности.

Гарантии безопасности ведения бизнеса в России не могут входить в противоречие с эффективностью уголовной полиции и юстиции. Это не взаимоисключающие вещи, а, напротив, взаимодополняющие, что подтверждает опыт всех развитых стран. Поэтому попытки отгородить предпринимательскую деятельность от уголовной юстиции бесперспективны, более того, они вредны, так как превращают общество в сословное, феодальное, не говоря уже об эрозии нравов. Все новые и новые шаги (видимо, они еще последуют), в которых воплощена идея сословного покровительства, ведут к деградации правоохранительной системы.

Уже предпринятые меры по «модернизации» уголовной политики в экономической сфере свидетельствуют о том, что: 1) созданы невиданные в мире гарантии неприкосновенности представителей бизнес-сообщества (буржуазии) от уголовной юстиции; 2) отсутствует политическая воля бороться с элитарной экономической преступностью, подчинившей себе целые отрасли народного хозяйства; 3) нет внятной стратегии на формирование правового механизма, отвечающего потребностям всего общества, а не только отдельных его слоев; 4) есть полная сумятица по вопросу об устройстве и форме деятельности обвинительной власти (что ведет к ее параличу)¹. Все это признаки кризиса, упадка правовой культуры.

У власти и общества должно быть общее понимание относительно целей уголовной политики, правосудия, что достигается через диалог, открытость. Между тем у российской власти (и у прокуратуры, и у суда) есть проблема в том, чтобы убедить общество в «правости» закона и справедливости его применения в связи с предполагаемыми фактами нарушения его некоторыми лицами (Ходорковский, Платонов, Навальный и пр.). Можно с сожалением констатировать, что власть до последнего времени избегала дискуссии с оппонентами (делая вид, что их нет), почему-то продолжает цепляться за старые схемы общения и об-

¹ Этому способствуют административная чехарда с созданием новых правоохранительных структур вроде СКР («русского ФБР»), проектами вроде налоговой полиции (финансовой гвардии), перестройкой/переименованием существующих, постоянными переделами их полномочий и юрисдикций, а еще – выстраиванием независимой вертикали следственной власти в уголовном процессе, перманентными поправками в УК, УПК и пр.

ращения с обществом (монолог). В условиях интернета это тупиковый путь. Общество имеет речевое устройство, и диалог является необходимым условием любого общественного проекта, когда люди имеют право принять его или отвергнуть.

Итогом 20-летнего реформирования уголовного судопроизводства стал правовой механизм, беспомощный в борьбе с глобальной коррупцией и расхищением национальных (природных) богатств и в то же время успешно «утрамбовывающий» ежегодно по 100 тыс. человек в места лишения свободы, превзойдя в этом отношении даже советские показатели. А системной борьбы с экономической преступностью как не было, так и нет. Имеет место по большей части имитация этой борьбы, т. е. борьба за дутые показатели «раскрываемости», «направляемости» и пр.

Результаты борьбы с элитной «беловоротничковой» преступностью более чем скромные. Нужны «посадки», как выражается В. Путин. И тут возникает вопрос о чистке элиты. Современная обвинительная власть просто не способна на это. Когда же дойдем до операции «Чистые руки», наподобие той, что провели в Италии в конце 1980-х гг.? Пока преобладает «сердюковщина».

Нужна продуманная, системная работа по реформированию уголовного и уголовно-процессуального права. Время обсуждения самобытного пути правового развития прошло. Опыт учит, что ничего нового мы изобрести не можем. Значит надо воспользоваться теми юридическими моделями и механизмами, которыми уже давно и с успехом пользуются западные демократии для противодействия «беловоротничковой» преступности. Именно через адаптацию западных правовых технологий надо создавать концепцию борьбы с экономической преступностью и коррупцией. Так поступили наши более дальновидные соседи по СНГ, ориентированные на европейскую интеграцию. Надо объявить мораторий на новые непродуманные, скороспелые самобытные новации уголовного и уголовно-процессуального законодательства под лозунгами гуманизации отношения к преступникам-предпринимателям. Механизм уголовного преследования, прекращения уголовного преследования должен быть общим для всех граждан. Соответственно надо пересмотреть последние изменения уголовно-процессуальных норм (ч. 1¹ ст. 108, ст. 140, 28¹, 90 УПК РФ) и ряда уголовно-правовых норм, обесценивших уголовную политику борьбы с преступностью в сфере предпринимательской деятельности.

1. Александров А.С., Александрова И.А. Новая уголовная политика в сфере противодействия экономической и налоговой преступности: есть вопросы // Б-ка криминалиста. 2013. № 1.

2. Александров А.С., Александрова И.А. *Cui prodest...* // ЭЖ-юрист. 2012. № 46.

3. Модернизация уголовного законодательства в сфере экономики [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.kapitalisty.ru/action>.

4. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации, направленных на исключение возможности решения хозяйственного спора посредством уголовного преследования [Электронный ресурс] : законопроект. Режим доступа: http://www.economy.gov.ru/minrec/about/structure/dep gos regulirineconomy/doc20120926_01.

5. О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон Рос. Федерации от 29.12.2009 № 383-ФЗ : в ред. федер. закона Рос. Федерации от 07.02.2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

6. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон Рос. Федерации от 07.04.2010 № 60-ФЗ : в ред. федер. закона Рос. Федерации от 06.12.2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

7. О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон Рос. Федерации от 07.12.2011 № 420-ФЗ : в ред. федер. закона Рос. Федерации от 30.12.2012. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

8. О внесении изменений в статьи 140 и 241 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон Рос. Федерации от 06.12.2011 № 407-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

9. О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации : федер. закон Рос. Федерации от 29.11.2012 № 207-ФЗ // Рос. газ. 2012. 3 дек.

10. Об объявлении амнистии : постановление Гос. Думы от 02.07.2013. № 2559-6 ГД // Рос. газ. 2013. 4 июля.

11. Пояснительная записка к проекту Федерального Закона «О внесении в часть первую Налогового Кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.duma.gov.ru> http://www.consultant.ru/document/cons_doc_PRJ_69345/.

12. Александров А.С. Прекращение уголовного преследования по делам, связанным с нарушением законодательства о налогах и сборах (ст. 28¹ УПК) // Уголов. право. 2010. № 2.

13. Александров А.С. Решение хозяйственного спора без уголовного преследования // ЭЖ-юрист. 2012. № 43.

14. Александров А.С., Александрова И.А. Новеллы УК и УПК РФ о прекращении уголовного преследования по делам о налоговых преступлениях // Уголов. процесс. 2012. № 1.

15. Александров А.С., Александрова И.А. Новеллы УК и УПК РФ о прекращении уголовного преследования по делам о преступлениях в сфере экономики // Уголов. процесс. 2012. № 2.

16. Александров А., Горюнов В., Пятышев Я. Иммуниет от уголовного преследования // ЭЖ-юрист. 2013. № 24.

17. О практике применения судами уголовного законодательства об ответственности за налоговые преступления : постановление Пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 28.12.2006 № 64 // Рос. газ. 2006. 31 дек.

18. По делу о проверке конституционности положений статьи 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан В.Д. Власенко и Е.А. Власенко : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 21.12.2011 № 30-П // СЗ РФ. 2012. № 2.

19. По делу о проверке конституционности положений статьи 113 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Г.А. Поляковой и запросом Федерального арбитражного суда Московского округа : постановление Конституц. Суда Рос. Федерации от 14.07.2005 № 9-П // СЗ РФ. 2005. № 30, ч. 2.

20. По жалобе гражданина Суринова Татевоса Романовича на нарушение его конституционных прав статьей 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституц. Суда Рос. Федерации от 15.01.2008. № 193-О-П // СЗ РФ. 2008. № 18.

21. Головкин Л.В. Три аксиомы применения института преюдиции в уголовном процессе // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве : материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной памяти д-ра юрид. наук, проф. Полина Абрамовны Лупинской. М. : Элит, 2011.

22. Дикарев И.С. Повод для возбуждения уголовных дел о налоговых преступлениях // Налоги. 2012. № 3.

23. Бажанов С. Взаимодействие Следственного комитета с полицией и налоговыми органами // Законность. 2011. № 10.

24. О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации : федер. закон Рос. Федерации от 29.11.2012. № 207-ФЗ // Рос. газ. 2012. 3 дек.

25. Пояснительная записка к проекту ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации, направленных на исключение возможности решения хозяйственного спора посредством уголовного преследования» [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.economy.gov.ru/minrec/about/structure/depgosregulirineconomy/doc20120926_01.

26. Послание Президента России Д. Медведева Федеральному собранию Российской Федерации // Рос. газ. 2009. 13 нояб.

27. О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста : постановление пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 29.10.2009 г. № 22 : в ред. постановлений пленума Верхов. Суда Рос. Федерации от 10.06.2010 № 15, 23.12.2010 № 31, 09.02.2012 № 3, 14.06.2012 № 11. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

28. О внесении изменения в статью 107 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : федер. закон Рос. Федерации от 11.02.2013 № 7-ФЗ // СЗ РФ. 2013. № 7.

29. Юргенс И. От суммы и от тюрьмы. Предприниматель должен жить спокойно, а не ждать приезда «воронки» // Рос. газ. 2010. 12 фев.

30. Ортега-и-Гассет Х. Восстание масс. М. : АСТ : СТ МОСКВА, 2008.

А.И. Бойко, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Южно-Российского института – филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Ростов-на-Дону), доктор юридических наук, профессор

ТЕОРИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ ПРАВА В СВЕТЕ МОНИТОРИНГА УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Уголовный кодекс и практика его применения всегда находятся в зоне правозащитной критики и нравственной экспертизы общества, что объясняется принудительным характером уголовно-правовой отрасли. В условиях же постоянного [1, с. 11], обильного¹, часто хаотичного² обновления УК (что как раз имеет место в реформируемой России) количество негативных откликов в адрес национального парламента заметно увеличивается. Проблема эффективности государственной деятельности в сфере борьбы с преступностью естественным образом выходит на первый план.

Разумеется, любое государство стремится к тому, чтобы погрешностей в сфере законотворчества и правоприменения было как можно меньше, но такое стремление окажется безрезультатным, если нет четкой программы блокирования юридических недоразумений, если отсутствует научное обеспечение правотворческой и правоохранительной деятельности, если деятельность парламента, следствия и суда не отслеживается на постоянной основе, отчего качество УК и практика его применения оставляют желать лучшего. Эти доводы власти начинают понимать, приступив к мониторингу правовых средств, используемых в борьбе с преступностью. Застрельщиком на этом направле-

¹ Известнейший авторитет отраслевой науки СССР и РФ Н.Ф. Кузнецова в статье «О совершенствовании уголовного закона» (Рос. юстиция. 2009. № 5. С. 12) указывает, что обновление УК РФ «протекает с беспрецедентной в мировой истории интенсивностью», а криминолог с мировым именем В.В. Лунеев в статье «Свобода лучше, чем несвобода?» (Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2012. № 4 (27). С. 20) добавляет, что «после принятия в 1996 г. УК РФ в него было внесено более чем сотней федеральных законов свыше 3 000 изменений и дополнений (далеко не всегда научно и практически обоснованных)».

² По нашим подсчетам, в УК за 16 лет добавлено 45 новых статей (12 % от общего числа первоначальных статей), полностью переделаны 77 статей, в ст. 171, 205, 228, 234, 326 изменения вносились по семь раз, а решения по криминализации клеветы поменялись на 180° с разрывом в четыре месяца.

нии в России выступил Совет Федерации ФС РФ¹, а позже аналогичные усилия предприняли и другие учреждения власти и науки (Департамент законопроектной деятельности и мониторинга правоприменения Министерства юстиции РФ, Департамент по контролю и мониторингу исполнения решений органов Федеральной палаты адвокатов РФ, отдел мониторинга законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Центр мониторинга законодательства и правоприменительной практики Российского союза промышленников и предпринимателей, Центр мониторинга государственного управления и права РАГС при Президенте РФ и т. д.). А еще совершенство УК РФ проверяется в рамках парламентских слушаний, всевозможных круглых столов и симпозиумов, приуроченных к юбилейным датам со дня его принятия.

Итак, требование эффективности уголовно-правовых средств ныне актуализировалось. Оценку результативности закона и правоприменительной деятельности следует определять с помощью так называемого мониторинга. В свете рассматриваемой темы мониторинг законодательства есть оценка его качества как продукта человеческой деятельности. Но такой вывод будет наиболее точным, если определение совершенства закона осуществляется в два приема: вначале положительный результат принимаемых поправок к УК проектируется с опорой на предыдущую следственно-судебную практику, затем эти расчеты проверяются по итогам правоприменения. Значит ожидается способность науки разработать теорию правотворчества (условий и правил создания совершенного закона) и теорию его эффективности (критериев и показателей результативности употребляемых правовых средств). А задача государственных учреждений, осуществляющих мониторинг (уголовного) закона, заключается в органичном соединении двух уровней теоретических знаний.

Готова ли уголовно-правовая доктрина подставить властям плечо, снабдить заинтересованные ведомства (как творящие, так и применяющие законодательство) соответствующими рекомендациями? Отвечаем: готова и поболее других отраслей правоведения. Отраслевая наука России еще в XIX в. создала и пропагандировала высокодуховную теорию под названием «обоснование права наказывать». Позже (СССР) градус умствований понизился, криминалисты нащупали те социальные детерминанты, которые нужно принимать в расчет право-

¹ В верхней палате российского парламента проводились ежегодные конференции по стандартной теме «Мониторинг законодательства и правоприменительной практики» и готовились доклады «О состоянии законодательства в Российской Федерации» [2].

творческим учреждениям, а в итоге создали стройную систему критериев законодательной деятельности – теорию криминализации и пенализации общественно опасных деяний, которую вся отечественная юриспруденция могла бы принять за основу мониторинга.

В РФ государственный мониторинг законодательства начался в 2011 г. и возложен он на Министерство юстиции [3], определены его параметры [4] и создана очень хорошая методика осуществления [5]. Все бы ничего, но: а) в Министерстве юстиции и других учреждениях господствует упрощенное представление о мониторинге – только как о механическом сборе критических отзывов на закон правоприменительных учреждений и судов с последующей их обработкой; б) по сути, производится не объявленный официально мониторинг правоприменения, а мониторинг правотворчества; в) результаты практики используются для оценки уже принятого (что хуже), а не проектируемого (что лучше) закона. Мы же предлагаем понимать мониторинг нормотворчества как такую деятельность специализированных инстанций по проверке качества правоустанавливающей деятельности государства, когда одновременно учитываются и предварительное соблюдение депутатским корпусом важнейших социальных показаний (критериев криминализации и пенализации общественно опасных деяний), и итоговая результативность (эффективность) принятых юридических правил, проявленных в деятельности судов, правоохранительных и пенитенциарных учреждений.

Отсюда обязательным компонентом мониторинговых операций в (уголовном) правоведении служит определение эффективности правоохранительной системы, уголовного правосудия и пенитенциарных учреждений. Изучение проблем эффективности правовых средств началось в отечественной юриспруденции во второй половине XX в. [6, с. 10] и с тех пор идет с переменным успехом. Достигнутый уровень научных работ на этом направлении позволяет утверждать, что наметились два основных пути исследования проблем эффективности права: 1) создание общей теории эффективности; 2) разработка вопросов эффективности отдельных правовых установлений. Понятно, что любой исследователь до изучения эффективности той или иной правовой нормы стремится к максимальной определенности в понимании проблем, относящихся к общей теории эффективности в праве. Она же включает в себя следующие фрагменты: 1) выбор научного подхода к изучению эффективности права вообще; 2) определение условий, влияющих на эффективность права и закона; 3) содержание понятия «эффективность»; 4) критерии и показатели эффективности; 5) формализация процесса измерения эффективности. Рассмотрим и оценим последовательно данные фрагменты теории эффективности в уголовном праве.

1. Эффективность служит одним из критериев наших суждений о ценности (необходимости, полезности, результативности функционирования) права и вообще юридического регулирования в обществе. Конечно, право не имеет самостоятельной ценности [7, с. 5; 8, с. 20; 9, с. 24–25]. Однако решаемая уголовным правом задача защиты основных благ общества от преступных посягательств (ст. 2 УК РФ 1996 г.) сообщает ему свойство ценности вторичного порядка: результативно охраняя базовые ценности, средство само становится положительным явлением. В таком случае логично было бы предложить рассмотрение вопросов эффективности в аксиологическом плане, т. е. в рамках «учения о ценностях» [10, с. 30]. Но аксиологический подход к проблемам эффективности – не единственно возможный аспект ее рассмотрения. Ведь результативность правовых установлений устанавливается только в практике, т. е. социологическим путем [11, с. 11]. Социологический подход тесно связан с аксиологическим, составляет основу последнего. При исследовании эффективности права выработка критериев эффективности и установление содержания исследовательской операции относится к аксиологической проблематике, а установление и «добывание» конкретных показателей, эмпирических данных – предмет ведения социологии.

2. Бесспорным достижением теории эффективности в праве следует считать требование обязательного учета того, как влияют на эффективность юридических норм так называемые «привходящие силы». Аксиоматично, что правовые предписания будут осуществляться наиболее эффективно лишь при наличии благоприятных условий (в правоведении выделяется различное число условий эффективности правового регулирования, одни и те же условия именуются по-разному [12–17]). Данное положение представляется принципиально важным и методологически необходимым: оно предупреждает предъявление слишком завышенных требований к праву и гарантирует от поспешных, необоснованных изменений закона.

3. Как и всякое понятие высокой степени абстрактности, эффективность требует анализа своего содержания, собственного «оценивания» по определенным критериям. Здесь предстоит решить, пожалуй, наиболее сложный вопрос: следует ли включать понесенные затраты в понятие эффективности или же ограничивать ее толкование лишь выяснением результативности, степени достижения целей? В отечественной юриспруденции решению этой проблемы уделяли значительное внимание представители различных отраслей права. В результате одни ученые считают, что учет затрат – это обязательное условие научного определения эффективности правовых норм (такую позицию представляют А.С. Пашков, Л.С. Явич, Н.Ф. Кузнецова, М.Д. Шаргородский,

И.В. Шмаров, С.А. Шлыков, Ф.Н. Фаткуллин и др.). Другая группа ученых (В.Н. Кудрявцев, Б.С. Никифоров, В.И. Никитинский, И.С. Сомошенко, А.Б. Венгеров и др.) ограничивают определение эффективности лишь степенью достижения целей правового регулирования. Мы придерживаемся первой позиции, поскольку: а) экономия репрессии устойчиво почитается принципом уголовного права (хотя в УК РФ 1996 г. данный принцип и не закреплён, в доктрине он почитается практически за аксиому [18–22]); б) установка на результат любой ценой или без учета затрат противоречит ценностным ориентациям любого общества [23, с. 46–47]. На этой основе можно сформулировать дефиницию эффективности права как его свойство достигать поставленных в законе целей при минимально необходимых затратах, что наиболее полно реализуется при наличии надлежащих условий.

4. Закономерно предположение, что изучение эффективности любого средства опирается на четкие критерии [24, с. 9], а последние устанавливаются с помощью показателей. Впервые в отечественной (советской) науке уголовного права заявил о различии понятий «критерий» и «показатель» И.В. Шмаров. «Критерии эффективности исполнения наказаний», – писал он, – нельзя смешивать с показателями, используемыми для оценки достижения целей наказания. Очевидно, каждому критерию эффективности исполнения наказания должны соответствовать определенные показатели» [25, с. 62]. Добавим: в качестве показателей эффективности можно оперировать любыми статистическими данными, результатами социологических исследований. Требуется лишь, чтобы показатели «подбирались» под критерии, а не наоборот, чтобы характер использования показателей соответствовал, а не противоречил критериям эффективности права.

5. В специальной литературе можно отметить стремление отдельных ученых формализовать процесс измерения эффективности правового регулирования. Широко известна формула эффективности, предложенная А.С. Пашковым и Л.С. Явич, $C = (A - B) / K$, где C – вывод об эффективности правовой нормы, A – результат ее действия, B – первоначальное состояние, K – произведенные затраты [26, с. 45]. Предложения о применении математических методов с соответствующими формулами для изучения эффективности отдельных правовых норм вносили и иные авторы [27–30]. Безусловно, данный подход к выявлению полезности юриспруденции придает окончательным выводам большую убедительность. Однако на данном этапе научных знаний подобные предложения позволительно рассматривать скорее в методологическом плане, нежели ожидать их практического претворения: «измерение эффективности... не обязательно требует числовых показателей. Они могут основываться

на относительных величинах типа: низкая, средняя, максимальная; худшая, средняя, лучшая; малая, средняя, большая, в которых уже содержится три относительные градации интенсивности» [31, с. 243].

Таким образом, на основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы:

1. Изначально предполагается высокая рациональность, совершенство, результативность государственного управления, особенно в такой болезненной сфере, как борьба с преступностью.

2. В идеале сама власть должна стремиться к созданию научной базы своей правотворческой и правоприменительной деятельности и к систематической проверке ее качества с помощью доктринальных методик.

3. Хорошо, что высшее руководство России озаботилось проблемой мониторинга законодательства; и не беда, что оно слабо представляет себе все аспекты решения данной проблемы.

4. В теории уголовного права правила создания качественного (т. е. социально-адекватного и рационально скроенного) законодательства и проверки его совершенства, а равно методики замеров результативности принудительных мер давно исследуются по причине того, что борьба с преступностью отличается жесткостью и затратна.

5. В нашей отрасли юридических знаний задача мониторинга права выглядит как единство двух подходов: оценка социальной адекватности и технического совершенства закона (критерии криминализации и пенализации общественно опасных деяний); оценка результатов применения уголовного закона в деятельности суда, правоохранительных и пенитенциарных учреждений (теория эффективности уголовно-правовых норм либо средств).

1. Причины нестабильности уголовного законодательства (в свете отечественных правотворческих традиций) // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке. М. : Проспект, 2012.

2. О состоянии законодательства в Российской Федерации : доклад Совета Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 2007 г. / под общ. ред. С.М. Миронова, Г.Э. Бурбулиса. М. : Совет Федерации, 2008.

3. О мониторинге правоприменения в Российской Федерации : указ президента Рос. Федерации, 20 мая 2011 г., № 657 // Собр. законодательства РФ. 2011. № 21. Ст. 2930.

4. Положение о мониторинге правоприменения в Российской Федерации : утв. указом президента Рос. Федерации, 20 мая 2011 г., № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» // Собр. законодательства РФ. 2011. № 21. Ст. 2930.

5. Методика осуществления мониторинга правоприменения в Российской Федерации : постановление правительства Рос. Федерации, 19 авг. 2011 г., № 694 // Собр. законодательства РФ. 2011. № 35. Ст. 5081.

6. Алексеев С.С. Об основных общетеоретических направлениях развития советской юридической науки // Роль права в развитии социалистической экономики и демократии на современном этапе : тез. докл. и науч. сообщений межвуз. теорет. конф. М. : МГУ, 1966.
7. Ковалев М.И. К вопросу об эффективности уголовного законодательства // Проблемы эффективности уголовного закона. Свердловск : СвЮИ, 1975.
8. Рабинович Н.М. Социалистическое право как ценность // Проблемы социалистической законности на современном этапе развития Советского государства : тез. докл. межвуз. науч. конф. Харьков : ХЮИ, 1968.
9. Шлыков С.А. О содержании понятия эффективности правовых норм // Тр. ВНИИСЗ. Вып. 8. М., 1977.
10. Философская энциклопедия. Т. 1. М.: Энциклопедия, 1960.
11. Никифоров Б.С. К вопросу об изучении эффективности уголовно-правовых мер борьбы с преступностью // Эффективность уголовно-правовых мер борьбы с преступностью. М. : Юрид. лит., 1968.
12. Веремеенко И.И., Попов Л.Л., Шергин А.П. Понятие и условия эффективности административных санкций // Правоведение. 1972. № 5.
13. Георгиев Г. Эффективность законодательства – сущность, критерии и условия // Правна Мисъл (НРБ). 1971. № 2.
14. Коган В.М. Уровни анализа эффективности уголовно-правовых норм // Вопросы борьбы с преступностью. М., 1979. Вып. 30.
15. Фаткуллин Ф.Н., Чулюкин Л.Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1977.
16. Хомовский А.А. Объекты изучения эффективности действия права // Совет. государство и право. 1977. № 3.
17. Шикин Е.П. Факторы, определяющие эффективность норм права // Совет. государство и право. 1973. № 5.
18. Стручков Н.А. Срок лишения свободы и воспитательные возможности наказания // К новой жизни. 1965. № 9.
19. Советское уголовное право. Общая часть. М. : Изд-во МГУ, 1974.
20. Сахаров А.Б. О принципах социалистического уголовного права // Правоведение. 1969. № 4.
21. Дагель П.С. О принципе целесообразности наказания // Правоведение. 1962. № 1.
22. Демидов Ю.А. Основные принципы советского уголовного права // Вопросы борьбы с преступностью. М., 1969. Вып. 9.
23. Лысов М.Д. Наказание и его применение за должностные преступления. Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1977.
24. Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов (вопросы теории). Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1975.
25. Шмаров И.В. Критерии и показатели эффективности наказаний // Совет. государство и право. 1968. № 6.
26. Пашков А.С., Явич Л.С. Эффективность действия правовой нормы : (К методологии и методике социологического исследования) // Совет. государство и право. 1970. № 3.
27. Мелентьев М.П. О понятии и критериях эффективности деятельности исправительно-трудовых учреждений // Учен. зап. Перм. гос. ун-та. Пермь, 1970. № 247. (Вопр. уголов. права, процесса и криминалистики).

28. Рагимов И.М. Вопросы эффективности исправительно-трудового воздействия // Правоведение. 1978. № 5.

29. Хан-Магомедов Д.О. Некоторые математические методы изучения динамики судимости и применения наказаний // Вопросы борьбы с преступностью. М. : Юрид. лит., 1973. Вып. 18.

30. Чулюкин Л.Д. Эффективность уголовно-процессуальных норм и методика ее изучения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1977.

31. Теоретические основы предупреждения преступности. М. : Юрид. лит., 1977.

УДК 340.1

Г.А. Василевич, заведующий кафедрой конституционного права юридического факультета Белорусского государственного университета, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Республики Беларусь

АКТУАЛЬНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ ПОВЫШЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Проблема эффективности права всегда оставалась актуальной. Ведь право остается одним из основных средств воздействия на общественные отношения, их регламентации. Еще в советский период такие известные ученые-юристы, как А.Б. Венгеров, Д.А. Керимов, В.Н. Кудрявцев, Ю.А. Тихомиров, И.С. Самошенко и др., обращались к проблеме эффективности права. В настоящее время ей уделяется постоянное внимание в российской и белорусской литературе, в западных странах. Однако, к сожалению, в литературе обычно «измеряют» эффективность права, предлагают свои «рецепты» применительно к действующим правовым актам, меньше уделяя внимание тому, насколько сами акты являются оптимальными, соответствуют тем целям, которые зафиксированы в Конституции.

В связи с этим не вполне можем согласиться с распространенной в литературе точкой зрения, в соответствии с которой под реализацией права понимают осуществление правовых предписаний и иных положений в правомерном поведении граждан, их организаций, органов государства. Такой подход не акцентирует внимание на ориентирах, которыми следует руководствоваться нормотворческим и правоприменительным органам при осуществлении своей деятельности, а также гражданам, общественным формированиям.

Формула, которую обычно используют для оценки эффективности права, представляет собой соотношение между фактически достигнутым результатом и той целью, которая ставилась при принятии нормативного правового акта. Однако этого недостаточно. Затрагивая проблему целей правового регулирования, отметим, что они не могут быть результатом какого-то волюнтаристского усмотрения. Цели должны быть обусловлены объективными потребностями общественного развития. Где же источник такой информации? Так или иначе, как в древние века все дороги вели в Рим, так и в современный период всякая деятельность должна быть ориентирована на современную Конституцию, ее нормы и принципы. Пока Конституция отвечает вектору цивилизованного развития, ею необходимо руководствоваться. И лишь при утрате такой роли встает вопрос о ее замене новым Основным Законом, что и произошло в 1994 г. Конституция интегрирует всю систему правовых отношений. В ней определены цели государственного и общественного развития. Наиболее ярко они определены в преамбуле и первом разделе Конституции. При этом важно иметь в виду первостепенное значение принципов правового демократического социального государства для процесса нормотворчества и правоприменения, без руководства которыми нельзя построить такое государство. Они обеспечивают упорядоченность правовой регламентации общественных отношений, единство правоприменительной практики.

Реализация права означает претворение в жизнь конституционных норм и принципов как общеобязательных правил поведения. С учетом содержания конституционных принципов и норм можно оценить, насколько оптимально определены цели в актах текущего законодательства. Сквозь призму такого соответствия следует оценивать эффективность правового регулирования.

Важна системность законодательства, исходя из тех целей, которые провозглашены в преамбуле Конституции. Законодатель призван устанавливать основополагающие принципы правового регулирования. Приоритетность закона – не в механическом увеличении удельного веса законов в правовой системе, а в решении им основных, наиболее важных вопросов.

Безусловно, право не должно быть «всепроникающим». В основе правового регулирования надо шире использовать не разрешительный, а запретительный порядок, т. е. не перечислять, что можно сделать, а указывать, от чего гражданин должен воздерживаться, что ему запрещено. Такой метод правовой регламентации следует шире использовать в хозяйственных отношениях.

Нам надо научиться формулировать законы достаточно четко, чтобы позволить заинтересованным лицам (а в конкретных случаях с по-

мощью юридической консультации) предвидеть с разумной для данных обстоятельств степенью определенности те последствия, которые может повлечь за собой конкретное действие.

Необходимость избежать чрезмерной негибкости и не отставать от изменяющихся обстоятельств означает, что многие законы неизбежно сформулированы (в большей или меньшей степени) широко. Закон, предоставляющий публичной власти свободу усмотрения, должен определить ее пределы, а уровень требуемого уточнения зависит от конкретной области.

Результатом правотворческих предписаний должна быть определенность их содержания, ясность формулировок и их доступность для понимания. Без этого также трудно добиться эффективности в сфере управления. Важно обеспечить внутреннюю согласованность актов, исключить повторение сходных положений в различных актах одного уровня, тем более противоречия.

Принято считать «законом» только ту норму, которая сформулирована достаточно четко, чтобы гражданин мог скорректировать свои действия. Упорядочить нормотворческую деятельность, структурировать ее можно, если руководствоваться не умозрительными пожеланиями, а конституционными принципами. Повышению эффективности права может способствовать изменение отношения к общим принципам права: они должны стать обязательными к исполнению (руководству) в судебной и иной правоприменительной практике. Пока же у нас отношение к общим принципам, как к рекомендациям или благим пожеланиям. С этой проблемой связано также решение об официальном признании судебного прецедента в качестве источника права. Подчеркнем, что речь идет лишь об официальном признании, например фиксации данного факта в законе. В реальности судебный прецедент в нашей правовой системе как явление существует, другое дело, что разноречивой судебной и иной правоприменительной практики подрывает прецедентное право, препятствует его формированию. Строгое следование судебному прецеденту позволит укрепить законность, будет важным импульсом для нормотворческих и иных правоприменительных органов.

Судебная практика в силу ее особого влияния на нормотворческую и правоприменительную деятельность имеет определяющее значение. Ее воздействие снижается, когда она не учитывает принципы правового демократического социального государства. Наглядным примером является практика последних полутора лет формирования подходов к назначению уголовного наказания. Явный перебор в назначении лишения свободы в ущерб мерам материального харак-

тера (штрафу), непродуманное назначение таких наказаний, как ограничение свободы, исправительные работы, ведет к дополнительным расходам бюджетных средств, рецидиву преступлений. Косвенно подтверждает неэффективность, несбалансированность мер уголовного наказания систематическое принятие законов об амнистии. Полагаем, что наказание должно быть справедливым, адекватным тяжести совершенного деяния. Разве является таковым назначение семи-восьми лет лишения свободы врачу за 20 долларов незаконного вознаграждения от пациента или инженера СТО за обслуживание автомобиля. Такого рода практика и побудила автора данной публикации инициировать подготовку и отстаивать в течение почти года, несмотря на активное противодействие некоторых чиновников от правосудия, Концепции совершенствования мер уголовной ответственности и порядка их исполнения, которая в итоге была утверждена главой государства в декабре 2010 г.

Отмечая недостаточную эффективность применения закона судами, мы не исключаем принятие законов об амнистии в связи со значительными событиями в жизни страны. Например, абсолютно кстати он будет к 20-летию со дня принятия 15 марта 1994 г. Конституции Республики Беларусь. Причем было бы полезно основательно продумать концепцию такого закона, существенно отличающую его от предыдущих. Важно учесть мнение потерпевших, какие были совершены правонарушения, предусмотреть возможность освобожденному по амнистии лицу на свободе загладить причиненный ущерб государству, обществу, гражданам. Этот закон, предусматривающий освобождение от уголовной ответственности, следовало бы распространить как на осужденных за определенные преступления, так и совершивших подобные преступления. Остается актуальным наше предложение и проявленная в свое время инициатива по проведению экономической амнистии. Но здесь также не идет речь просто об освобождении от административной или иной ответственности: необходимо в течение установленного законом срока возместить причиненный ущерб (уплатить налоги, легализовать какие-то ранее совершенные неправомерные действия и т. п.).

Эффективности права способствует предсказуемость действий властных структур; стабильность правового регулирования (гражданин должен быть уверен, что он не подвергнется таким правовым последствиям, которые он не мог предвидеть в момент принятия своего решения, например о хозяйственной деятельности, заключении договора и т. п.). Вряд ли мы имеем основания утверждать об эффективности управления, если само законодательство нестабильно, подвержено конъюнктурным корректировкам. При этом, конечно, нельзя

искусственно «консервировать», сохранять акты неизменными, устанавливая какие-либо искусственные запреты на их корректировку, например определяя срок, в течение которого недопустимо вносить изменения и дополнения в ранее принятый правовой акт. Автор еще в начале 90-х гг. прошлого столетия обращал внимание на необходимость прогнозирования последствий принятия законов и иных нормативных правовых актов. Часто оптимизм по поводу нового акта исчезает через несколько недель, месяцев после его реализации. Значит разработчики проекта не просчитали все возможные последствия и варианты действия акта. Это касается как прав, свобод и обязанностей граждан, так и мер, направленных на предупреждение и искоренение коррупции, иных правонарушений. Изменить отношение к работе по подготовке проектов может реализация простого правила – обязательность отчета инициаторов и разработчиков проекта о ходе его реализации. К проекту должен прилагаться письменный прогноз результатов действия предлагаемого акта

В проекте Конституции для Европы есть очень важная статья, в которой закрепляется право граждан ЕС на хорошее управление. Таким образом, сразу появляется определенность отношений между властью и гражданами, их взаимные обязанности.

В качестве инструментов обеспечения эффективности права сейчас рассматривается правовой мониторинг, выработка технологии оценки регулирующего воздействия актов законодательства. Безусловно, это плодотворное направление деятельности. Оно может дать результаты, если правовой мониторинг будет осуществляться «придирчиво», т. е. объективно, без приукрашивания. К его осуществлению должны быть подключены общественные формирования, граждане. В качестве примера неэффективного предварительного правового мониторинга можем привести антикоррупционную экспертизу. Ее осуществляют, как правило, юристы, к ней почти не подключают специалистов, обладающих специальными знаниями, в том числе должностных лиц хозяйствующих субъектов, которые знают на практике, как закон можно «обойти».

В качестве позитивного момента отметим накопленный опыт обобщения высшими судебными инстанциями практики применения нормативных правовых актов. Однако такую аналитическую работу следует проводить в рамках каждого министерства, государственного комитета. Заслушивание отчетов руководителей по итогам работы за год явно недостаточно. Наиболее продуктивно мониторинг правового пространства осуществляется органами прокуратуры, которые вправе применить широкий спектр мер прокурорского реагирования, включая и принесение протестов.

Необходимо усилить контрольную функцию органов представительной власти. Это позволило бы придать новые импульсы работе представительных органов, т. е. тех институтов власти, которые наиболее близки к народу. Представительная демократия способна исключить консервацию системы отношений, расширить гражданам возможность на самовыражение. Без этого происходит отчуждение власти от народа, что ведет, как показывает зарубежный опыт, к печальным результатам.

Многие болевые проблемы, касающиеся демократии, лежат на поверхности и их решение не требует сверхусилий. Необходимо просто адекватно и оперативно реагировать на волю людей, вести разъяснительную работу относительно проводимой политики, исполнять обещания, данные в предвыборный период. Тогда не будет у граждан ощущения, что их достоинство как главных субъектов управления государством умалено. В этом кроется потенциал граждан как активных субъектов правовых отношений.

В процессе реализации права возникает множество проблем, споров, коллизий, требующих своего разрешения. В этом плане практика, действительно, является критерием истины – конституционности (законности) деяний различных субъектов правоотношений, качества нормотворческой деятельности государственных органов и должностных лиц, уровня правового сознания и правовой идеологии и др.

Процессу юридации общественных отношений способствует деятельность конституционных судов, Европейского суда по правам человека. Их вклад значителен в развитие государств как правовых, так и демократических. Опыт работы, особенно Европейского суда по правам человека, опыт стран, недавно вступивших в Совет Европы, Европейский союз, для нас полезен, его следует изучать и все, что приемлемо, использовать в процессе нормотворческой и правоприменительной деятельности.

Помимо Конституции в государстве могут быть иные «связующие» юридические документы, направленные на консолидацию общества, согласованную деятельность субъектов государственной и политической власти. Формализовать эти действия могут программные законодательные акты. В соответствии с Конституцией в нашей республике принимаются такие программные законы, как об основных направлениях внутренней и внешней политики; военной доктрине. Кроме того, законодательством предусмотрено издание указов программного характера – директив Президента. К сожалению, в полной мере программный закон об основных направлениях внутренней и внешней политики еще не выполняет свою функцию. Хотелось бы, чтобы имен-

но на Конституции и на его основе осуществлялась текущая нормотворческая деятельность. Для этого необходимо усилить содержательную часть названного закона, превратить его в документ стратегического характера на определенный период как базу деятельности соответствующих органов представительной власти, например парламента, главы государства. Этот нормативный правовой акт мог бы включать цели и задачи правового регулирования, основные показатели в сфере экономики, социальной жизни общества и государства. Его следовало бы принимать после активного и широкого обсуждения не только в стенах парламента, его комиссиями, но и с использованием возможностей интернета. После принятия с этим законом должна сверяться текущая законотворческая деятельность. Аналогичные предложения касаются и президентских директив – актов политико-программного характера, положения которых реализуются как непосредственно, так и в результате нормотворческой деятельности правительства, министерств, государственных комитетов, иных органов исполнительной, а также представительной власти.

Как программа деятельности правительства, так и программный закон, принимаемый парламентом, должны быть вектором нормотворческой и правоприменительной деятельности.

В консолидированном виде необходимо издавать программы депутатов, которые победили на выборах, чтобы избиратели, общественность могли осуществлять контроль за их реализацией.

Примером для граждан в сфере исполнения правовых нормы являются должностные лица. Их поведение прямо или косвенно воздействует на правовое сознание граждан.

Для руководителей различного уровня следует определить критерии эффективности их управленческой деятельности. Часто излишние экономически не просчитанные показатели толкают отдельных руководителей на правонарушения. Например, валовые показатели провоцируют приписки, что составляет значительную долю коррупционных преступлений.

Для правоохранительных органов желательно определять такие показатели, которые бы учитывали как ведомственные, так и общественные интересы. Меры в этом направлении уже принимались, но работу следует продолжать.

В нашем законодательстве должна быть закреплена содержащаяся в ряде западных стран норма, в соответствии с которой каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц. К этому обязывает правовой характер нашего государства.

С.Е. Данилюк, судья Конституционного суда Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент, заслуженный юрист Республики Беларусь

КРИЗИС ПРАВОПОНИМАНИЯ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ В КОНТЕКСТЕ РАЗЛИЧНЫХ ЦИВИЛИЗАЦИОННО-КУЛЬТУРНЫХ И ПОЛИТИКО-ИДЕОЛОГИЧЕСКИХ ПОДХОДОВ

Вопросы правопонимания, определение сущности права, поиски его основных критериев по-прежнему остаются наиболее актуальными проблемами для современных юристов, как и для их предшественников 100, 1000 и 2500 лет назад.

Так что же такое право? Пытаясь проникнуть в тайну данного понятия, И. Кант отмечал: «Этот вопрос может так же смутить правоведа... как пресловутый вопрос „Что есть истина?“, обращенный к учителям логики» [1, с. 284].

Следует признать, что и в наше время существуют непреодолимые трудности в определении права, в связи с чем до сих пор нет единства мнений среди ученых. Мы объясняем это тем, что право порождается потребностями жизни и отражает социальное бытие во всем многообразии его проявлений. Право – исключительно сложный феномен, который развивается вместе с обществом и на каждом последующем историческом этапе наполняется новым содержанием, приобретает дополнительные признаки, сущностные характеристики, функции и т. п.

Существующие проблемы понимания права связаны также с тем, что, имея чрезвычайно разветвленную иерархическую и многоуровневую структуру, оно в своей реальности представляет собой диалектически едино-цельное, комплексное и системное образование. Однако для удобства его изучения и применения на практике специалисты расчленяют гармонично единое право на части, элементы, компоненты и т. д., детально исследуя в дальнейшем различные аспекты, атрибуты, сущности этого мегасложного явления.

Именно дискретный, сугубо формально-логический переход от общего к частному и порождает, на наш взгляд, известный эффект потери общей перспективной картины, ведет к утрате целостного, интегративного восприятия изучаемого объекта, когда, как говорят в таких случаях, «за деревьями не видно леса».

Еще одним серьезным недостатком научного анализа правовой реальности является абсолютизация ее отдельно взятых сторон, граней,

свойств и т. п., каждой из которых неоправданно придается статус исключительности.

Напомним, что право делится на отрасли, которые различаются по предмету и методу правового регулирования. Наряду с этим право бывает публичное и частное, материальное и процессуальное. Право также принято понимать в объективном и субъективном смысле. Кроме того, существуют различные типы правопонимания, в основе которых лежат самые разнообразные школы и концепции (позитивистская, естественно-правовая, историческая, материалистическая, нормативистская, психологическая, социологическая, либертарная, интегративная и др.).

Помимо прочего не будем забывать о политических аспектах и идеологических предпочтениях, которые, как мы постараемся показать в дальнейшем, могут иметь определяющее значение в выборе средств нормативного регулирования, формируя облик права.

Наконец, существенное влияние на понимание права, его основных характеристик, источников, предназначения и правоприменения оказывают исторически сложившиеся мировые правовые системы: романо-германская (континентальная), англосаксонская (общего права), религиозно-традиционные семьи права, мусульманское, индусское право и др., в том числе, разумеется, наиболее близкая нам социалистическая (русская) правовая семья, которая рассматривается некоторыми исследователями как вполне самостоятельное и самобытное социально-юридическое явление, не относящееся к романо-германской правовой семье [2, с. 593–595; 3, с. 68–83; 4, с. 232].

В этой связи следует особо подчеркнуть, что право всегда глубоко национально по своему характеру. Это важнейший социокультурный феномен, отражающий базовые духовно-нравственные, религиозные ценности народа, его национальное самосознание, менталитет, этнокультурный архетип.

Таким образом, законодательство, требованиям которого будет готово подчиняться большинство членов общества, должно соответствовать его основополагающим жизненным принципам, историческим традициям, моральным устоям или, по выражению Ш. Монтескье, «духу народа». «Эти законы, – прозорливо утверждал мыслитель, – должны находиться в таком тесном соответствии со свойствами народа, для которого они установлены, что только в чрезвычайно редких случаях законы одного народа могут оказаться пригодными и для другого народа» [5, с. 168]. При этом, по убеждению Ш. Монтескье, законы должны служить интересам народа, поскольку именно *«благо народа есть верховный закон»*¹ [5, с. 578].

¹ Данные слова в книге выделены курсивом, что подчеркивает их заимствование. И хотя Ш. Монтескье не называет имя автора, известно, что они принадлежат Цицерону.

Рассматривая далее аспект, касающийся особенностей национального правосознания и нравственных приоритетов общества, хотелось бы сделать одно принципиально важное замечание.

Не отрицая огромного вклада в философию права (включая правопонимание) таких титанов мысли, как И. Кант и Г. Гегель, не следует забывать, что их научные идеи в значительной мере определялись господствующей в Германии протестантской религией и ее этическими догматами.

Например, работы Г. Гегеля по философии религии — это, по сути, апология протестантизма, главное достоинство которого он усматривал в наличии «христианской свободы».

Для данной религии, как известно, характерно отрицание института церкви как посредника между человеком и Богом, что порождает возникновение своего рода *congregatio fidelium* (сообщества верующих), где каждый имеет право самостоятельно толковать Библию.

Неслучайно у И. Канта можно встретить совершенно чуждое нашему моральному сознанию рассуждение о внебрачных детях, как о контрабандных товарах, которых общество может игнорировать и даже уничтожить [1, с. 375]. Тем более странным является это высказывание для автора знаменитого категорического императива (основного постулата его этики).

Невольно возникает вопрос: а как же священное право на жизнь, которое является естественным и неотчуждаемым, полученным человеком с момента рождения?

Хотя если присмотреться к кантовскому моральному закону более внимательно и критически проанализировать его содержание, то многое становится понятным. Ведь категорический императив — это вовсе не научная интерпретация библейского золотого правила, как считает большинство ученых, а достаточно серьезное его искажение. Напомним, в Евангелии сказано: «Во всем, как хотите, чтобы с вами поступали люди, так поступайте и вы с ними...» (Мф. 7: 12). Иными словами, ожидая добра от людей, сам делай добро другим. У И. Канта это выражено несколько иначе: «Поступай согласно максиме, которая в то же время может иметь силу всеобщего закона» [1, с. 280–281]. Как видим, у И. Канта автономный индивид сам законодательствует, т. е. произвольно устанавливает (творит) моральные императивы, исходя из своих субъективных представлений о должном поведении.

В православной традиции и славянском мироощущении, наоборот, мораль воспринимается как духовно-нравственный продукт всего общества, имеющая обязательную силу для всех его членов. При этом особо благоговейное отношение и глубокое почитание у наших предков сформировалось к справедливости как высшей жизненной ценности и добродетели. Именно в этом, на наш взгляд, кроются историче-

ские причины правового нигилизма русского народа, для которого неприемлемо законодательство, не соответствующее принципам социальной справедливости, ибо справедливость, по сути, является квинтэссенцией норм общественной морали.

В связи с этим утверждать, что индивид без оглядки на господствующую мораль и традиционные идеалы имеет право поступать в соответствии с личным категорическим императивом, самостоятельно определяя нравственность своего поведения, исходя из собственных представлений об общественном благе, – это открывать путь произволу и волюнтаризму, что может привести (и приводит уже, как мы наблюдаем на примере западных стран) к деструктивным процессам.

Речь идет в первую очередь о таких широко распространенных в последнее время негативных явлениях, как открытое надругательство над религиозными святынями, пропаганда свободных нравов и моральной распущенности, легализация однополых браков, оправдание педофилии и различных форм сексуальной девиации и т. д. Все это невольно напоминает период разврата и нравственного разложения Римской империи времен одиозных фигур Калигулы и Нерона.

Таким образом, на наших глазах Запад скатывается в эпоху язычества и окончательно порывает с христианством и его традиционными этическими ценностями, заменяя их искусственно созданными идеологическими и юридическими конструкциями, лишенными какого-либо морального измерения. Причем все это совершается под флагом вольно толкуемой теории естественных прав человека, «каталог» которых непрерывно расширяется.

Не ставя себе цели дать развернутый критический анализ этой доктрины, критерии которой, как свидетельствует практика ее применения, довольно расплывчаты, произвольны и политически ангажированы (достаточно отметить, что в США во время действия принятой под влиянием идей естественного права Конституции многие десятилетия рабство признавалось как нормальный порядок вещей, а Томас Джефферсон – один из авторов Декларации независимости США 1776 г. – оставался рабовладельцем до последнего дня своей жизни), позволим привести всего лишь одну цитату крупнейшего английского теоретика права и морали И. Бентама. «Невозможно, – говорит он по этому поводу, – рассуждать с фанатиками, вооруженными естественным правом, которое каждый понимает, как хочет, прилагает, как ему удобно, из которого он не может ничего уступить, ничего урезать, которое непреклонно так же, как и непонятно, которое в его глазах священо, как догмат, и от которого он не может уклониться без преступления...» [цит. по: 6].

Данное утверждение сохраняет актуальность, поскольку именно события последнего времени обнаружили существенную разницу в

понимании прав и свобод человека в евроатлантических странах и православном славянском мире.

Можно констатировать, что полярно противоположные оценки западного и российского общества судебного приговора в отношении участниц хулиганской акции группы Pussy Riot в храме Христа Спасителя¹ и принятого закона Российской Федерации о запрете пропаганды гомосексуализма среди несовершеннолетних выявили признаки современного конфликта цивилизаций относительно фундаментальных моральных ценностей.

Только в 2012 г. усилиями политических и общественных деятелей Евросоюза и США участницы группы Pussy Riot были включены в список «самых впечатляющих людей года»; заняли 16-е место в рейтинге 100 «самых влиятельных мыслителей»; получили самое высокое место среди всех выходцев из России, представленных в списке Top-100 «наиболее влиятельных людей в современном искусстве»; американская художница и певица Йока Оно присудила им премию мира в номинации «За вклад в дело борьбы за свободу самовыражения женщин», основанную ею в память о муже Джоне Ленноне; депутаты Европарламента выдвинули нарушительниц закона на премию «За свободу мысли» имени Андрея Сахарова и т. д.

Для сравнения в России данное деяние оценивается как акт кощунства и глумления над чувствами верующих и осуждается подавляющим большинством ее граждан. По данным опроса «Левада-центра», проведенного в сентябре 2013 г., отбывающим наказание преступникам сочувствует всего лишь 6 % респондентов.

Аналогичная поляризация мнений наблюдается и в отношении гневно осуждаемого западным обществом российского закона о запрете пропаганды гомосексуализма среди несовершеннолетних, принятие которого, как сообщает «Левада-центр», поддерживает 86 % опрошенных россиян.

Европейская элита также благосклонно относится к скандальным выходкам секс-экстремисток из движения Femen, которые не только прославились агрессивно-эпатажными топлес-акциями в защиту прав и свобод «всех обиженных от властей», в том числе «страдающих от религиозного гнета», но и вполне реально спилили в Киеве Поклонный крест, установленный Украинской греко-католической церковью в память о жертвах сталинских репрессий. Данное циничное правонарушение помимо юридической оценки содеянного представляет интерес и с психиатрической точки зрения как пример когнитивного диссонанса,

¹ Воздвигнутый в XIX в. в честь победы в Отечественной войне 1812 г. храм имеет не только религиозное, но и культурно-историческое, а также духовно-патриотическое значение для всех россиян.

для которого характерно столкновение в сознании индивида конфликтующих идей, ценностей или эмоциональных реакций.

Любопытно, что президент Франции Ф. Олланд, который вопреки многомиллионным протестам общественности «продавил» в 2013 г. закон о гомо-браках и усыновлении детей однополыми содомитами, летом этого же года волевым решением утвердил в качестве прообраза Марианны – национального символа Франции – лидера движения Femen И. Шевченко и торжественно представил французам главную почтовую марку страны с ее изображением. Очевидно, это своего рода благодарность за поддержку его политики и проведенную акцию Femen в ноябре 2012 г. в Париже против противников однополых браков, в ходе которой разгневанные парижане избили полуголых активисток.

С учетом отмеченного для нас особенно актуальной становится проблема критического восприятия некоторых норм права, которые генерируются западными державами и подконтрольными им различными международными организациями, упорно и безапелляционно навязывающими свое политико-правовое мировоззрение остальному миру.

В качестве примера сошлемся на ст. 21 Хартии основных прав Европейского Союза 2000 г. (с последующими изменениями и дополнениями), которая, по сути, явилась правовым основанием для тотальной пропаганды и широкого распространения в англосаксонском мире (начиная с детских дошкольных учреждений) гомосексуальных отношений. Более того, в ряде государств Евросоюза уже вводится юридическая ответственность за любые формы протеста против этого социально уродливого и биологически противоестественного явления. Поэтому удивительно, что в последнем докладе по верховенству права, подготовленном в марте 2011 г. Венецианской комиссией Совета Европы, которая выполняет роль консультативного органа по конституционному праву и объединяет 58 государств мира¹, основное внимание уделяется формально-юридическим признакам и совершенно игнорируются этические основания права². При этом важно подчеркнуть, что в Уставе ООН, принятом 26 июня 1945 г., справедливость наряду с международным миром и безопасностью признается фундаментальной ценностью общепланетарного миропорядка, а на необходимость учета требований морали и нравственности в правовом регулировании общественных отношений неоднократно указывается во

¹ Наряду с государствами – членами Совета Европы в это число входят и некоторые страны других континентов. Республика Беларусь является ассоциированным членом Венецианской комиссии.

² Еще во времена античности право определялось как искусство добра и справедливости (*jus est ars boni et aequi*).

Всеобщей декларации прав человека 1948 г., принятых в рамках ООН Международных пактах о правах человека 1966 г., Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.

Думается, что отсутствие сущностных характеристик права в названном докладе Венецианской комиссии не случайно, так как западная цивилизация, как уже отмечалось нами, все дальше отдалается от лежащих в ее основе христианских ценностей и, более того, подвергает ревизии многие учредительные и другие основополагающие международно-правовые документы, принятые относительно недавно по историческим меркам.

В последние годы Европейский суд по правам человека все чаще принимает решения, ставящие под сомнение постановления судебных органов Российской Федерации, в том числе Конституционного суда. При этом весьма спорные аргументы и тенденциозные выводы европейских правоведов нельзя расценить иначе, как посягательство на суверенитет и национальные интересы России, что вынуждает решительно реагировать на данные факты высших должностных лиц страны¹.

Нередко западноевропейские эксперты, анализируя законодательные акты, принятые в других странах, подходят к их оценке с сугубо формально-правовых (узкоюридических) позиций, абсолютно не принимая во внимание специфику общественно-политического устройства государства, особенности его социально-экономического развития, характер межнациональных отношений, уровень политической и правовой культуры населения и, самое печальное, игнорируя трагические уроки истории этой страны. Например, в Заключении о законе о политических партиях Российской Федерации, принятом Венецианской комиссией на ее пленарном заседании 16–17 марта 2012 г., сформулировано предложение отменить законодательный запрет на создание политических партий в России, «основанных на региональном или местном уровне» [8]. Подобные рекомендации, по нашему мнению, фактически создают правовую основу для сепаратизма, который, как известно, посягает на единство и территориальную целостность государства, подрывает принцип нерушимости границ и, как показывает международный опыт, может явиться источником острейших межгосударственных и межнациональных конфликтов. Так, именно национал-сепаратистские движения явились одной из причин развала СССР, а борьба за независимость Ичкерии (Чеченской Республики) от России привела к затяжному военному конфликту с огромными человеческими жертвами.

¹ Подробнее об этом см. [7, с. 11].

Разумеется, такие решения международных праворекомендательных структур, в которых под верховенством права понимается, по сути, верховенство неких безликих стандартов, не учитывающих сложнейших жизненных реалий конкретной страны, не могут быть приняты в качестве безусловного образца для подражания. Тем более когда под видом критики законодательства (особенно в сфере национальной безопасности) имеет место неприкрытое вмешательство во внутренние дела суверенных государств.

Трагические события, развернувшиеся в последние месяцы вокруг многострадальной Сирии, выявили ряд серьезнейших проблем в современном мире. Готовность держав североатлантического альянса во главе с США под надуманным предлогом защиты прав и свобод человека и без санкции Совета Безопасности ООН принести непокорным народам мира ракетно-бомбовую демократию свидетельствует о глубоко кризисе международного права.

Выступая 19 сентября 2013 г. перед участниками Международного дискуссионного клуба «Валдай», российский лидер В. Путин заявил, в частности, что «мир становится все более жестким, порой отвергается не просто международное право, но даже элементарные приличия. Нужно быть сильным в военном, технологическом, экономическом отношении, но все-таки главное, что будет определять успех, – это качество людей, качество общества интеллектуальное, духовное, моральное» [9].

Эти слова созвучны мыслям всех, для кого небезразличны исторические судьбы братских славянских народов, будущее наших детей и внуков.

1. Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. СПб., 2007.

2. Марченко М.Н. Является ли правовая система России составной частью романо-германской правовой семьи? // Проблемы теории государства и права / под ред. М.Н. Марченко. М., 2008.

3. Синоков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. 2-е изд., доп. М., 2010.

4. Леже Р. Великие правовые системы современности / пер. с фр. А.В. Грядова. М., 2009.

5. Монтескье Ш. Избр. произведения. М., 1955.

6. Чичерин Б.Н. Собственность и государство [Электронный ресурс] // Режим доступа: http://dugward.ru/library/gosipravo/chicherin_sobstvennost_i_gos1.html (дата обращения: 28.09.2013).

7. Зорькин В.Д. Предел уступчивости // Рос. газ. 2010. 29 окт.

8. <http://constitutions.ru/archives/7581>.

9. <http://www.rg.ru/2013/09/19/putin-valday-anons.html>.

***В.М. Хомич**, директор Научно-практического центра проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Республики Беларусь*

ЧТО ЕСТЬ ИСТИНА В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ?

Рассмотрим, что есть истина в уголовном праве.

1. Большинство классических институтов уголовного права, призванных обеспечивать правовые начала в системе охранительных отношений, в последнее время перестраивается вопреки объективно заданным социальным функциям уголовного права и его возможностям в противодействии преступности. Принижается роль тех элементов уголовного права, которые призваны формировать ограничительные правовые механизмы злоупотребления репрессивными началами уголовного права в поддержании социального правопорядка¹.

Заявленная тема теоретического семинара в ходе обсуждения свелась к плехановскому заключению: истина сообразна с потребностями массы – и в конечном итоге к нелогичному социальному выводу, что уголовный закон ближе всего стоит к интересам и потребностям людей. Между тем специфика уголовного права состоит в том, что оно в большей степени (можно сказать, в значительной степени), чем любое другое право, основано на приоритете и преимуществе принуждения. Поэтому применительно к уголовному праву его истина состоит в том, чтобы ограничить объективное уголовное право (уголовный закон), его существование и использование в защите социального правопорядка собственно правом (рациональной, социальной справедливостью).

К сожалению, сегодня такой методологический стиль поиска истины в уголовном праве утрачен. Социальная практика большинства государств в области контроля преступности интенсивно вытесняет правовой стиль мышления в науке уголовного права и криминологии, заменяя его экономико-политическим, по принципу «что изволите». Социальная казуальность в уголовно-правовой сфере все более измеряется методами экономического расчета, а не социальными решениями. Очевидно, что такая «истина» уголовного права как необходимого элемента защиты общества от настоящих и будущих угроз социально-

¹ Об этом было заявлено 29 мая 2013 г. в ходе дискуссии на состоявшемся в Москве очередном Международном теоретическом семинаре «Истина в уголовном праве», научным руководителем которого является профессор А.В. Наумов. Заметки по итогам этого семинара см. [1, с. 129–138].

му сообществу не может быть критерием поиска истинного предназначения уголовного права.

В контексте сказанного проблема оценки, скажем прямо, карательных компонентов уголовного права в его историческом, социально-правовом и структурно-функциональном понимании сегодня приобретает первостепенное значение для сохранения и поддержания рационального развития уголовно-правовой реакции на преступность и преступников (принцип прогрессивного развития уголовного права).

2. Современная ситуация в развитии объективного уголовного права и, как следствие, его применения сместилась в сторону решения практических проблем, возможно и заслуживающих внимания со стороны уголовного закона, но не в той мере, в какой это право может и должно их разрешать. Система уголовного права и института уголовной ответственности и наказания вольно и невольно начинает работать на принципах эффективности организационно-экономического оборота. Возникающие симптомы социально опасного отклонения сразу же пытаются разрешить введением уголовно-правовых запретов и уголовной ответственности, игнорируя возможность принятия социальных решений. Вследствие этого происходит структурно-функциональное и содержательное разрушение институтов уголовного права. Проведенные в последнее время исследования уголовного права (применения позитивного уголовного права) в аспекте коммуникативного метода его проявления и действия свидетельствуют о забвении в науке, законодательстве и правоприменении социогуманитарного аспекта уголовного права, выражающего его социальное предназначение и эффективность как вынужденной правовой защиты от общественно опасного произвола субъектов социальной деятельности [2, с. 54–90].

3. Согласно материалистической доктрине право представляет собой такую социальную связь, при которой каждый действующий индивид, вступая во взаимодействие с другими, способен реализовать свои субъективные права, не посягая на права, свободы и благо других лиц. Благодаря праву в обществе обеспечивается стабильный и устойчивый порядок в условиях общественного разделения труда и зависимость каждого индивида от других и общества в целом.

4. В основе действующего уголовного права лежит объективное право, представляющее собой правовую форму экономических отношений производства, распределения, обмена и потребления, и, как следствие, правовые формы защиты от индивидуалистического и корпоративного произвола (насилия) в осуществлении указанных базовых функций социума. Как социальная закономерность оно проявляет себя в предметно-практической деятельности индивидов и других членов общества через взаимодействие индивидуального права (право, осознаваемое отдельным индивидом как его личное право, которым он

считает необходимым руководствоваться в своей непосредственной деятельности) с конкретным правом (правом корпоративным, согласованным, общим, и оно действительно, если соответствует сущностным признакам справедливости). Это взаимодействие потенциально направлено на формирование объективно-действительного права, что возможно при соответствующем поведении субъектов индивидуально-го и конкретного права.

На протяжении нескольких тысячелетий общество самостоятельно, без помощи государства определяло свое право и воплощало его в действительное право в конкретных правоотношениях. Мы согласны с точкой зрения В.М. Серых, что начальные этапы истории становления права как социального явления убедительно свидетельствуют о несостоятельности основополагающего принципа позитивистской доктрины, согласно которому только государство способно дать обществу право. Правотворческой деятельностью государство стало заниматься по своей инициативе и в своих интересах [3, с. 20], и далеко не всегда в истории общественной цивилизации следуя принципам объективно-действительного права.

5. В механизме перехода личного права и конкретного права в объективно-действительное право с точки зрения коммуникативной сущности проявления права на заре истории человечества не обеспечивался или слабо обеспечивался общеобязательный стандарт права. В отсутствие государства защита нарушенного права осуществлялась частноправовым способом, что и затрудняло реализацию права как всеобщего стандарта. Поэтому функцию защиты общества от общественно опасного произвола субъектов права взяло на себя государство, обязавшееся посредством правосудия выявлять и сурово наказывать виновных лиц. Базируясь на нормах частного права, государство, балансируя приоритетными интересами субъектов социальной деятельности, в целях обеспечения и сохранения их стабильности (это была и основа собственных интересов государства в разные эпохи становления и развития человеческой и общественной цивилизации) было вынужденно вести собственную правотворческую деятельность по созданию позитивного уголовного права.

6. В современных условиях, когда позитивное уголовное право является ведущим компонентом, как говорят позитивисты, в механизме правового воздействия на преступность, процесс трансформации объективного права в действительное имеет существенное значение для познания истины в уголовном праве. И здесь нам не обойтись без историко-правового метода, который уже давно вошел в методологический арсенал уголовно-правовой науки. Еще А.Ф. Кистяковский в XIX в. писал, что «только история может дать объяснение причин как совре-

менного состояния уголовного права, так и состояния его в предшествовавшие периоды» [4, с. 10].

Раскрытие логики такого перехода осуществляется методом восхождения от абстрактного к конкретному (действительному) праву, в основу которого вопреки материалистической доктрине положено позитивное уголовное право. Очевидно, что с принятием позитивного уголовного права процесс его трансформации в действительное не завершается, а только начинается. Уголовное право действует эффективно (и в этом один из элементов его действительности), поскольку оно воспринимается действующими индивидами и воплощается в конкретных охранительных правоотношениях. Несовершенные, малоэффективные законы могут прекращать свое реальное, фактическое действие задолго до специального решения правотворческого органа вследствие нежелания заинтересованными лицами исполнять или соблюдать его нормативные предписания. Действие же объективного права, обусловленное определенными конкретно-историческими условиями, продолжается до тех пор, пока действуют эти условия.

7. Материалистическая технология процесса формирования права не отрицает самостоятельности позитивного уголовного права как ведущей формы объективного права в современных правовых системах. Ущербность юридического позитивизма состоит в том, что он устраняется от объективного права, по крайней мере, как критерия, позволяющего в действующем позитивном праве отделять действительные нормы от законодательного произвола, наконец, ставит его в прямую зависимость от индивидуального права [3, с. 21].

В нормативных запретах позитивного уголовного права под угрозой наказания закономерное (необходимое) формируется через призму знаний и воли законодателя, поэтому истинность позитивного уголовного права зависит от способности законодателя правильно понять закономерное (объективно-действительное) в уголовном праве и выразить его в системе проектируемых нормативных предписаний. В свое время К. Маркс хорошо сказал, что наказание только тогда становится действительным, когда осознается наказанным как его собственное наказание. Именно в этой социальной отчужденности наказания заключается основная причина происходящего в уголовном праве кризиса наказания.

8. Для Республики Беларусь сегодня, по крайней мере, очевидно, что не все виды наказания по своим карательным свойствам адаптированы к социальным возможностям общества и государства контролировать и удерживать (предупреждать) криминогенную распушенность с учетом личностной типологии преступности и преступлений, а тем более успешно содействовать социальному исправлению правонарушителей.

Назрела необходимость принципиального пересмотра и реформирования системы видов уголовных санкций (наказаний), их содержательного (карательного, исправительно-стимулирующего, компенсационного) характера. Следует усилить материальные элементы карательного воздействия на преступника как приемлемую альтернативу лишению свободы по всему спектру применения наказания и мер уголовной ответственности на принципах обеспечения должной безопасности общества и государства, экономии финансовых, социальных и процессуальных ресурсов правоохранительной системы и при строгом соблюдении гарантий пределов неприкосновенности собственности.

Неслучайно одной из нерешенных проблем для государств, образованных на постсоветском пространстве, остается неопределенность в выстраивании политики в области применения наказаний имущественного характера (конфискация, штраф, исправительные и общественные работы). В основе имущественных наказаний лежит проблема неприкосновенности собственности как основа жизнедеятельности преступника, личной и социальной свободы, поэтому вопрос «в какой степени и в каких пределах уголовное наказание должно поражать его имущественный статус?» имеет первостепенное значение. Конфискация в уголовном праве как наказание должна применяться по приговору суда и только в отношении имущества, добытого преступным путем, включая доходы от его использования. В исключительных случаях может использоваться расширенный вариант такой конфискации, т. е. в отношении имущества (доходов), происхождение которых вызывает сомнения в законности его получения и эти сомнения не опровергнуты обвиняемым. Следует отметить, что в гражданском праве также имеются правовые механизмы изъятия незаконно полученного имущества (но не вследствие преступления).

Исходя из вышесказанного истину в уголовном праве следует проследить в формировании правовой адекватности понятия преступного и наказания за него с позиций социальной обусловленности и необходимости уголовного закона.

1. Уголовное право. 2013. № 4.
2. Жук М.С. Учение об институтах российского уголовного права: концептуальные основы и перспективы развития. М., 2013.
3. Серых В.М. Материалистическое понимание права и справедливости // Правоведение. 2013. № 2.
4. Кистяковский А.Ф. Элементарный учебник уголовного права. Киев, 1882.

В.В. Марчук, доцент кафедры уголовного права юридического факультета Белорусского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент

ОСНОВНЫЕ АСПЕКТЫ ФИЛОСОФСКОГО ЗНАНИЯ В ПРИЗМЕ КВАЛИФИКАЦИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Известное высказывание Гельвеция: «Знание принципов возмещает незнание некоторых фактов» – подтверждает важность изучения принципиальных, основополагающих начал любой деятельности. Известно, что основные и универсальные принципы деятельности заложены в философии – «матери всех наук». В этом смысле процесс квалификации преступлений есть основания рассматривать с позиции принципов, которые обусловлены основными аспектами философского знания: онтологическим, аксиологическим и гносеологическим.

В онтологическом аспекте философия рассматривает фундаментальные идеи бытия. Одно из таких важных положений в философии – детерминизм, который является не только самостоятельным философским учением, но и философско-методологическим принципом, объясняющим наличие универсальной и закономерной связи и обусловленности между явлениями. *Принцип детерминизма* является одной из наиболее выраженных интенций познания, явно или косвенно участвует в регуляции поиска [1, с. 310]. Согласно принципу детерминизма каждое явление, событие имеет свою причину, т. е. порождается другим событием, явлением. Простейшая форма причинности – элементарная причинная связь – характеризуется следующими основными чертами: последовательностью во времени (причина предшествует следствию), отношением порождения (причина генетически обуславливает возникновение следствия), необратимостью (если причина есть причина следствия, то следствие не может быть причиной причины), необходимостью и всеобщностью (одна и та же причина в одних и тех же условиях с необходимостью порождает одно и то же следствие). Значение данного принципа в процессе квалификации преступления, связанного с наступлением последствия, известно всем правоведам.

В онтологическом аспекте есть основания вести речь о *принципе смысловой определенности*, который предполагает сведение возможного множества значений к единому концепту понимания. В контексте квалификации преступлений смысловая определенность касается прежде всего терминологии уголовного закона. Единое понимание смысла нормы уголовного закона при ее применении может быть достигнуто

только в том случае, если формирование (создание) соответствующей нормы будет основано на адекватном понимании его терминов. Уголовный закон должен однозначно пониматься не только законодателем и должностными лицами, ведущими уголовный процесс, но и гражданами, которым он непосредственно адресован.

Таким образом, в онтологическом аспекте квалификация преступлений выражается в том, что правоприменитель воспринимает, исследует и интерпретирует имеющиеся фактические данные в их взаимосвязи, приписывая соответствующим обстоятельствам уголовно-правовое значение. При этом понятый факт реальной действительности логически рационализируется в соотношении с уголовно-правовой нормой, устанавливающей общий запрет на соответствующее поведение.

Важным для квалификации преступления является аксиологический аспект правоприменения. Аксиология (от греч. *axia* – ценность и *logos* – учение) – философская дисциплина, исследующая категорию «ценность», характеристики, структуры и иерархии ценностного мира, способы его познания и его онтологический статус, а также природу и специфику ценностных суждений [1, с. 25–28]. В философии права аксиологии отводят задачу определения правовых ценностей, их признаков, свойств, значения в жизни человека [2].

В рамках герменевтического дискурса аксиологический аспект в квалификации преступлений отражает социально-правовую оценку созданного концепта практического применения уголовного закона. При квалификации преступлений понимание редуцируется в применение уголовного закона. Уполномоченное должностное лицо в этом случае констатирует в соответствующем процессуальном решении наличие соответствия между понятыми им фактическими обстоятельствами дела и понятой им уголовно-правовой нормой. «Практическое» понимание, выраженное в применении уголовного закона, кроме того, свидетельствует о направленности уголовно-правовой охраны в господствующей в обществе системе ценностей. Герменевтические процедуры и приемы формируют специфику правового мышления. Они определяют социальный характер понимания и социальную роль субъекта правоприменения. Правовое мышление в процессе квалификации преступлений выступает в качестве особой схемы смыслополагания: от понимания к применению.

Важно отметить, что в аксиологическом плане квалификацию преступления следует рассматривать как *социально-правовую оценку* преступления. Этот важный аксиологический (ценностный) момент, к сожалению, отмечается не всеми авторами, исследовавшими определение квалификации преступления. Лишь немногие ученые выделяют в ква-

лификации преступления не только сугубо юридический, но и социальный момент. Так, П.Ф. Гришанин к содержанию квалификации преступления относит социальную оценку и юридическую оценку. «Социальная оценка, – пишет автор, – выражается в установлении того, является ли совершенное лицом деяние столь общественно опасным, чтобы его считать с точки зрения уголовного закона преступным. Юридическая оценка выражается в определении нормы Особенной части УК, предусматривающей совершенное лицом преступление. Социальная оценка позволяет провести отличие преступления от иного правонарушения» [3, с. 52]. Таким образом, социальная оценка имеет своим объектом материальный признак преступления. В рамках социальной оценки правоприменитель решает вопросы квалификационно-разграничительного характера.

Представляется, что в аксиологическом аспекте важное значение для квалификации преступлений имеет *принцип эвиденции (достоверности, очевидности)* – основополагающий методический принцип феноменологии. Данный принцип сформулировал Э. Гуссерль в работе «Логические исследования». Автор отмечает, что в ходе исследования нет оснований выносить суждение, если оно почерпнуто «не из эвиденции, не из опытов, в которых существующие вещи и положения вещей присутствуют для меня как они сами». По мнению Э. Гуссерля, выяснением этой эвиденции, т. е. изначальной достоверности, очевидности, надо заняться прежде всего [4, с. 204]. Разве не этим занимается следователь, выясняя круг фактических обстоятельств для целей правильной квалификации?

В философской литературе наиболее обстоятельно разработаны принципы, характеризующие гносеологический процесс. К основным из них относят принципы объективности, познаваемости, отражения, творческой активности субъекта познания, обобщения и абстрагирования, восхождения от абстрактного к конкретному, конкретности истины.

Принцип объективности означает, что объект познания существует вне и независимо от субъекта и самого процесса познания. Из этого положения следует методологическое требование: любой объект исследования надо принимать таким, каков он есть. Полученный результат исследования должен исключать любое проявление субъективности, ее претензию выдавать желаемое за действительное.

Таким образом, объективность является одним из важнейших требований любого исследования, в том числе и осуществляемого в процессе квалификации преступлений. Правоприменитель должен воздерживаться от своих пристрастий к объектам конфликтного уголовно-правового отношения: лицу, совершившему преступление, и деянию,

которое было им совершено. Он также не должен быть заложником каких-либо конъюнктурных соображений, обусловленных реализацией мероприятий по борьбе с определенными видами преступлений (например, преступлений коррупционного характера).

В контексте герменевтически-феноменологического подхода для реализации принципа объективности в процессе понимания и толкования уголовно-правовой нормы важное значение имеет разработанный М. Хайдеггером познавательный прием – «герменевтический треугольник». В процессе квалификации преступления правоприменителю, для того чтобы понять смысл текста уголовно-правовой нормы, необходимо перенестись в атмосферу времени принятия уголовного закона. И в этом смысле он должен размышлять в рамках понятий, действовавших в период принятия текста соответствующей уголовно-правовой нормы. Таким образом, в толковании текста нормы уголовного закона достигается историческая объективность.

Принцип познаваемости означает, что в процессе квалификации преступления у правоприменителя есть возможность получить знания о событии преступления. Трудности при реализации познания могут возникать только между тем, что познано и еще не познано. В процессе выяснения фактических обстоятельств дела у правоприменителя могут возникать сомнения, которые в рамках гносеологического отношения должны быть опровергнуты при отработке соответствующих версий квалификации совершенного преступления.

Принцип отражения рассматривают в философии как отображение оригинала с помощью образа. Соответствие образа оригиналу возможно, если каждому элементу образа однозначно соответствует элемент оригинала и каждому отношению между элементами образа соответствует отношение между элементами оригинала. Именно этим занимается квалификатор, устанавливая соответствие между признаками совершенного преступления и признаками состава преступления, предусмотренного уголовно-правовой нормой.

Принцип творческой активности в процессе квалификации преступлений определяет способность лица, осуществляющего квалификацию преступления, к выявлению целостной картины криминального проявления поступка человека. Герменевтическая процедура применения уголовного закона является кульминацией квалификации преступления. Она аккумулирует в себе жизненный опыт и интуицию квалификатора при установлении фактических обстоятельств дела, искусство понимания и толкования уголовного закона, юридические знания, правовую культуру.

Принцип обобщения и абстрагирования в гносеологии рассматривают как методологический ориентир на получение обобщенного образа объекта различной степени активности. Для квалификации преступлений при обобщении полученных фактических данных и нормативной информации важное значение имеют разработанные в философии правила абстракции, анализа, синтеза, сравнения.

Принцип восхождения от абстрактного к конкретному предполагает, что между реальностью и ее мысленным воспроизведением находится особое промежуточное пространство, позволяющее редактировать мысленную конкретность на базе новых эмпирических данных, объяснять, а подчас и разрешать несоответствие, возникающее между абстрактным образом и конкретным объектом, демонстрировать «открытость» обобщенного образа по отношению к новой информации. Представляется, что в контексте герменевтически-феноменологического метода этот принцип обеспечивает и герменевтический круг, который на основе диалектики части и целого помогает правоприменителю решить проблемы понимания при квалификации преступлений.

Принцип конкретности истины в философии всегда рассматривается при наличии требования об определенных гносеологических предпосылках. В процессе познания субъект пользуется не изолированными, а взаимосвязанными понятиями. Эта взаимосвязь осуществляется с помощью суждений и умозаключений. Благодаря этим логическим конструкциям субъект познания, рассматривая проблемную ситуацию в качестве объекта познания, выстраивает свое гносеологическое отношение, что-либо утверждая или отрицая относительно объекта.

В рамках категорического силлогизма суждение, положенное при квалификации преступления в основу малой посылки, будет истинным только в случае, если были установлены все обстоятельства преступления, совершенного в конкретном месте, в конкретное время и в конкретной обстановке.

1. Новейший философский словарь. 2-е изд., перераб. и доп. Минск : Интерпрессервис : Кн. дом., 2001.

2. Золкин А.Л. Философия права : учеб. для вузов. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2012.

3. Гришанин П.Ф. Пути укрепления законности в практике квалификации преступлений // Совет. государство и право. 1985. № 1.

4. Гуссерль Э. Логические исследования. Картезианские размышления. Кризис европейских наук и трансцендентальная феноменология. Кризис европейского человечества и философии. Философия как строгая наука. Минск : Харвест ; М. : АСТ, 2000.

*А.Л. Савенок, первый заместитель начальника
Академии МВД Республики Беларусь, кандидат
юридических наук, доцент*

О НЕОБХОДИМОСТИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПОДХОДОВ ПРИ ИССЛЕДОВАНИИ ЭФФЕКТИВНОСТИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА

Исследования в юридической науке, направленные на изучение эффективности, активно проводились в 70–80-х гг. прошлого века. Усилиями ученых был разработан ряд моделей (концепций), получивших широкую известность в теории права и до настоящего времени являющихся базой для большинства публикаций по данной теме. Однако, несмотря на определенные успехи в этой области, ученым-теоретикам так и не удалось выработать оптимальные подходы к измерению эффективности правовых установлений. Изыскания, проведенные на уровне общей теории и социологии права, оказались малопригодны в конкретных отраслях права. Попытки ученых-отраслевиков применить теоретические разработки для изучения эффективности конкретных институтов и норм породили больше вопросов, чем ответов. Такое положение дел с неизбежностью повлекло уменьшение интереса к изучению эффективности, и если в настоящее время на отраслевом уровне о ней и идет речь, то лишь в постановочном плане. Все это свидетельствует об определенном кризисе существующих подходов. Учитывая данное обстоятельство, ученым-отраслевикам и в будущем не следует ожидать прорыва в изучении эффективности со стороны представителей теории или философии права. Наиболее оптимальный путь – двигаться параллельно, изучая как классические, так и постклассические подходы в праве.

Для юридической науки особое значение имеет проблема исследования эффективности уголовного закона, поскольку выработанные здесь подходы могли бы быть своеобразной базой для ее изучения и в других отраслях права. Представляется, что такое исследование должно начинаться с постановки ряда основополагающих вопросов, которые могут составить план исследования. Прежде всего речь должна идти о выявлении необходимости изучения и определения того, насколько эффективен или неэффективен действующий уголовный закон. Установив недостаточный уровень эффективности уголовного закона, следует выяснить причины подобного положения и внести соответствующие предложения по его совершенствованию. Таковы основные программные вопросы, стоящие перед исследова-

телем. В совокупности они могут составить программу конкретного исследования, включающую три раздела: методический, процедурный и технологический [1, с. 80]. Что же касается схемы исследования, то она включает ряд последовательных, тесно связанных между собой этапов: формулировку целей и гипотезу исследования, методы получения достоверной информации, ее сбор и обработку, описание результатов проверки гипотез, интерпретацию результатов. Подобная организация изучения эффективности правовых норм достаточно хорошо изложена в специальной литературе [2].

В попытке определить, насколько эффективен или же неэффективен уголовный закон, прежде всего необходимо обнаружить те факты, которые в реальной действительности могут служить своего рода индикаторами эффективности. И самым простым представляется определение эффективности по количеству совершаемых преступлений. Однако такой метод будет достоверен в лучшем случае в первом приближении, на уровне общих тенденций. В юридической литературе такой подход ранее уже неоднократно рассматривался и однозначной оценки не получил [3, с. 44]. Абсолютные данные о численности тех или иных явлений не несут в себе достаточной информации для объективных выводов об эффективности или неэффективности уголовного закона. На основе абсолютных данных возможно осуществить лишь простейшую количественную оценку эффективности в форме сравнения. Она позволяет говорить о количественной стороне сравниваемых величин на самом общем уровне, ведь сравнение – простейшая форма количественной оценки величин. Эта познавательная операция имеет смысл только в отношении совокупности однородных предметов, поскольку позволяет выявлять их сходство или различие. Однако предметы, сравнимые по одному признаку, могут быть несравнимы по другому. Как правильно отметил И.Н. Петров, получить в этом случае достоверный ответ о том, насколько отличаются сравниваемые объекты невозможно, что, конечно, снижает познавательную ценность сравнения как метода количественной оценки явления [4, с. 188].

По мнению В.А. Федосовой, наиболее перспективной является методика определения и оценки критерия эффективности, основанная на сопоставлении нормы права и механизма ее действия не с реальной базой (например, данные о фактическом состоянии объекта воздействия права), а с идеальной. В соответствии с такой методикой критерием оценки эффективности может служить сконструированная оптимальная модель правовой нормы, сравнивая с которой реальную правовую норму можно определить ее эффективность [5, с. 52]. Поддерживает такую позицию и Л.Х. Мингазов. Он указывает, что эффективность измеряется степенью перехода должного в сущее, возможно-го в действительное. Определение степени реализации заложенных в

законе (норме права) возможностей влиять (регулировать) на общественные отношения предполагает сравнение последствия такого влияния (регулирования) с идеально намеченными, объективно возможными и реально достижимыми на данном этапе развития общества максимально полезными результатами действия данного закона (нормы права) [6, с. 34–35].

Отметим, что такой подход применим при исследовании, например, эффективности международно-правовых норм. Что же касается уголовного закона (норм уголовного права), то конструирование оптимальной модели в настоящее время является неосуществимой задачей, поскольку это означает серьезные исследования путей его совершенствования, приближающих к оптимальному состоянию. Такой процесс предполагает глубокое познание объективных закономерностей развития регулируемых уголовным правом общественных отношений (правообразующих факторов), изучение и совершенствование структуры уголовного закона (обеспечивающих факторов). И если бы в настоящее время ученые могли сконструировать оптимальную теоретическую модель, то ничто не мешало бы привести в совершенство уже действующий уголовный закон. Однако этого по ряду причин объективного и субъективного характера не происходит. Кроме того, идеи о доктринальном варианте Уголовного кодекса ранее уже выдвигались [7, с. 101; 8, с. 5–18]. Определенный опыт теоретического моделирования у представителей уголовно-правовой науки имеется [9]. Безусловно, разработка оптимальной теоретической модели уголовного закона имела бы большое значение для дальнейшего развития уголовно-правовой мысли, но только не для оценки эффективности действующего уголовного закона. По нашему мнению, сравнение модельного и реально действующего уголовного закона с целью выявления его эффективности некорректно.

В научной литературе эту задачу пытаются решать с помощью другой количественной оценки явлений – их измерения. Измерение представляет собой совокупность действий, выполняемых при помощи определенных средств с целью нахождения числового значения измеряемой величины в принятых единицах измерения [10, с. 151]. В наиболее общей форме под измерением понимается такая процедура, при которой измеряемый объект сравнивается с некоторым эталоном и получает числовое выражение. Измерить величину – значит найти отношение измеряемой величины к другой однородной величине, принятой за единицу измерения. Если при сравнении нет результата, выраженного числом, то при измерении результатом должно являться число. С учетом этого в литературе предлагаются способы измерения

эффективности как выявление числового показателя количественной стороны результативности правовой нормы. В символической форме это можно представить формулой $Q = qu$, где Q – измеряемая величина; u – единица измерения; q – числительное значение измеряемой величины в единицах u [11, с. 31]. Очевидно, что измерение как способ количественной оценки величин дает большую точность и имеет большую познавательную ценность, чем сравнение. В целом же сравнение или измерение эффективности правовых норм – это стремление количественно оценить их качество.

В научной литературе высказано предположение, что право представляет собой исключительно благодатную область для применения методов математической социологии. Уже то обстоятельство, что каждая норма права – это мера, масштаб, означает, что законодатель в правовых нормах неизбежно должен отражать известные количественные связи, характеризующие общественные отношения. Регулируя общественные отношения, право выступает и в качестве их измерителя. Наиболее простым примером является принцип талиона. Достаточно объективным методом измерения социальных процессов является референдум. Такой способ измерения применялся в Республике Беларусь при решении вопроса о применении смертной казни. По сути, в качестве определенной меры общественно опасного поведения выступают все санкции статей Особенной части Уголовного кодекса.

Для определения эффективности или неэффективности действия уголовного закона необходимо определить, что служит величиной ее измерения, эталоном оценки. В настоящее время уголовное право широко использует один из уровней измерения – порядковую шкалу (больше – меньше). Все оценочные категории (мелкое, крупное, особо крупное, легкое, средней тяжести, менее тяжкое, тяжкое и т. д.) представляют измерение общественных отношений по шкале порядка. Например, категория «мелкое хищение» закрепила в уголовном праве определение размеров хищения, «легкое телесное повреждение» – степень тяжести причиненных телесных повреждений, «тяжкое преступление» – степень и характер совершенного общественно опасного деяния и т. д. Следовательно те методы и приемы, которые применяются в конкретно-социологических исследованиях, служат также определенным инструментарием для измерений в праве.

В литературе, посвященной эффективности правовых норм, отсутствует единое и четкое представление о содержании терминов, выражающих измерение их эффективности. И хотя чаще всего речь идет о «критериях» и «показателях», ясности здесь нет. Единство в этом

вопросе отсутствует и среди ученых, занимающихся проблемами уголовного права. Так, например, В.И. Плохова под критерием эффективности уголовно-правовой нормы понимает меру, средство измерения, границу количественных изменений данного качества (или точку зрения, являющуюся мерилom для определения, оценки предмета, явления). По ее мнению, роль показателей и критериев разная: первые свидетельствуют о фактическом состоянии достижения целей уголовно-правовых норм; вторые служат мерилom, масштабом оценки показателей достижения целей рассматриваемых норм [12, с. 89]. Н.Ф. Кузнецова, отмечая важность определения критериев эффективности уголовно-правовых институтов и норм, не проводит разделения между критерием и показателем эффективности уголовного закона, рассматривая их как синонимы [13, с. 3, 38–40]. Некоторые ученые используют иные обозначения при изучении эффективности норм [14, с. 12].

Помимо теоретических определений в научной литературе выделяются конкретные критерии и показатели эффективности. Анализ имеющихся точек зрения показывает, что между ними существуют серьезные расхождения относительно критериев и показателей эффективности, а также тех правовых установлений, эффективность которых предполагается выявлять. Принципиально не возражая против продолжения конкретных исследований в этом направлении, отметим, что такие разные по содержанию критерии и показатели вряд ли могут быть реально применимы при оценке эффективности правовых установлений, в том числе уголовного закона. В этой связи неудивительно, что при необходимости практической реализации теоретических разработок (измерение эффективности уголовного закона, отдельных институтов или норм) сразу же возникают серьезные проблемы, разрешение которых в рамках существующих подходов вряд ли возможно.

С точки зрения Н.Ф. Кузнецовой, основными критериями эффективности уголовного закона являются применяемость его к реальной преступности и ошибки в квалификации преступлений и их наказуемости [15, с. 37–38]. Ученым предпринята попытка количественного измерения эффективности по формуле $\mathcal{E} = \mathcal{ц} / \mathcal{р}$, где $\mathcal{E}$ – эффективность; $\mathcal{ц}$ – цель правового регулирования; $\mathcal{р}$ – фактически достигнутый результат. Используя приведенную формулу, она пришла к выводу, что применяемость норм от 75 до 100 % к числу выявленных преступлений является свидетельством высокой правовой эффективности, 25–50 % – средней, 5–25 % – низкой и ниже 5 % – самой низкой [16, с. 13–14].

Представляется, что предложенный способ измерения эффективности уголовного закона носит неопределенный характер, а исполь-

зование в качестве показателя эффективности процента применяемости уголовно-правовых норм по большому счету проблематично. Редкая применяемость тех или иных норм уголовного права к числу выявленных преступлений может являться следствием причин различного характера, в том числе трудности установления юридических фактов, охватываемых диспозицией статьи. Неприменение уголовного закона – это еще не свидетельство его низкой эффективности. Возможны ситуации, когда деяния, предусмотренные уголовным правом, встречаются крайне редко, поэтому даже немногочисленные факты их выявления, а тем более применения соответствующих норм, могут дать высокий уровень эффективности. В данном случае уместно привести высказывание Ю.И. Ляпунова о том, что социальная обусловленность и эффективность действия нормы не определяются только тем, как часто она фактически применяется. Целый ряд норм уголовного законодательства несут в себе огромный политический и воспитательный заряд абсолютно независимо от того, применяются ли они вообще [17, с. 48–49].

Попытку измерения эффективности уголовного права предприняли И.Г. Филановский и В.Н. Бурлаков. По их мнению, коэффициент эффективности уголовного права может быть выражен формулой $K_3 = УП / А + В + В$, где K_3 – коэффициент эффективности действия уголовного права; УП – влияние уголовного права; А – материальная обеспеченность; В – уровень культуры; В – уровень сознательности. В той мере, в какой подструктуры А, Б и В могут быть разделены на более конкретные элементы, последние могут получить свои буквенные выражения (индексы) и уже в такой форме войти в новую преобразованную формулу [3, с. 104–108]. Приведенная формула может рассматриваться как еще один шаг на пути к попытке измерения эффективности уголовного закона. Вместе с тем указанные в числителе и знаменателе данные вряд ли можно привести в каких-либо количественных показателях. По этой причине практическое применение данной формулы маловероятно.

Таким образом, измерение эффективности уголовного закона представляет довольно сложную проблему. Применяемые в уголовном праве методики не позволяют предложить надежные решения для точного количественного измерения его эффективности. Учеными не предложено приемлемых обобщенных критериев и показателей эффективности. Более того, в настоящее время это сделать крайне сложно, поскольку сущность социальных процессов такова, что они не могут быть полностью формализованы и достоверно измерены. Выведение с этой целью математических зависимостей является малоперспективным, так как не все-

гда возможно заменить качественные оценки количественными. В этой связи основные усилия необходимо сосредоточить не на поиске порой ничего не значащих количественных показателей, а на разработке методик оптимального конструирования уголовного закона и действенного механизма его реализации. Очевидно, что проще не допустить появления некачественной с юридико-технической точки зрения уголовно-правовой нормы, чем устранять негативные последствия ее действия в будущем. С этой целью необходимо применить принцип системного исследования всего, что связано с процессом формирования, принятия и реализации уголовного закона. При этом на каждом этапе исследования нужно определить важнейшие элементы, влияющие на эффективность уголовного закона, и придать им функциональное назначение. Анализ того, как тот или иной элемент целостной системы влияет на ее функционирование, позволит предпринять конкретные шаги по повышению эффективности уголовного закона.

1. Честнов И.Л. Методология и методика юридического исследования : учеб. пособие. СПб., 2004.

2. Социология права : учеб. пособие / В.В. Глазырин [и др.] ; под ред. В.М. Сырых. М., 2001.

3. Пашков А.С., Явич Л.С. Эффективность действия правовой нормы // Совет. государство и право. 1970. № 3.

4. Петров И.Н. Способы сравнения и измерения эффективности правовых норм // Учен. зап. ВНИИСЗ. М., 1973. Вып. 28.

5. Федосова В.А. Эффективность действия норм советского государственного права. Воронеж, 1984.

6. Мингазов Л.Х. Эффективность норм международного права. Казань, 1990.

7. Болдырев Е.В. Научное обеспечение совершенствования уголовного законодательства // Совет. государство и право. 1975. № 9.

8. Келина С.Г. Некоторые принципиальные идеи, лежащие в основе теоретической модели Уголовного кодекса // Проблемы совершенствования уголовного закона : сб. ст. / АН СССР, Ин-т государства и права ; редкол.: В.Н. Кудрявцев (отв. ред.) [и др.]. М., 1984.

9. Уголовный закон : Опыт теоретического моделирования / Г.З. Анашкин [и др.]. М., 1987.

10. Кохановский В.П., Пржиленский В.И., Сергодеева Е.А. Философия науки : учеб. пособие. М. ; Ростов н/Д, 2005.

11. Венгеров А.Б., Никитинский В.И., Самощенко И.С. Общая методика измерений в праве // Совет. государство и право. 1970. № 6.

12. Плохова В.И. Соотношение критериев и показателей эффективности уголовно-правовых норм // Уголовный закон и совершенствование мер борьбы с преступностью : межвуз. сб. науч. тр. / Свердлов. юрид. ин-т им. Р.А. Руденко ; редкол.: М.И. Ковалев и [др.]. Свердловск, 1981.

13. Кузнецова Н.Ф. Проблемы изучения эффективности уголовно-правовых норм и институтов // Эффективность применения уголовного закона / В.Н. Кудрявцев [и др.]. М., 1973.

14. Гришанин П.Ф. Методологические основы исследования эффективности уголовно-правовых норм : лекция. М., 1976.

15. Кузнецова Н.Ф. Критерии эффективности уголовного закона // Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы : материалы 11-й Междунар. науч.-практ. конф., состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М.В. Ломоносова, Москва, 30–31 мая 2002 г. / редкол.: Г.Н. Борзенков [и др.]. М., 2003.

16. Кузнецова Н.Ф. Эффективность уголовного закона и ее значение в борьбе с преступностью // Вестн. Моск. ун-та. Сер.: Право. 1974. № 4.

17. Владимиров В.А., Ляпунов Ю.И. Советская уголовная политика и ее отражение в действующем законодательстве : учеб. пособие. М., 1979.

УДК 343.2

Э.А. Саркисова, профессор кафедры уголовного права и криминологии Академии МВД Республики Беларусь, кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист Республики Беларусь

ОБЩАЯ ПРЕВЕНЦИЯ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ: ЦЕЛЬ, ЗАДАЧА ИЛИ МИФ?

Традиционно в общую превенцию (предупреждение), которой придается статус цели наказания, установленного и применяемого в отношении лиц, совершивших преступления, вкладывается смысл недопущения совершения преступлений иными лицами, т. е. лицами, которые не осуждались за совершение преступлений. Указанная цель, хотя и не совсем удачно, получила законодательное закрепление в ч. 2 ст. 44 УК Республики Беларусь, согласно которой уголовная ответственность имеет целью исправление лица, совершившего преступление, и предупреждение совершения новых преступлений как осужденным, так и другими лицами.

Данное положение сформулировано на основе исторически сложившегося, в том числе и в советской уголовно-правовой доктрине, понимания сущности целей наказания и их иерархического значения.

Как справедливо отмечает А.В. Барков, учение о целях наказания представляет собой центральный пункт бесконечных споров в доктрине уголовного права. Исторически они понимались по-разному, поскольку зависели от господствовавших в различные эпохи представлений о преступлении, его причинах, личности преступника [1, с. 92] и, добавим, от изобретаемых способов борьбы с преступностью.

Что касается общей превенции, то она прошла особенно сложный путь развития – от придания ей главенствующего статуса и до минимизации ее роли.

Не углубляясь в существующие в прежние времена теории наказания, предопределявшие и его цели, рассмотрим эволюцию их законодательного регулирования на территории Республики Беларусь именно в контексте отношения к общепревентивному предназначению наказания.

Следует отметить, что законодательно цели наказания в досоветском уголовном законодательстве не закреплялись.

Советское законодательство пошло по пути официальной регламентации предназначения наказания. В Руководящих началах по уголовному праву РСФСР (постановление НКЮ от 12 декабря 1919 г.) закреплялась задача наказания, которая состояла в охране общественного порядка от совершившего преступление или покушавшегося на совершение такового и от будущих возможных преступлений как данного лица, так и других лиц (ст. 8). В УК Российской Федерации 1922 г., действовавшем и на территории Беларуси, речь шла уже не о задаче наказания, а о его целях, которые были сформулированы следующим образом: а) общее предупреждение новых нарушений как со стороны нарушителя, так и со стороны других неустойчивых элементов общества; б) приспособление нарушителя к условиям общежития путем исправительно-трудового воздействия; в) лишение преступника возможности совершения дальнейших преступлений. Таким образом, цель общего предупреждения была выдвинута на передний план, что было не случайно в условиях жесточайшей борьбы за становление и упрочение советской власти. Законодательный статус общей превенции предопределял и чрезвычайно жесткую репрессивную политику, что было отражено в санкциях УК.

В науке и тогда не было однозначных подходов к оценке значения данной цели. Одними авторами оправдывался ее приоритет на первых стадиях пролетарской диктатуры (А.А. Пионтковский), другими подчеркивалась достаточность в аспекте общего предупреждения соответствующего влияния школы, печати, общественного мнения, но в условиях усиления частнопредупредительных начал наказания (Г.Ю. Маннс). В последующем ученые приходили к убежденности в равнозначности целей.

УК БССР 1928 г., введя вместо понятия «наказание» понятие «меры социальной защиты», фактически не изменил статус общей превенции, предоставив ей приоритетное место. В ст. 7 цели мер социальной защиты были сформулированы следующим образом:

а) предупреждение преступлений; б) лишение общественно опасных элементов возможности вновь совершать преступления; в) приспособление совершивших преступления к условиям свободного общежития трудящихся.

Характерно, что общая превенция была обозначена словами «предупреждение преступлений». Закон не расшифровывал, со стороны кого подразумевается совершение преступлений.

Придание общей превенции приоритета в системе целей наказания по-прежнему обуславливалось необходимостью проведения жесткой карательной политики.

В УК БССР 1960 г., принятом в период так называемой оттепели, в котором нашли отражения тенденции демократизации всей советской правовой системы, норма о целях наказания (ст. 20) была сформулирована с учетом корректировок научных подходов к их значимости. На первое место выдвигалась цель исправления и перевоспитания осужденных в духе точного исполнения законов, затем следовала цель специального, а затем – общего предупреждения.

В советской литературе целям наказания, как и его сущности, содержанию, эффективности, было посвящено немало трудов. Достаточно назвать таких маститых ученых, которые не только исследовали данную проблему, но и включались в острые дискуссии по ней, как Л.В. Багрий-Шахматов, Н.А. Беляев, И.И. Карпец, А.И. Марцев, И.С. Ной, А.А. Пионтковский, Н.А. Стручков, М.Д. Шаргородский, А.М. Яковлев и др.

Несмотря на пристальное внимание науки к проблемным вопросам о целях наказания, к единому знаменателю прийти так и не удалось. Более того, главный вопрос упирался в определение критериев общепреventивной эффективности наказания, которые четко так и не были определены.

Были разночтения и в определении средств обеспечения общей превенции. Одни авторы отдавали предпочтение угрозе наказанием, другие – воспитательному воздействию на сознание граждан, третьи считали оба эти средства равноценными. Между тем, создавая в конце 80-х гг. прошлого века теоретическую модель социалистического уголовного кодекса, ученые при формулировке средств достижения целей наказания, в том числе и общей превенции, указали на такие средства, как исправление осужденного и оказание воспитательного воздействия на осужденного и других лиц в духе честного отношения к труду, точного исполнения законов, уважения к правилам социалистического общежития, не упомянув при этом о таком средстве, как угроза наказанием (ответственностью) [2, с. 139].

Неоднозначный подход в науке к оценке общей превенции, признающий в том числе и необходимость исключения ее из целей наказания, отразился и на формулировке ст. 43 УК Российской Федерации, принятого в 1996 г., в которой общая превенция «оказалась как бы пропущенной», поскольку в ней не был обозначен адресат этой цели [3, с. 745]. Согласно ч. 2 ст. 43 УК Российской Федерации наказание применяется в целях восстановления социальной справедливости, а также в целях исправления осужденного и предупреждения совершения новых преступлений.

Уголовные кодексы других государств постсоветского пространства такой «недочет» устранили, но не исключили неоднозначное восприятие цели общей превенции.

В ч. 2 ст. 44 УК Республики Беларусь обозначение этой цели осуществлено посредством слов «предупреждение совершения новых преступлений... другими лицами». Аналогичные формулировки цели общей превенции содержатся в УК Азербайджана, Казахстана, Кыргызстана, Молдовы, Узбекистана, Украины. Формулирование общей превенции по российскому подобию присуще УК Таджикистана, Туркменистана, Армении. Вообще нет указания на общую превенцию в УК Грузии, Эстонии.

Обращаясь к УК Республики Беларусь, отметим, что обозначение этой цели несколько завуалировано, поскольку общая превенция – недопущение совершения не новых преступлений, а преступлений вообще другими (не осужденными), лицами.

Особенностью правового регулирования указанных целей в УК Республики Беларусь является то, что они относятся не только к наказанию, но и к иным мерам уголовной ответственности, а именно к отсрочке исполнения наказания, осуждению с условным неприменением наказания, осуждению без назначения наказания, и к принудительным мерам воспитательного характера, применяемым к несовершеннолетним. В этой связи полагаем, что автоматический перенос из ранее действовавшего УК Республики Беларусь целей наказания применительно к целям уголовной ответственности вряд ли оправдан. Если лицо, подвергнутое наказанию, его карательное воздействие в той или иной мере ощутило, то применение иных мер уголовной ответственности, не носящих карательного характера, осужденными, а тем более иными гражданами, воспринимается чаще всего как освобождение от наказания. Общая превенция с угрозой наказанием здесь не срабатывает. Несомненно, что необходима дифференциация целей, и особенно общей превенции, применительно как к наказанию, так и к иным мерам уголовной ответственности.

В рассматриваемом контексте представляет интерес вопрос о значимости средств обеспечения общей превенции. Как указывалось выше, большинство авторов отдают предпочтение угрозе наказанием, из чего следует, что эффективность наказания в части достижения цели общей превенции зависит от его строгости: чем строже устанавливаемое и применяемое наказание, тем успешнее достигается удержание граждан от совершения преступлений. Однако такую закономерность, на наш взгляд, установить невозможно.

Практика показывает, что периодически осуществляемые государством акты усиления ответственности за те или иные преступления не оказывают на сознание граждан желаемого воздействия, а рост преступлений того или иного вида имеет место чаще всего тогда, когда усиливается ответственность за их совершение. При этом практическое применение уголовно-правовых санкций при назначении виновным наказаний редко меняется в пользу общей тенденции усиления ответственности, хотя не исключены случаи нахождения их применителей под влиянием особой значимости общепреventивного эффекта наказания, когда появляется желание действовать по древней формуле, т. е. наказать виновного по всей строгости закона, чтобы иным было не повадно.

Обратимся к практике. Для примера проанализируем статистику назначения наказаний за незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров и аналогов, предусмотренных ч. 2 ст. 328 УК Республики Беларусь, и получение взятки при отягчающих обстоятельствах, предусмотренных ч. 2 ст. 430 УК Республики Беларусь. Борьба с указанными преступлениями осуществляется в процессе периодического ее усиления и привлечения внимания общественности к необходимости активного противодействия им. В этой связи напомним, что в 2007 г. были приняты законы «О внесении дополнений и изменений в некоторые законы Республики Беларусь по вопросам незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров» (20 декабря 2007 г.) и «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Беларусь по вопросу усиления ответственности за преступления, связанные с коррупцией» (18 июля 2007 г.).

По приведенным ниже таблицам можно проследить тенденции практики назначения наказания за совершение указанных преступлений в 2006 г., предшествующем акции усиления ответственности, и в последующие годы.

Таблица 1

**Доля лиц, осужденных к различным видам наказания по ч. 2 ст. 328 УК
(санкция – лишение свободы на срок от 5 до 8 лет
с конфискацией имущества или без конфискации),
% от общего количества осужденных по данной норме УК**

Год	Лишение свободы на срок свыше 1 года до 3 лет	Лишение свободы на срок свыше 3 до 5 лет	Лишение свободы на срок свыше 5 до 8 лет	Иные виды наказания	Иные меры уголовной ответственности
2006	1,4	70,4	21,7	2,8	3,7
2007	0,8	66,5	24,4	4,7	3,6
2008	1,8	62,6	23,9	7,5	4,2
2009	2,0	65,3	22,7	6,7	2,7
			(свыше 8 лет – 0,6)		
2010	3,4	60,6	18,0	5,3	12,0
			(свыше 8 лет – 0,7)		
2011	1,5	67,9	15,3	11,5	3,8
2012	3,9	62,3	13,0	11,7	9,1

Таблица 2

**Доля лиц, осужденных к различным видам наказания по ч. 2 ст. 430 УК
в 2006– 2008 гг. (санкция – лишение свободы на срок от 6 до 10 лет
с конфискацией имущества и лишением права занимать
определенные должности или заниматься определенной деятельностью),
% от общего количества осужденных по данной норме УК**

Год	Лишение свободы на срок свыше 3 до 5 лет	Лишение свободы на срок свыше 5 до 8 лет	Лишение свободы на срок свыше 8 до 10 лет	Иные виды наказания	Иные меры уголовной ответственности
2006	4,7	88,9	2,8	2,8	–
	(до 1 года – 0,8)				
2007	3,9	90,9	1,8	2,5	–
	(свыше 2 до 3 лет – 0,9)				
2008	2,0	85,4	1,1	8,4	1,1
	(свыше 2 до 3 лет – 2,0)				

Таблица 3

Доля лиц, осужденных к различным видам наказания по ч. 2 ст. 430 УК в 2009–2012 гг. (санкция с июля 2009 г. – лишение свободы на срок от 3 до 10 лет с конфискацией имущества и лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью), % от общего количества осужденных по данной норме УК

Год	Лишение свободы на срок свыше 1 года до 3 лет	Лишение свободы на срок свыше 3 до 5 лет	Лишение свободы на срок свыше 5 до 8 лет	Лишение свободы на срок свыше 8 до 10 лет	Иные виды наказания	Иные меры уголовной ответственности
2009	12,1 (до 1 года – 1,1)	26,4	54,1	2,1	1,1	3, 1
2010	24,9	53,9	11,9	1,7	1,7	5,9
2011	20, 5 (свыше 2 до 3 лет	38,5	12,8	–	5,1	23,1
2012	25, 0 (свыше 2 до 3 лет)	45,0	5,0	–	–	25, 0

Как видно из табл. 1, основное количество лиц за незаконные с целью сбыта изготовление, переработку, приобретение, хранение, перевозку или пересылку либо незаконный сбыт наркотических средств, психотропных веществ либо их прекурсоров или аналогов было осуждено к лишению свободы на срок свыше 3 до 5 лет. Фактически это означает, что суды применяли, как правило, лишение свободы на минимальный срок, установленный в УК (5 лет). На срок свыше 5 до 8 лет осуждалось значительно меньшее количество лиц, т. е. суды не реализовывали угрозу лишением свободы на максимальный или приближающиеся к нему сроки. В части динамики карательного воздействия на виновных в совершении указанного преступления можно отметить последовательное смягчение уголовной ответственности. Особенно это проявилось в расширении применения других наказаний, не связанных с лишением свободы (прежде всего ограничения свободы, в том числе и без направления в исправительное учреждение открытого типа), а также иных мер уголовной ответственности (чаще всего отсрочки исполнения наказания). Вместе с тем это не повлияло отрицательно на динамику указанных преступлений, о чем свидетельствуют данные о последовательном их сокращении, в том числе и сокращении количества осужденных: в 2012 г. по сравнению с 2006 г. оно сократилось в 4,6 раза.

Примерно такое же положение с привлечением за получение взятки. Несмотря на то что санкция ч. 2 ст. 430 УК предусматривает воз-

возможность назначения наказания в виде лишения свободы до 10 лет, суды не использовали ее максимальные пределы, а чаще всего назначали это наказание на сроки, приближенные к минимальному пределу наказания. В последние годы отчетливо прослеживается тенденция расширения применения иных мер уголовной ответственности за рассматриваемое преступление. Тем не менее такие подходы также не отразились отрицательно на динамике этого опаснейшего проявления коррупции, противодействие которой постоянно актуализируется. В 2012 г. количество осужденных по ч. 2 ст. 430 УК по сравнению с 2006 г. сократилось в 7,5 раза.

В этой связи хотелось бы поддержать тех ученых, которые в качестве необходимых средств обеспечения общей превенции во главу угла ставят не угрозу наказанием (так называемое устрашение в цивилизованном виде), а неотвратимость наказания (ответственности) и воспитательное воздействие на сознание граждан, которое имеет более широкий диапазон, основывающийся на комплексной системе воспитания правосознания человека нашего общества.

Подытоживая, отметим, что в современных условиях, когда уголовно-правовая политика страны развивается в направлении сокращения карательного потенциала уголовно-правовых средств, что связано с ориентацией судебных органов на последовательное сокращение такого одного из самых строгих наказаний, как лишение свободы, расширение применения наказаний, не связанных с лишением свободы, иных мер уголовной ответственности, и, что особенно важно, расширение сферы применения института освобождения от уголовной ответственности, роль общей превенции как цели уголовной ответственности все более утрачивается. Поэтому закрепление ее в законе в качестве таковой становится, на наш взгляд, проблематичным. Следует также учитывать, что эффективность реально назначаемого наказания к лицам, совершившим преступления, в части достижения этой цели практически определить невозможно. О достижении целей наказания, как и об определении критериев его эффективности, реально можно говорить только относительно лица, к которому оно применяется.

Изложенное позволяет полагать, что общая превенция должна выступать в качестве задачи уголовного права, обеспечиваемой прежде всего наличием самих уголовно-правовых запретов с установленными в законе наказаниями и их сроками, реально соответствующими характеру и степени общественной опасности конкретных преступлений, и оптимальной реализацией принципа неотвратимости ответственности в отношении лиц, признанных виновными в совершении преступлений.

Невключение общей превенции в перечень целей уголовной ответственности позволит минимизировать упование в законотворчестве на периодическое повышение сроков наказания за те или иные преступления, а также исключит соблазн судей при назначении конкретному лицу конкретного наказания, в ущерб принципу его индивидуализации, руководствоваться общепреventивной мотивацией, особенно на тех этапах, когда актуализируется борьба с тем или иным преступлением (усиливается соответствующий вектор уголовной политики).

Что касается закрепления в законе всех иных целей уголовной ответственности и их иерархического расположения, полагаем, что в их системе должна быть четко обозначена цель восстановления социальной справедливости и ее приоритетное значение, о чем в литературе, в том числе и автором данной статьи, высказывалось неоднократно в контексте необходимости повышения эффективности уголовно-правовых средств защиты потерпевших от преступлений.

Отметим, что в советский период хотя многие авторы при рассмотрении общей превенции упоминали позицию К. Маркса, прямо отрицавшего ее значение (хорошо известны его высказывания «какое право вы имеете наказывать меня, чтобы исправлять или устрашать других», «со времени Каина мир никогда не удавалось ни исправить, ни устрашить наказанием»), тем не менее не отрицали необходимости ее существования в качестве цели наказания, весьма осторожно относясь к критике законодательных дефиниций и тем самым оправдывая их.

В современных условиях ученые, в частности российские, все больше высказывают сомнений, касающихся определения законодательного статуса и значения не только общей превенции, но и таких целей наказания, как исправление и специальное предупреждение. Например, признавая их достаточно значимыми для осуществления репрессивной политики в целом, предлагается воспитание и превенцию считать не целью наказания, а его объективным следствием [4, с. 28], а устрашающий характер наказания в контексте его общепреventивного воздействия относить не к реально назначаемому наказанию, а к санкции уголовного закона [5, с. 137–138].

Сошлемся и на позицию российского ученого В.В. Мальцева. Пытаясь определить иерархическое значение целей наказания, закрепленных в УК Российской Федерации, он справедливо, на наш взгляд, применил такой критерий, как приближенность к наказанию той или иной его цели по степени достижимости. При этом автор признал, что специальное предупреждение более отдалено от назначаемого нака-

зания, чем такая цель, как восстановление социальной справедливости. Соотнося же цель специального предупреждения с целью исправления, автор считает, что первая цель более достижима, чем вторая. В результате автор внес предложение об изменении расположения в ч. 2 ст. 43 УК Российской Федерации целей, сохранив первое место за целью восстановления справедливости и переместив цель исправления на последнее место [6, с. 40]. Места общему предупреждению в предлагаемой редакции данной нормы не нашлось. Вероятно, автор исходил из того, что эта цель еще более далека от наказания по степени своего достижения.

Аргументы высказываемых положений достаточно убедительны и вполне применимы к белорусскому законотворчеству.

Изложенное позволяет внести следующие предложения по корректировке ч. 2 и 3 ст. 44 УК Республики Беларусь. Их можно было бы изложить в следующей редакции:

«2. Уголовная ответственность устанавливается и реализуется в целях восстановления социальной справедливости, предупреждения совершения осужденным новых преступлений и его исправления.

3. Уголовная ответственность призвана способствовать удержанию граждан от совершения преступлений, их воспитанию в духе соблюдения требований законодательства Республики Беларусь».

В контексте указанной корректировки возникает необходимость уточнения задач уголовного закона, что требуется для обеспечения разумного баланса между объемом репрессивного воздействия и использованием средств воспитательно-гуманистической направленности.

1. Барков А.В. Цели уголовной ответственности: законотворчество и правоприменение // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе : сб. науч. тр. Минск : Акад. МВД, 2012.

2. Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, С.Г. Келина. М. : Наука, 1987.

3. Полный курс уголовного права : в 5 т. / под ред. А.И. Коробеева. Т. 1. Преступление и наказание. СПб : Юрид. центр Пресс, 2008.

4. Блохин Ю.И. Целесообразность репрессивной политики // Категория «цель» в уголовном, уголовно-исполнительном праве и криминологии : материалы IV Рос. конгр. уголов. права (28–29 мая 2009 г.). М. : Проспект, 2009.

5. Анощенко С.В. Карающий императив И. Канта и общее предупреждение как цель уголовного наказания // Категория «цель» в уголовном, уголовно-исполнительном праве и криминологии : материалы IV Рос. конгр. уголов. права (28–29 мая 2009 г.). М. : Проспект, 2009.

6. Мальцев В. Цели уголовного наказания // Уголов. право. 2010. № 6. С. 35–40.

В.Н. Бибило, профессор кафедры уголовного процесса и прокурорского надзора юридического факультета Белорусского государственного университета, доктор юридических наук, профессор

СОЦИАЛЬНЫЕ РЕГУЛЯТОРЫ ПРАВОСУДИЯ В СОВРЕМЕННОМ ОБЩЕСТВЕ

В процессе развития человеческого общества возможно возникновение различных социальных конфликтов. В основе некоторых из них лежат споры о праве. Такие конфликты являются правовыми и в их рассмотрении принимают участие различные государственные органы. Суд предназначен для окончательного разрешения правовых конфликтов. При этом его деятельность подвергнута правовому регулированию. В законодательстве большинства современных государств содержится нормативное правовое предписание о том, что судьи при осуществлении правосудия независимы и подчиняются только закону. Проблемным является вопрос: применяет ли суд другие социальные регуляторы наряду с нормами права?

Правосудие во все исторические эпохи было подвержено социальному регулированию, основная цель которого – оказать направляющее воздействие на суд, чтобы добиться соответствия его поведения интересам человека и государства. На правосудие воздействуют не только нормативные, но и ненормативные регуляторы. Нормативное регулирование является орудием социального контроля над индивидуальным поведением. Ему принадлежит определяющее влияние. Специфика ненормативной сферы регулирования деятельности судей состоит в том, что имеет значение их эмоционально-волевая сторона. Оба вида регулирования выступают в комплексе, но нормативное регулирование превалирует над ненормативным. Нормативное регулирование осуществляется с помощью разных видов социальных норм. Особое место среди них принадлежит правовым нормам. Но наряду с ними реализуются идеологические, политические, эстетические, моральные и иные социальные нормы. Они являются дополнительным компонентом к правовым нормам.

При рассмотрении дела судья выбирает те социальные нормы, которые им усвоены и которые пригодны для разрешения именно данного дела. Если рассматривать уровень развития правосудия с позиций реализации в нем социальных норм, то неизбежен вывод: правосудие всегда вынуждено коррелировать с обществом. Их тенденции идут в одном направлении. При осуществлении правосудия не могут применяться социальные нормы, которые не прижились в данном обществе.

Социальные нормы как элементы общественного сознания отображаются индивидуальным сознанием судьи и включаются в его сферу. Однако не все компоненты индивидуального сознания судьи могут получить адекватное выражение в его деятельности. Знание судьей правовых норм еще не означает, что при рассмотрении конкретного дела он обязательно будет реализовывать усвоенные им знания. На правоприменительном пути может возникать много препятствий. Отсюда в его сознании формируется как бы два пласта знаний: один адекватно отражает общественное сознание, другой – с учетом возникших социальных помех.

Участники правосудия выступают как носители тех или иных социальных норм. Принимая и реализуя определенную систему социальных норм, они оказываются включенными в особые социальные группы, условно образованные по этому нормативному признаку. Состав суда при рассмотрении конкретного дела организационно оформлен и образует социальную группу, в основе деятельности которой должна лежать общая нормативно-ценностная ориентация.

Социальные нормы соотносятся с ценностными ориентациями людей, поэтому можно говорить об иерархии ценностей общества, правосудия, человека.

При применении регулирующих правосудие норм большое значение имеет судебное усмотрение как определенная степень самостоятельности суда, ограниченной рамками законодательства. Объем судебного усмотрения может быть разным в зависимости от места и роли суда в обществе, характера конфликтов, подлежащих его юрисдикции, и социально-политической обстановки, сложившейся в государстве. Наряду с целесообразностью сохранения и даже расширения возможностей суда проявлять собственное усмотрение там, где это действительно необходимо из соображений справедливости, надо ограничивать его применение, особенно в тех сферах, которые исчерпывающе охвачены нормами права.

Правовые нормы, являясь основным, фундаментальным регулятором правосудия, занимают особое место в системе других социальных регуляторов. Право в наибольшей мере вторгается в деятельность по осуществлению правосудия, упорядочивает поведение субъектов как носителей общественных отношений. Его система самая четкая, формальная в социальном регулировании. Конечно, сами правовые нормы по степени их общности и значимости в регулятивных процессах неоднородны, но здесь следует подчеркнуть, что их система образует каркас правосудия.

Правосудие неравномерно подвергнуто правовому регулированию: его стороны вне правовых норм регулируются иными социальными

нормами. При выборе же правовых норм, пригодных для регулирования правосудия, не следует преувеличивать значимость ни одного из способов правового воздействия. Их соотношение отражает лишь тенденции в развитии прав и свобод участников судебного процесса, а также статус самого суда.

В сфере правосудия особо важное место занимают этические нормы (нормы морали и нормы нравственности). Этика как наука (т. е. сфера общественного сознания) включает большой объем знаний о таких типах норм.

Моральное регулирование в сфере правосудия выполняет особую функцию: воздействует на поведение человека, его внутренние мотивы, обладает универсальностью, проникает во все сферы общественных отношений. Моральные нормы складываются в сфере сознания и выражают типичные ситуации во взаимоотношениях людей. Они обеспечиваются общественным мнением и ориентируют на добровольное применение в качестве внутреннего побуждения к совершению определенных социальных поступков или воздержанию от них.

Деятельность судей содержит в себе заверченный цикл воздействия морали и не ограничивается лишь ее поведенческим аспектом. Для проявления роли морали в поведении судьи необходимо, чтобы он эмпирическим или теоретическим путем усвоил ее нормы (когнитивный уровень). Причем это осмысление должно стать убеждением судьи, в котором выразилось бы его отношение к реальности (аксиологический уровень). Поведенческий уровень регулятивной функции морали в сфере правосудия проявляется более рельефно. Сама же весомость морали в деятельности судьи зависит от многих факторов, в том числе от его возраста и стажа практической работы.

При комплектовании судейского корпуса следует учитывать и уровень морального сознания кандидата на должность судьи. В науке должны быть выработаны соответствующие критерии, позволяющие на практике определять уровень нравственности. Процесс выявления уровня морали человека представляет определенные трудности, тем более что имеет значение не столько моральное сознание индивида, сколько его реализация. Различие между судьями по степени моральности обусловлено наличием у индивида по крайней мере двух параметров: сферы осознаваемого (качество социализации личности) и сферы неосознаваемого (биологическое, то, что дается человеку природой с рождения и не подлежит изменению либо может быть преобразовано в незначительной мере).

Мораль включает в себя совокупность оценочных и нормативных суждений. Она не только фиксирует то, что есть, но и ориентирует на то, каким должно быть. Критерием разграничения дозволенных и не-

дозволенных действий во всех системах морали выступает общественный интерес.

Индивидуальное моральное сознание судьи, во-первых, формируется путем усвоения норм, установок общества, являясь при этом объектом воздействия социума в целом; во-вторых, судья становится носителем моральных ориентаций в зависимости от того, насколько им усвоены нормы общественного морального сознания; в-третьих, сам судья активно развивает свое моральное сознание в процессе осуществления правосудия. В связи с тем что все эти компоненты взаимообусловлены и действуют одновременно, возникает проблема социализации и индивидуализации морального сознания судьи. Общество социализирует судью. Он усваивает социальные нормы, ценностные ориентации, действуя избирательно, исходя из своего индивидуального сознания, которое не просто воспринимает те или иные стороны общественного сознания, а реализует нормы, ставшие его убеждением. Состояние индивидуального морального сознания имеет важное значение, поскольку оно способно воздействовать на другие формы индивидуального сознания, например на правосознание, и в целом на индивидуальное сознание. Благодаря индивидуальному сознанию личность осмысливает социальную действительность и интерпретирует ее, что имеет основополагающее значение для формирования внутреннего убеждения судьи. Ведь при рассмотрении каждого дела требуется мобилизация индивидуального сознания, и в особенности при разрешении аналогичных дел, где также должны быть дифференцированы подходы в оценке обстоятельств, входящих в предмет доказывания.

Решая вопрос о сфере морального и правового воздействия на судебную деятельность, нельзя считать, что сфера первого является более узкой или более широкой по сравнению со второй, а следует видеть их частичное несовпадение, выражающееся в том, что моральные нормы определяют только направленность поведения личности, служат стимулятором внутренних побуждений к выполнению социально полезных поступков, а правовые же нормы обязательны, их реализация основана на силе принуждения. Пренебрежение моральными нормами не влечет правовой ответственности субъектов. В этом принципиальное различие между сущностью правового и морального регулирования судебной деятельности. Мораль всегда придавала правосудию определенную направленность его развития, хотя сила ее воздействия зависела от исторических обстоятельств. Нормы морали моделируют не только отдельные действия суда, но и образ его поведения, выра-

жают предписание в обобщенной форме, которое чаще всего не предопределяет необходимых конкретных действий для суда.

Социальность морали при осуществлении правосудия проявляется через применяемые судом правовые нормы. Если законодательство в государстве носит реакционный характер, то правосудие не может быть прогрессивнее уровня развития законодательства. Общечеловеческое в морали не компенсирует такие издержки, поэтому закон должен быть правовым. Ведь соблюдение правовых норм для суда является главным. Социальное происхождение судей и их социальный статус в обществе не должны отражаться на характере и содержании выносимых судом решений. В проявлении своих социальных чувств судьи не должны быть ограничены применением права.

Совершенствование нравственных качеств судьи связано не только с надлежащим использованием правовых норм, но и с утверждением общечеловеческого в его моральном сознании. Прогресс личности судьи, как и любого человека, заключается в развитии нравственности, одним из проявлений которой является углубление и усиление чувства справедливости.

Справедливость как абстрактная категория этики, преломляясь через явления социальной действительности, трансформируется в социальную и предстает в виде действующей справедливости во всех реально существующих общественных отношениях. Приобретая юридическую специфику в правовых нормах и судебных актах, она выступает и как моральное, и как правовое требование.

Надлежащего отражения идеи справедливости в содержании правовых норм еще недостаточно для того, чтобы она восторжествовала при осуществлении правосудия. Именно в момент применения судом права формируются конкретные моральные оценки как самого права, так и субъекта, к которому оно прилагается, и на передний план выходит моральная сторона судебной деятельности.

Нравственные отношения – это тот идеал, к которому должна стремиться личность. В судопроизводстве требовать такого стремления и рассчитывать на него можно только от должностных лиц, ведущих производство по делу. Но и этих лиц нельзя уравнивать в нравственном отношении, поскольку любая личность побуждается к нравственной деятельности, находясь под влиянием различных потребностей: интеллектуальных, эмоциональных, материальных, эстетических и др. Не исключено, что одна и та же ситуация будет оценена ими по-разному даже при условии, что каждый из них будет действовать в рамках закона. Частично этим можно объяснить различия в судебной практике.

Идеологические нормы оказывают влияние на все сферы общественных отношений, общественное сознание, систему социальных норм. Другое дело, что в правовом государстве происходит борьба различных идеологических настроений в отличие от тоталитарного государства, где какая-то одна идеология является господствующей и лежит в основе всех социальных норм.

Идеологические нормы вырабатываются различными политическими институтами и партиями. Приобретая в реальности политический оттенок, они трансформируются в политические нормы.

Свойством правосудия является стремление быть политически нейтральным. Но абсолютизация этого свойства невозможна хотя бы в силу того, что при осуществлении правосудия судьи должны подчиняться закону, которому всегда присуща политическая окраска, поскольку он принимается законодательной властью. Определенной гарантией независимости правосудия является требование того, чтобы судьи не состояли в политических партиях. И все-таки судья не находится в условиях полной изоляции, и в его сознание проникает информация политического характера. Он не может избежать ее воздействия на ход и результаты разрешения конкретных дел, особенно если участниками процесса являются лидеры либо представители политических партий, высшие должностные лица государства, политическая линия которых всегда выражена в их деятельности. В этом смысле при осуществлении правосудия остается место для реализации политических норм, значительная часть которых все-таки вращается в моральные и правовые нормы.

В настоящее время в обществе стали использоваться религиозные нормы. Их особенностью является то, что они глубоко укореняются в нравы, обычаи, обряды, стереотип культурного и этического поведения, способствуют в целом определению образа жизни человека. Существенно и то, что религиозные нормы оказывают влияние на представление людей о должном, желаемом и предпочитаемом. Исторически религиозные нормы связаны с мироощущением и мировосприятием человека. Возможно, поэтому на протяжении длительного периода в истории культуры моральные кодексы находились в рамках религиозных систем. Кроме того, существуют целые правовые системы, в основе которых лежат религиозные учения, например мусульманское право. Религиозные нормы особенно трудно отделимы от моральных норм. Уже поэтому нельзя говорить, что при осуществлении правосудия нет места для религиозных норм.

Таким образом, при осуществлении правосудия используется система социальных норм, присущих обществу на соответствующем этапе его развития.

И.В. Данько, начальник кафедры уголовного процесса Академии МВД Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент

ЭФФЕКТИВНОСТЬ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ

В условиях стремительно развивающихся общественных отношений существенное значение приобретает вопрос эффективности их правового регулирования. Его актуальность определяется тем, что «отношение к праву как к важному элементу системы управления обществом основывается и на оценке правовых предписаний с точки зрения их влияния на экономику и общество в целом» [1, с. 5].

Обычно эффективность права понимается как соотношение цели и результата его (права) действия. Вполне закономерно, что эффективность процессуального права ставится в зависимость от результатов его регулирующего воздействия, достижения цели правового регулирования соответствующей области общественных отношений. Несколько иначе это положение звучит в работе Ю.Г. Ткаченко: «Эффективность права раскрывается при сопоставлении последней стадии реализации права – правомерного поведения – с последней стадией правового регулирования – возникновением и изменением определенного характера общественного отношения» [2, с. 120]. Последняя стадия правового регулирования – это в определенном смысле цель, на достижение которой направлено регулирующее воздействие. Таким образом, эффективность системы норм процессуального права – это качество достижения стоящей перед такой системой цели, которое определяется сопоставлением достигнутого результата воздействия с заданными целями правового регулирования соответствующей области общественных отношений [3, с. 26].

Стоит отметить, что в УПК законодатель применительно к рассматриваемому вопросу слово «цель» не использует, оперируя термином «задачи». По мнению П.С. Элькинд, цель – это философская категория, а задача имеет практическое значение. Если познание направлено на всю систему взаимосвязей данной категории вообще и в сфере конкретных общественных отношений в частности, используется понятие «цель». В тех же случаях, когда речь идет о выражении содержания этой категории в направленности конкретной практической деятельности, следует пользоваться понятием «задачи» [4, с. 37–39]. В упомянутом контексте целесообразно обратить внимание на ч. 2 ст. 2 УПК, которая предусмат-

ривает, что уголовно-процессуальный закон призван способствовать формированию в обществе уважения к правам и свободам человека и гражданина, утверждению справедливости. Указанное положение развивает ч. 2 ст. 7 УПК, закрепляя, что установленный УПК порядок производства по материалам и уголовному делу призван обеспечить законность и правопорядок, предупреждение преступлений, защиту от необоснованного обвинения или осуждения, незаконного ограничения прав и свобод человека и гражданина, а в случае обвинения или осуждения невинного – незамедлительную и полную его реабилитацию, возмещение ему физического, имущественного и морального вреда, восстановление нарушенных трудовых, пенсионных, жилищных и иных прав.

Представляется, приведенные выше нормы в наибольшей степени соответствуют философскому пониманию цели уголовно-процессуального права как «идеальной модели будущего», к построению которой надо стремиться.

Достижение целей любой системы обеспечивается решением стоящих перед ней задач. Часть 1 ст. 2 УПК к задачам уголовно-процессуального закона относит закрепление надлежащей правовой процедуры осуществления уголовного процесса, обеспечение законных прав и интересов физических и юридических лиц, которым преступлением причинен физический, имущественный или моральный вред, а также уголовное преследование и защита лиц, подозреваемых, обвиняемых в совершении предусмотренных уголовным законом общественно опасных деяний. Думается, эффективным уголовно-процессуальное право будет при выполнении указанных выше задач, включающих этапы как формирования права, так и реализации его норм.

Первый этап представляет собой нормотворческий процесс, который, по выражению А.И. Хорошильцева, служит способом формирования правовых норм, соответствующих духу справедливости. Творение права есть деятельность по обнаружению объективно существующих потенциалов свободы, придания им формальной определенности в виде нормативного требования. Моментом создания нормы права завершается первый этап движения права от его потенциального существования к действительному. Результатом такого движения является верное отражение потенциалов права в формальном предписании [5, с. 48], что исходя из ст. 2 УПК применительно к уголовно-процессуальному праву означает закрепление надлежащей правовой процедуры осуществления уголовного процесса.

Правовое регулирование – это элемент системы социального управления, а потому его эффективность находится в прямой зависимости от соответствия действующих норм текущим общественным отношениям. Изменения в социальной среде обуславливают корректировку приемов

и способов регулирования. Отставание установленных правил (нормативной системы) от развивающихся отношений снижает эффективность юридического воздействия, поэтому процессы, происходящие в обществе, требуют адекватного правового регулирования.

Перемены начала 90-х гг. прошлого столетия вызвали необходимость совершенствования уголовно-процессуального права, детерминируя нормотворческий процесс в этой области. Именно в это время был принят УПК, концепция которого предопределена Конституцией Республики Беларусь, а также общепризнанными принципами международного права. Реформа в этой сфере продолжается до сих пор. Так, предпринимаются попытки расширения частных начал в уголовном процессе, рационализации и оптимизации процессуальных процедур путем их упрощения и ускорения, введения элементов апелляции в судебное производство, прорабатывается вопрос об учреждении досудебного соглашения о сотрудничестве, суда присяжных и т. д. Все это направлено на повышение эффективности уголовно-процессуального права.

Вместе с тем нельзя не признать, что активность уголовно-процессуального законотворчества нередко не приносит желаемого результата из-за низкого качества подготовки норм, неспособности разработчиков всесторонне, системно урегулировать общественные отношения, складывающиеся при производстве по материалам и уголовным делам. А ведь верное отражение потенциалов права в формальном предписании – условие эффективной реализации, эффективного действия нормы [5, с. 48].

Вопросам повышения качества подготовки нормативных правовых актов в той или иной степени уделяется внимание на уровне всех субъектов нормотворческой деятельности путем выработки и принятия законодательных и организационно-правовых мер. Но поскольку система, объединяющая массив носителей неоднородной нормативной информации, не является статичной и застывшей, к сожалению, не все принимаемые меры являются полными, всесторонними и отвечающими современным условиям развития белорусского государства, формирования гражданского общества [6].

О том, что здесь не все так гладко, свидетельствует количество вносимых в УПК поправок. Причем значительное их число вызвано несовершенством норм, отсутствием в них внутренней и внешней согласованности. По этой причине некоторые положения корректируются неоднократно, однако добиться полноты правового регулирования соответствующей сферы общественных отношений так и не удается. Более того, вместо устранения существующих пробелов законодатель нередко создает новые. Например, в декабре 2011 г. прокурор по уголовным делам, находящимся в производстве у следователя, утратил право обращаться в соответствующие органы с представлением о ли-

шении иммунитета от уголовного преследования лиц, им пользующихся, если они подлежат привлечению в качестве обвиняемых. При этом у начальника следственного подразделения такое полномочие тоже отсутствует, что актуализирует вопрос о том, кто же будет в случае необходимости инициировать соответствующую процедуру. В свою очередь, разрешив начальнику следственного подразделения отменять постановления следователя, в том числе о возбуждении и об отказе в возбуждении уголовного дела с направлением материалов на дополнительную проверку, законодатель не предусмотрел право указанного участника процесса устанавливать срок проведения такой проверки.

Головоломкой для правоприменителей назвали В. Мойсак и В. Романович появившееся недавно в УПК полномочие прокурора выносить требование об устранении нарушений законодательства, допущенных в ходе дознания, предварительного следствия, ввиду полного отсутствия механизма осуществления этого полномочия [7, с. 12–17].

Все больше проявляет себя в последние годы давняя болезнь нашего нормотворческого процесса – отстаивание корпоративных, ведомственных интересов разработчиков часто в ущерб другим субъектам правоприменения. Для многих государственных органов в первую очередь важно «закрыть» через нормативное регулирование возникающие практические вопросы, отнесенные к сфере их ведения, а теоретические аспекты просчета предполагаемых последствий принятия актов и интересы других участников правоотношений находятся на втором плане, причем учреждения, которые участвуют в согласовании проектов нормативных правовых актов, также не всегда способны реально оценить возможный результат введения той или иной нормы. Яркой иллюстрацией тому в сфере уголовного процесса служат изменения УПК, в соответствии с которыми за МВД, лишенным в связи с образованием Следственного комитета штатов как следователей, так и лиц, производящих дознание, сохранилась большая часть существовавших ранее процессуальных обязанностей: производство по материалам, расследование уголовных дел в форме дознания и пр. Это привело к росту нагрузки на органы внутренних дел, снижению качества проведения процессуальных действий и подготовки документов, т. е., по сути, к снижению эффективности уголовно-процессуального права.

Известно, что в уголовном процессе большое значение придается специальным терминам, которые должны быть одинаковыми для обозначения одних и тех же понятий, что соответствует требованиям указа Президента Республики Беларусь от 11 августа 2003 г. № 359 «О мерах по совершенствованию нормотворческой деятельности». Именно единообразие терминологии позволяет избежать расхождений в правоприменительной деятельности, способствует повышению эф-

фективности в понимании и реализации норм на практике. Разъяснение отдельных понятий и наименований, используемых в УПК, предусмотрено в ст. 6, детальный анализ которой может привести к весьма неожиданным выводам. В частности, п. 46 трактует судью как профессионального судью любого суда. Судом же по п. 42 этой же статьи является организованный на законных основаниях суд Республики Беларусь, рассматривающий уголовные дела коллегиально или единолично. Несложно заметить, что в содержание рассматриваемого понятия в уголовном процессе законодатель закладывает лишь лицо, осуществляющее уголовное правосудие. Однако в этом случае возникает вопрос, распространяются ли правила гл. 49 УПК об особом порядке производства по уголовному делу к судьям хозяйственных или Конституционных судов, должности которых не включены в кадровый реестр главы государства, ведь по терминологии УПК эти лица для уголовно-процессуальных отношений судьями не являются.

Говоря о правилах юридической техники, следует отметить еще одну крайность, проявившуюся в настоящее время: употребление не к месту специальной уголовно-процессуальной терминологии в других законах. Принцип верховенства права, который, по мнению Конституционного суда Республики Беларусь, предполагает взаимосвязь и согласованность нормативных правовых актов, претворяется в жизнь иногда легкомысленно, без учета сферы регулируемых общественных отношений. Так, согласно ст. 25 закона Республики Беларусь от 17 июля 2007 г. № 263-З «Об органах внутренних дел» сотрудники органов внутренних дел в целях выполнения возложенных на них задач имеют право входить беспрепятственно, при необходимости с повреждением запирающих устройств и других предметов, в любое время суток в жилые помещения и иные законные владения граждан и осматривать их при преследовании подозреваемых (обвиняемых) в совершении преступлений либо при наличии достаточных оснований полагать, что там находится подозреваемый (обвиняемый), скрывшийся от органа, ведущего уголовный процесс. Сходные нормы содержатся в законах «Об органах пограничной службы Республики Беларусь», «О Следственном комитете Республики Беларусь», «Об органах финансовых расследований Комитета государственного контроля Республики Беларусь» и др.

Использование законодателем в приведенных выше нормативных правовых актах термина «подозреваемый (обвиняемый)» без соответствующего разъяснения ведет к его узкому толкованию, основанному на положениях УПК – единственного закона, содержащего легальные определения данных понятий. Очевидно, что такой подход существенно снижает возможности правоохранительных органов в борьбе с преступностью, так как подозреваемым и тем более обвиняемым в процессуальном аспекте не является, например, преследуемое сотрудником

органов внутренних дел лицо, застигнутое при совершении преступления, либо на которое прямо указали очевидцы преступления, осуществивший побег осужденный и т. д. Представляется, в подобных обстоятельствах простое копирование уголовно-процессуальных категорий неуместно и ведет только к отсутствию единообразия в понимании и применении норм на практике.

Важным этапом, определяющим эффективность уголовно-процессуального права, выступает этап его реализации, т. е. деятельность участников процесса по воплощению норм в действительность. Его эффективность зависит от того, насколько выполненными оказались задачи, предусмотренные ст. 2 УПК, в части обеспечения законных прав и интересов лиц, которым уголовно наказуемым деянием причинен вред, а также уголовного преследования и защиты подозреваемых, обвиняемых в совершении преступления. Кроме того, эта стадия предполагает исполнение непосредственных задач уголовного процесса, к которым согласно ч. 1 ст. 7 УПК относятся быстрое и полное расследование преступлений, общественно опасных деяний невменяемых, изболечение и привлечение к уголовной ответственности виновных; обеспечение правильного применения закона с тем, чтобы каждый, кто совершил преступление, был подвергнут справедливому наказанию и ни один невиновный не был привлечен к уголовной ответственности и осужден.

На эффективность решения данных задач влияют многие факторы, например: состояние правоприменительной практики, степень загруженности органов, ведущих уголовный процесс, особенности правосознания и культуры правоприменителя и др. Наряду с позитивными тенденциями по указанным позициям в последние годы приходится констатировать наличие так называемой латентной эффективности, когда огромное количество поправок в УПК, ориентированных в том числе на международные стандарты, не всегда реализуется в действительности. Эффективность права в этом случае предполагает только факт принятия закона, но не ведет к благоприятным изменениям при производстве по материалам и уголовным делам. Например, законом от 13 декабря 2011 г. № 325-З в УПК внесены изменения и дополнения в связи с образованием Следственного комитета Республики Беларусь. При многих положительных моментах этого шага, Л. Кукреш и О. Рожко отмечают, что качество расследования уголовных дел осталось, по мнению 81,8 % опрошенных прокуроров, на прежнем уровне, 9 % заявили о его ухудшении и только 4,5 % указали на положительные сдвиги в данном направлении. 77,1 % опрошенных начальников ГО-РОВД определяют качество расследования на дореформенном уровне либо его снижение по отдельным категориям дел. В 2012 г. по сравнению с предыдущим годом удельный вес уголовных дел, оконченных в срок до одного месяца, уменьшился почти на 9 %, зато на 42 % возросло число дел, оконченных

в срок свыше двух месяцев. Таким образом, итогом реформы досудебного производства в уголовном процессе в 2012 г. стало не повышение оперативности расследования, а, напротив, затягивание его сроков [8, с. 27–28]. И это притом, что, выступая на совещании по вопросу создания единой службы судебных экспертиз, А. Лукашенко сказал: «Главная цель проводимых преобразований заключается в кардинальном повышении эффективности работы правоохранительного блока. Это значит, в обеспечении его способности адекватно и своевременно отвечать на новые риски, вызовы и угрозы в целях гарантированной защиты наших граждан от преступных посягательств» [9].

Неоднозначно можно оценивать эффективность реализации уголовно-процессуального права судами. С одной стороны, как подчеркнул председатель Верховного суда В. Сукало, в работе судов в сфере уголовного процесса наблюдаются положительные тенденции [10, с. 4], о чем свидетельствует сокращение общего количества отмен и изменений приговоров районных судов [11, с. 48], с другой стороны, при снижении средней нагрузки на одного судью с 5,9 уголовных дел в 2011 г. до 4,4 уголовных дел в 2012 г. удельный вес возмещенного имущественного вреда, причиненного преступлением, уменьшился на 11,6 % [12, с. 17]. И хотя исполнительное производство по возмещению имущественного вреда регламентируется гражданским процессуальным законодательством, все же меры, обеспечивающие возможность восстановления имущественных прав пострадавших от уголовно наказуемых деяний лиц, содержатся в УПК.

В завершение следует отметить, что эффективность уголовно-процессуального права зависит от определенных объективных и субъективных условий, которые относятся как к самому праву, так и к сфере его реализации. Условия эффективности норм будут относиться, во-первых, к самим нормам, их качеству, соответствию складывающимся общественным отношениям, во-вторых, к деятельности правоприменительных органов, в-третьих, к особенностям правосознания и поведения граждан, соблюдающих или нарушающих требования юридических норм. Только соединение всех трех условий воедино обеспечит высокую эффективность действия уголовнопроцессуального права.

1. Хабриева Т.Я. Экономико-правовой анализ: методологический подход // Журн. рос. права. 2010. № 12.

2. Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. М., 1980.

3. Курочкин С.А. Об эффективности норм гражданского процессуального права // Журн. рос. права. 2012. № 4.

4. Элькин П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976.

5. Хорошильцев А.И. Эффективность права: понятие и особенности // О-во и право. 2011. № 2.
6. Кузуров Д.В. Организационно-практические аспекты: что снижает эффективность правотворческой деятельности в Республике Беларусь. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
7. Мойсак В., Романович В. Требование прокурора в уголовном процессе: головоломка для правоприменителей // Законность и правопорядок. 2013. № 1 (25).
8. Кукреш Л., Рожко О. Актуальные проблемы досудебного производства на современном этапе // Юстиция Беларуси. 2013. № 6.
9. Александр Лукашенко провел совещание по вопросу создания единой службы судебных экспертиз // Официальный интернет-портал Президента Республики Беларусь [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://president.gov.by/press143442.html#doc> (дата обращения: 22.07.2013).
10. Сукало В. Роль Верховного Суда в проведении судебно-правовых преобразований // Судеб. вестн. 2013. № 2.
11. Итоги работы общих судов за 2012 год // Судеб. вестн. 2013. № 2.
12. Информация о работе общих судов Республики Беларусь в 2012 году // Юстиция Беларуси. 2013. № 3.

УДК 61:34

С.М. Сивец, заместитель директора – руководитель Института правовых исследований Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент

ОБ ОТДЕЛЬНЫХ АСПЕКТАХ СОЦИАЛЬНОЙ ЭФФЕКТИВНОСТИ ПРАВА В ОБЛАСТИ ЗДРАВООХРАНЕНИЯ

Современный этап развития отечественной системы здравоохранения знаменуется прежде всего ее реформированием, главной движущей силой которого является комплекс проблем национальной системы здравоохранения, включая проблему социальной эффективности ее деятельности. Реформирование сферы здравоохранения обусловлено реструктуризацией медицинской помощи, внедрением ресурсосберегающих технологий, стандартизацией медицинских технологий и созданием эффективной унифицированной системы управления качеством медицинской помощи, развитием внебюджетной деятельности, приоритетным развитием медико-санитарной помощи, службы охраны материнства и детства, медико-генетической помощи, а также специализированных медицинских служб и медицинских технологий, развитием профилактических и реабилитационных технологий, информати-

зацией системы здравоохранения с созданием единой информационно-аналитической сети, что затрагивает интересы всех без исключения граждан Республики Беларусь и соответственно стимулирует научный интерес к данной сфере.

В ходе проводимой реформы современная система здравоохранения Республики Беларусь переживает значительные организационно-правовые и содержательные преобразования: создана законодательная база для реформы здравоохранения, направленная на децентрализацию государственной системы медицинского обслуживания и управления здравоохранением; реализуется система обязательного медицинского страхования, проводится структурная перестройка отрасли, развивается частный сегмент здравоохранения. Несмотря на это, функционирование системы здравоохранения сталкивается с определенными трудностями: снижением качества оказания медицинской помощи населению; увеличением числа заболеваний социально опасного характера; ростом смертности, отрицательным естественным приростом населения; недостаточным финансированием отрасли. Их наличие обусловлено утратой комплексного подхода к охране здоровья, деформированием системы медицинской профилактики, снижением доступности квалифицированной медицинской помощи для части населения страны, развитием неконтролируемой теневой экономики в отрасли и в конечном итоге нарушением конституционных гарантий права граждан на охрану здоровья.

Кроме того, на состояние системы здравоохранения оказывает влияние отсутствие четкой и последовательной, должным образом подкрепленной в правовом, организационном и финансовом отношении государственной политики в области охраны здоровья граждан, в то время как от правильно определенных направлений государственной социальной политики в этой области и результатов работы органов государственного управления зависит эффективность системы здравоохранения в целом, следовательно здоровье населения страны. Правовое обеспечение в этой важнейшей социальной сфере не выступает сегодня эффективным регулятором фактически складывающихся общественных отношений, что затрагивает важнейшие субъективные права граждан, закрепленные на самом высоком нормативном уровне (право на жизнь и право на охрану здоровья). Свидетельством этого может служить вопиющий случай, происшедший недавно в одном из частных медицинских центров, где 23-летней жительнице Гродно была сделана пластическая операция по коррекции формы носа. Данная операция не относится к категории сложных, однако 23 апреля 2013 г. пациентка умерла, не приходя в сознание. В результате проведенного расследования выяснилось, что во время операции сломался аппарат

искусственной вентиляции легких. Это привело к кислородному голоданию, длившемуся несколько минут, что в свою очередь стало причиной развития отека мозга. В материалах дела отмечается, что аппарат искусственной вентиляции легких подлежал ремонту еще в 2010 г., однако использовался до последнего времени. Кроме того, в медицинском центре отсутствовал газовый монитор, который позволяет отслеживать концентрацию газа [1].

Таким образом, результатом халатного отношения к исполнению своих обязанностей со стороны медицинского и административного персонала учреждения здравоохранения, а также отсутствия должного контроля со стороны уполномоченных государственных органов, прежде всего Министерства здравоохранения, стала гибель девушки, заключившей помимо всего прочего договор на оказание ей соответствующих медицинских услуг и оплатившей их стоимость. А ведь правовой императив, предписывающий Министерству здравоохранения Республики Беларусь осуществлять контрольные мероприятия за качеством оказания медицинских услуг в стране, прямо был закреплен в п. 8.16 и 8.20 постановления Совета Министров Республики Беларусь от 28 октября 2011 г. № 1446, согласно которым данный республиканский орган государственного управления обязан осуществлять государственный контроль за качеством лекарственных средств, изделий медицинского назначения и медицинской техники и принимать решение об изъятии из обращения некачественных и фальсифицированных лекарственных средств, изделий медицинского назначения и медицинской техники [2]. Неисполнение или ненадлежащее исполнение государственным органом действий, прямо установленных правовой нормой, повлекшие за собой причинение вреда физическому лицу, конечно же, влекут за собой применение установленного вида юридической ответственности к нарушителю. Но основная опасность подобных ситуаций заключается в системном нарушении частных прав и законных интересов граждан со стороны публичного органа государства, призванного в силу своего положения как раз обеспечить их защиту и надлежащую реализацию. Как справедливо отмечает С.Г. Дробязко, «сущностно-правовой закономерностью является охрана права самой мощной социальной организацией, которую изобрело человечество, именуемой государством. Именно оно, обладающее аппаратом принуждения, денежными средствами, кадрами и другими возможностями, гарантирует в конечном итоге то, что предписывается правом, его сущностью, его содержанием» [3, с. 40–41]. Любое государство во всех случаях «должно брать на себя обязанность заботиться о социальной справедливости, благополучии своих граждан, их социальной защищенности» [4, с. 127].

В этой связи можно констатировать чрезвычайно низкую эффективность правовых норм указанного выше нормативного правового акта, ибо тяжесть наступивших последствий (смерть человека) свидетельствует об отсутствии реальных гарантий защиты и реализации субъективных основополагающих прав человека, в качестве которых должны рассматриваться нормативно закреплённые обязанности уполномоченного государственного органа по предоставлению гражданам качественных и безопасных медицинских услуг. Казалось бы, низкий уровень правоприменения, повлекший за собой наступление тяжких последствий, должен был подвинуть республиканский орган государственного управления к совершенствованию административно-управленческого механизма, связанного с обеспечением надлежащего уровня исполнения нормативных предписаний и соответственно повышением эффективности регулятивной и охранительной функций права в сфере здравоохранения. Однако 26 августа 2013 г. Советом Министров Республики Беларусь принимается постановление № 749 «О некоторых вопросах Министерства здравоохранения», которым вносятся изменения и дополнения в постановление Совета Министров Республики Беларусь № 1446 лишь в части обязанности данного республиканского органа государственного управления по определению порядка осуществления государственного контроля за производством, хранением, реализацией и качеством медицинских изделий (изделий медицинского назначения и медицинской техники). Представляется, что данная мера нормативно-правового реагирования на недостаточный уровень контроля со стороны уполномоченных государственных органов за качеством медицинскими, полным и своевременным предоставлением гражданам медицинских услуг, гарантированных Конституцией, вряд ли явится эффективным регулятором складывающихся в данной сфере общественных отношений, а также выступит в качестве правовой гарантии недопущения в будущем угрозы наступления неблагоприятных последствий для жизни и здоровья граждан.

Для этого необходимо, как минимум, системное совершенствование административно-правового регулирования организации и деятельности всей системы здравоохранения, так как существующий механизм, организационные структуры, формы управления и действующее законодательство в значительной степени устарели и не отвечают новым общественно-политическим и социальным реалиям. В настоящее время в республике слабо разработаны вопросы о правовой регламентации оказания медицинской помощи, правовом статусе субъектов отношений в сфере здравоохранения. Нормативные правовые акты оставляют нерешёнными целый ряд проблем, как существовавших ранее, так и постоянно возникающих в связи с появлением новых форм деятельности по охране здоровья человека, – правовое обеспечение охраны здо-

ровья не успевает за изменениями, происходящими в реальной жизни (в качестве примера можно привести вопросы о правовой регламентации суррогатного материнства, применении новых биотехнологий лечения с использованием стволовых клеток). Более того, устаревшее законодательство в ряде случаев служит тормозом позитивных процессов в данной сфере (вопрос о правовой регламентации трансплантации органов и тканей человека).

Для устранения этих негативных явлений необходимы в первую очередь совершенствование системы организации здравоохранения и управления им, разработка правовой регламентации этого процесса, дальнейшее углубление и развитие демократических начал и повышение качества и эффективности работы органов и учреждений здравоохранения. В том числе и эти задачи зафиксированы в программных документах, принятых в Республике Беларусь на среднесрочную перспективу. Так, например, согласно положениям Программы социально-экономического развития Республики Беларусь на 2011–2015 гг., утвержденной указом Президента Республики Беларусь от 11 апреля 2011 г. № 136, главной составляющей развития человеческого потенциала сегодня является здоровье. Предполагается, что задача укрепления здоровья населения будет решаться на основе повышения качества медицинских услуг, гарантированного обеспечения единых социальных стандартов медицинской помощи каждому человеку независимо от его места жительства. В этих целях предусматривается:

- создание единой системы мониторинга здоровья населения на основе информационных технологий;

- развитие современной инфраструктуры медицинских услуг;

- организация дифференцированной диспансеризации населения с учетом возраста и факторов риска;

- обеспечение доступности медицинской помощи;

- внедрение в медицинскую практику новых эффективных методов профилактики, диагностики и лечения заболеваний на основе передовых отечественных и зарубежных научных медицинских разработок, системы консультирования с использованием информационно-коммуникационных технологий;

- укомплектование медицинскими кадрами первичного звена, повышение уровня укомплектованности врачами и средним медицинским персоналом до 100 %;

- организация серии теле- и радиопередач, выпуска литературы и видеопродукции, посвященных проблемам формирования здорового образа жизни.

Практическая реализация указанных задач будет зависеть как от экономического, так и от нормативного обеспечения функционирования системы здравоохранения республики. В этой связи вопрос, связанный с экономической и социально-регулятивной адаптированно-

стью базового закона Республики Беларусь от 18 июня 1993 г. «О здравоохранении», приобретает особую актуальность. Отраслевая законодательная база в целом требует своего дальнейшего развития и совершенствования. Представляется, что назрела необходимость разработки и принятия закона «О регулировании частной медицинской деятельности». Это позволит разделить сферы ответственности государственного и частного секторов здравоохранения, создать конкурентную среду между ними, расширить возможности граждан по выбору доступных им способов реализации конституционного права на охрану здоровья, что объективно повлечет за собой повышение качества оказания медицинских услуг при сохранении высоких стандартов безопасности жизни и здоровья людей.

1. Трагедия в «Экомедсервисе»: причины и последствия [Электронный ресурс]. 2013. Режим доступа: <http://www.profi-forex.by/news/entry5000019089.html> (дата обращения: 05.09.2013).

2. О некоторых вопросах Министерства здравоохранения и мерах по реализации Указа Президента Республики Беларусь от 11 августа 2011 г. № 360 [Электронный ресурс] : постановление Совета Министров Респ. Беларусь от 28.10.2011 г. № 1446 : в ред. постановлений Совета Министров Респ. Беларусь от 10.01.2012 № 31, 11.07.2012 № 636, 18.10.2012 № 936, 27.12.2012 № 1220. Доступ из спра.-правовой системы «КонсультантПлюс».

3. Дробязко С.Г. Сущностно-правовые закономерности в правовой системе Республики Беларусь // Право в современном белорусском обществе : сб. науч. тр. / Нац. центр законодательства и правовых исслед. Респ. Беларусь ; редкол.: В.И. Семенков (гл. ред.) [и др.]. Минск, 2012. Вып. 7. С. 34–43.

4. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации : учебник. 3-е изд., изм. и доп. М. : НОРМА, 2002.

УДК 342.92

С.Г. Василевич, доцент кафедры конституционного права юридического факультета Белорусского государственного университета, кандидат юридических наук

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ОПТИМИЗАЦИИ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ВЗЫСКАНИЙ В КОНТЕКСТЕ ПРИНЦИПА ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

В литературе справедливо отмечается, что, соблюдая конституционность (законность), правотворческому органу необходимо стремиться принимать рациональные решения, т. е. можно утверждать об опре-

деленной взаимосвязи принципов конституционности (законности) и целесообразности. С имеющимся в литературе противопоставлением этих принципов можно согласиться, если они выступают как антиподы. Речь должна идти о их взаимодействии и стремлении к совпадению: в рамках Конституции или правового закона следует принимать самое оптимальное решение, отвечающее интересам государства, общества и отдельного индивида. Нельзя отдавать предпочтение праву одного из данных субъектов. При этом ориентиром для правотворческих решений, реализации управленческой функции могут быть положения ст. 23, 63 и др. Конституции, предусматривающих основания и пределы ограничения прав и свобод человека [1, с. 42–56].

Повышению эффективности нормотворческой деятельности должно способствовать внедрение в практику прогнозирования последствий принятия актов. В каждом нормативном правовом акте следует указывать в развернутом виде те цели, ради достижения которых он принимается. Сейчас это делается в общем виде, что не побуждает разработчиков проектов актов более тщательно подходить к их подготовке и продумыванию механизмов их реализации. Необходимо систематически анализировать ход реализации принятых актов. На это следует нацелить всю систему государственных органов. Правовой мониторинг должен стать одним из важнейших элементов их компетенции.

Кроме того, необходимо отметить следующие моменты: важность института нормотворческой деятельности, поскольку от качества такой деятельности зависит качество принимаемых нормативных правовых актов; насколько точно и правильно будет прописано в нем предписание, регламентирующее конкретную область отношений; какие «лазейки» могут появиться вследствие принятия непродуманных предписаний; сколько раз придется корректировать это предписание.

В современный период особо возрастают роль и значение такого важнейшего принципа, как принцип соразмерности (пропорциональности) ответственности совершенному деянию, особенно при применении мер материального характера. На наш взгляд, анализу данного принципа следует уделять значительно больше внимания, чем это было ранее. Любое вмешательство в свободу действий гражданина допустимо настолько, насколько это необходимо в рамках цели, преследуемой в публичных интересах. Все большее признание получает высказываемая в литературе точка зрения, согласно которой мера ограничения должна быть наименее обременительной из тех, которые позволяют достичь поставленной цели. Если существует менее обременительная мера, то должна применяться именно она, что наиболее очевидно при применении мер ответственности.

Часто на практике выражается несогласие с пределами ответственности за совершенное деяние, когда, например, штраф носит разорительный характер. При этом «взвесить» все можно, руководствуясь именно принципом соразмерности (пропорциональности) ограничения прав и свобод законно достигаемым целям.

Принцип соразмерности (пропорциональности) ответственности по существу объединяет два принципа – справедливости и гуманизма, таким образом позволяя уйти от несколько абстрактного их содержания, переводя решение вопроса в практическую плоскость.

Принцип соразмерности административного взыскания содеянному дает возможность «осуществить выбор средств воздействия в зависимости от характера проступка, способа, времени, места его совершения, формы и степени вины и тем самым с наибольшей полнотой выполнить задачи воспитательного характера» [2, с. 216]. Автором ранее предлагалось использовать подход, сложившийся в законодательстве и практике некоторых Скандинавских стран, где штраф налагается на виновное лицо с учетом его дохода (заработной платы). Безусловно, что в настоящее время его реализовать непросто, так как не всегда можно оперативно получить соответствующую информацию о доходах гражданина. Сведения о доходах можно получить в налоговых органах, куда подается соответствующая декларация (или по месту работы), т. е. можно ориентироваться на доход, полученный в предшествующем правонарушению году. Но, к сожалению, есть значительная часть граждан, которые находятся в трудоспособном возрасте и не имеют официального заработка, поэтому в таких случаях сложно установить размер заработка (дохода), чтобы уже на данном этапе применить предлагаемое нами правило об увязке административного штрафа с доходом лица. Выходом может быть использование подхода, внедряемого в России, в соответствии с которым штраф в более высоких размерах, например, за нарушение правил дорожного движения платят владельцы более дорогих автомобилей. Что же касается возможной увязки штрафа с доходом, то расчет максимального размера штрафа предлагаем осуществлять с учетом того, что административное взыскание действует в течение года, поэтому сумма штрафа не должна превышать возможную предельную сумму удержания из зарплаты (пенсии), умноженную на 12. Размер штрафа, налагаемого на несовершеннолетнего, должен быть ниже, чем на совершеннолетнего. Исключения возможны для лиц, не достигших 18 лет, но обретших полную гражданскую дееспособность.

Статистика свидетельствует, что остается значительным число дорожно-транспортных происшествий, совершаемых водителями, нахо-

дящимися в нетрезвом состоянии. Часто это сопровождается гибелью либо тяжелыми травмами людей. Подобного рода случаи актуализируют проблему ответственности водителей за нахождение в нетрезвом состоянии. В средствах массовой информации в последнее время часто звучат призывы к усилению ответственности за управление транспортным средством в состоянии опьянения.

В течение 2008–2013 гг. в различных государственных органах обсуждался вопрос об ужесточении ответственности за совершение правонарушения, предусмотренного ст. 18.16 КоАП Республики Беларусь (управление транспортным средством лицом, находящимся в состоянии алкогольного опьянения, передача управления транспортным средством такому лицу либо отказ от прохождения проверки (освидетельствования)) и преступления, предусмотренного ст. 317, 317¹ УК Республики Беларусь.

В законе от 12 июля 2013 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые кодексы Республики Беларусь по вопросам усиления ответственности за управление транспортным средством в состоянии опьянения» предусматриваются следующие новеллы.

Усиливается ответственность за нарушение правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств лицом, управляющим транспортным средством в состоянии алкогольного опьянения либо в состоянии, вызванном потреблением одурманивающих веществ, повлекшее по неосторожности смерть людей либо причинение тяжкого телесного повреждения (лишение свободы увеличивается до 7–10 лет). Полагаем, что авторов законодательной инициативы в этой части можно поддержать. Что же касается предусматриваемой в качестве меры уголовного наказания конфискации транспортного средства в связи с повторным в течение года после наложения административного взыскания управлением транспортом в нетрезвом состоянии, то здесь лишь практика подтвердит правильность такого подхода. Ранее нам представлялся более приемлемым подход, в соответствии с которым конфискация транспортного средства при тех же условиях осуществлялась бы в качестве административной меры.

Закон предполагает, что независимо от права собственности подлежит специальной конфискации транспортное средство, которым управляло лицо, совершившее преступление, предусмотренное ст. 317¹ УК Республики Беларусь, за исключением транспортных средств, выбывших из законного владения собственника (пользователя) помимо его воли или в результате противоправных действий других лиц. Такая ответственность наступает, если лицо ранее совершило административное правонарушение (ст. 18.16 КоАП), было привлечено к админи-

стративной ответственности и в течение года вновь совершило аналогичное правонарушение.

С одной стороны, если водитель является собственником транспортного средства, которым он управлял в состоянии алкогольного либо иного опьянения, то лишить его орудия совершения правонарушения – правильный шаг. С другой стороны, лицо может взять транспортное средство у соседа, с которым находится в хороших отношениях, родственников, друзей, являющихся их владельцами.

Учитывая закрепленную в ст. 44 Конституции Республики Беларусь гарантию – собственность, приобретенная законным способом, охраняется государством, следует принять меры для дополнительной защиты собственников транспортных средств, которые сами не совершали названных деяний, но «вина» которых заключается лишь в том, что они предоставили транспортное средство виновному лицу. При этом возможны ситуации, когда оказавшийся за рулем пьяный водитель ранее вел исключительно трезвый образ жизни.

В связи с этим, на наш взгляд, компетентные органы (ГАИ или суд) должны оповещать владельца транспортного средства о том, что лицо, которому передано им транспортное средство, задержано при управлении в нетрезвом состоянии, т. е. совершило правонарушение, предусмотренное ст. 18.16 КоАП Республики Беларусь. Таким образом, собственник уже будет осознанно решать, давать пользоваться автомобилем такому лицу дальше или нет. Кроме того, могут быть случаи, когда лицо ранее пользовалось автомобилем одного владельца, было подвергнуто административной ответственности по ст. 18.16 КоАП, а после этого взяло другой автомобиль у другого владельца. Из смысла закона можно сделать вывод, что повторное совершение анализируемого правонарушения повлечет конфискацию автомобиля второго владельца. С целью исключения подобных ситуаций следует предусмотреть право гражданина получить соответствующую информацию в органах внутренних дел в отношении лица, которому планируется передать автомобиль.

Будет полезным также в процессе рассмотрения дела об административном правонарушении объявление виновному лицу официального предупреждения о том, что если оно повторно в течение года совершит аналогичное правонарушение, то будет подвергнуто уголовному наказанию с конфискацией транспортного средства.

В случае если лицо совершило соответствующее правонарушение на транспортном средстве, ему не принадлежащем, то, полагаем, целесообразно было бы вместо конфискации взыскивать стоимость автомобиля. В этих целях следует проводить соответствующую экспертизу по

оценке стоимости такого автомобиля с учетом срока его эксплуатации, износа двигателя, кузова, других силовых агрегатов и элементов, в итоговом решении суда обязывать правонарушителя уплатить соответствующую стоимость автомобиля, указанную в экспертном заключении, в доход государства наряду с назначенным уголовным наказанием. В этом случае, считаем, будут защищены права законного и добросовестного владельца транспортного средства.

Положение ч. 3 ст. 9 УК Республики Беларусь регламентирует, что закон, устанавливающий преступность деяния, усиливающий наказание или иным образом ухудшающий положение лица, совершившего это деяние, обратной силы не имеет, поэтому, на наш взгляд, если лицо совершило предусмотренное ст. 18.16 КоАП Республики Беларусь деяние до вступления в силу упомянутого закона о внесении изменений и дополнений, оно не должно учитываться при применении ст. 317¹ УК. Если после вступления закона в силу совершено правонарушение, предусмотренное ст. 18.16 КоАП, то тогда ст. 317¹ УК может быть применена.

ПКИоАП Республики Беларусь предусматривает, должностное лицо какого государственного органа будет исполнять постановление о лишении специального права.

Так, в ст. 17.1 ПКИоАП говорится, что постановление о лишении права управления транспортными средствами исполняется уполномоченными лицами органов внутренних дел; постановление о лишении права управления судами исполняется уполномоченными лицами соответствующих инспекций по безопасности судоходства; постановление о лишении права охоты исполняется уполномоченными должностными лицами Государственной инспекции охраны животного и растительного мира при Президенте Республики Беларусь.

Что касается порядка исполнения постановления о лишении права управления транспортным средством, то оно реализуется следующим образом – лишение права управления всеми видами транспортных средств путем изъятия водительского удостоверения и талона к нему; о лишении права управления транспортными средствами – путем отметки в водительском удостоверении и талоне к нему о лишении лица права управления транспортными средствами.

Во исполнение ст. 17.2 ПКИоАП постановлением МВД Республики Беларусь от 28 февраля 2007 г. № 45 (далее – постановление) утвержден порядок изъятия удостоверения на право управления транспортными средствами и талона к нему.

Согласно постановлению в случае вынесения постановления о лишении права управления транспортным средством водительское удостоверение и талон к нему, если они в соответствии с законодательст-

вом были изъяты ранее, не возвращаются. Действие временного разрешения на право управления транспортным средством, выдаваемого взамен водительского удостоверения, продлевается до истечения срока, установленного для подачи жалобы, или до принятия решения по жалобе. В случае если водительское удостоверение и талон к нему не были изъяты, а лицо, лишенное права управления транспортными средствами, уклоняется от их сдачи, работники ГАИ МВД принимают необходимые меры к изъятию водительского удостоверения, а именно: информируют участковых инспекторов милиции, работников дорожно-патрульной службы ГАИ МВД Республики Беларусь, администрацию по месту работы нарушителя. В случае выявления у лица водительского удостоверения и талона к нему, подлежащих сдаче, должностные лица органов внутренних дел изымают такое удостоверение в соответствии с законодательством. Хранение и возврат водительского удостоверения и талона к нему после окончания срока лишения права управления транспортными средствами осуществляются в порядке, установленном законодательством.

ПКИАП также устанавливает порядок исчисления сроков лишения специального права. Так, в ст. 17.5 установлен порядок исчисления сроков лишения специального права. Лица, в отношении которых вынесено постановление о наложении административного взыскания в виде лишения специального права, считаются лишенными этого права со дня вступления постановления в законную силу. Если после вынесения постановления о лишении права управления транспортным средством, судами лицо, лишенное этого права, не сдало водительское удостоверение и талон к нему, диплом, свидетельство, удостоверение на право управления судами и талон к нему, то срок лишения этого специального права исчисляется с момента фактического изъятия у него этих документов, за исключением случаев, когда фактическое изъятие документов осуществлено по истечении срока лишения такого права. По истечении срока лишения специального права лицу, подвергнутому данной мере административного взыскания, возвращаются изъятые у него документы в порядке, предусмотренном законодательными актами Республики Беларусь. По истечении срока лишения специального права лицу, подвергнутому данной мере административного взыскания, возвращаются изъятые у него документы в порядке, предусмотренном законодательными актами Республики Беларусь.

Таким образом, документы на право управления транспортным средством должны быть возвращены лицу, допустившему вышеописанное правонарушение, в связи с истечением установленного срока

лишения этого права и после предъявления необходимых медицинских документов.

Возможно, если продолжать сложившуюся практику, то имеет смысл внести изменение в ст. 1.3 КоАП Республики Беларусь, дополнив ее разъяснением терминов «лишение права управления транспортным средством» и «приостановление права управления транспортным средством». Следует отметить, что и в литературе, и на практике уже стало привычным использование понятия «лишение права». Необходимо правильно трактовать определение этого термина и определять последствия лишения чего-либо.

Так, лишение права управления транспортным средством – полная утрата лицом приобретенного в установленном порядке документа, подтверждающего право на управление транспортным средством одной или всеми категориями, за совершение деяния, запрещенного КоАП Республики Беларусь.

Приостановление права управления транспортным средством – временное изъятие в установленном порядке у лица, управлявшего транспортным средством, документа, подтверждающего право на управление транспортным средством, и совершившего такое нарушение правил дорожного движения, за которое в соответствии со статьями Особенной части КоАП Республики Беларусь предусмотрено изъятие этого документа с последующим его возвратом по окончании установленного срока. Однако полагаем, что такой подход будет слишком «оригинальным» и речь следует вести в прямом смысле о лишении специального права со всеми вытекающими последствиями, т. е. более приемлемым является порядок, при котором в случае лишения права на управление транспортом повторно экзамены сдавали все лица, лишённые водительских прав.

1. Василевич Г.А. Источники белорусского права. Минск : Тесей, 2005.
2. Ответственность в управлении / отв. ред. А.Е. Лунев, Б.М. Лазарев. М. : Наука, 1985.

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие	3
ФИЛОСОФИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ НАУКИ	
<i>Можейко М.А.</i> Правовая и нравственная реальность современной культуры: проблема нормативности и долженствования	5
ОБЩАЯ ТЕОРИЯ И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА	
<i>Честнов И.Л.</i> Эффективность права с позиций постклассической методологии	21
<i>Поляков А.В.</i> Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права	32
<i>Максимов С.И.</i> Онтологические основания правовой доктрины в концепции правовой реальности	46
<i>Толстик В.А.</i> Некоторые закономерности, обуславливающие эффективность правового регулирования	52
<i>Стовба А.В.</i> Классическая и неклассическая философия права: онтология и методология	58
<i>Антонов М.В.</i> Систематизация права: в поисках эффективности	64
<i>Калинин С.А.</i> Миросистемный анализ как методологический подход в юриспруденции	76
<i>Павлов В.И.</i> Генеалогия эффективности права: effectus и схоластика в западноевропейском Средневековье	80
<i>Мурашко Л.О.</i> О проблеме методологического плюрализма в современных правовых исследованиях и постановки познавательной задачи	88
<i>Перепелица Е.В.</i> Эффективность права в динамике юридических дискурсов	94
ОТРАСЛИ ПРАВА	
<i>Александров А.С., Александрова И.А.</i> Новое – буржуазное уголовное и уголовно-процессуальное право России	100
<i>Бойко А.И.</i> Теория эффективности права в свете мониторинга уголовного законодательства	119
<i>Василевич Г.А.</i> Актуальные направления повышения эффективности реализации права в Республике Беларусь	126
<i>Данилюк С.Е.</i> Кризис правопонимания в современном мире в контексте различных цивилизационно-культурных и политико-идеологических подходов ...	133
<i>Хомич В.М.</i> Что есть истина в уголовном праве?	142
<i>Марчук В.В.</i> Основные аспекты философского знания в призме квалификации преступлений	146
<i>Савенок А.Л.</i> О необходимости совершенствования подходов при исследовании эффективности уголовного закона	151
<i>Саркисова Э.А.</i> Общая превенция в уголовном праве: цель, задача или миф?	158
<i>Бибило В.Н.</i> Социальные регуляторы правосудия в современном обществе	168
<i>Данько И.В.</i> Эффективность уголовно-процессуального права в современных условиях	174
<i>Сивец С.М.</i> Об отдельных аспектах социальной эффективности права в области здравоохранения	181
<i>Василевич С.Г.</i> Некоторые аспекты оптимизации административных взысканий в контексте принципа пропорциональности ответственности	186

Научное издание

КЛАССИЧЕСКАЯ И ПОСТКЛАССИЧЕСКАЯ
МЕТОДОЛОГИЯ РАЗВИТИЯ
ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

Сборник научных трудов

Редакторы: *Н.И. Минич, Л.М. Романовская, Е.А. Соколова,*
Е.В. Сурмачевская, К.В. Яковлева
Технический редактор *С.И. Гайдук*
Компьютерный набор *И.В. Бачилы*
Корректор *М.Н. Колотуха*

Подписано в печать 25.10.2013. Формат 60×84¹/₁₆.
Бумага офсетная. Ризография. Усл. печ. л. 11,34. Уч.-изд. л. 12,05.
Тираж 150 экз. Заказ 221.

Издатель и полиграфическое исполнение:
учреждение образования
«Академия Министерства внутренних дел Республики Беларусь».
ЛИ № 02330/706 от 01.04.2013.
Пр-т Машерова, 6, 220005, Минск.

К47

Классическая и постклассическая методология развития юридической науки : сб. науч. тр. / М-во внутр. дел Респ. Беларусь, учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Респ. Беларусь» ; редкол.: А.Л. Савенок (пред.) [и др.]. – Минск : Акад. МВД, 2013. – 194, [2] с.
ISBN 978-985-427-834-6.

Сборник включает статьи, подготовленные участниками второго проблемного семинара по классической и постклассической методологии современной юридической науки. Ведущие правоведы Беларуси, России и Украины в контексте классической и постклассической методологии юридической науки рассматривают проблемы эффективности права в условиях современной правовой реальности.

Предназначен для специалистов в области фундаментальных и отраслевых юридических дисциплин, преподавателей, аспирантов, магистрантов, студентов (курсантов) юридических вузов, а также всех, кто интересуется проблемами методологии современной юридической науки.

УДК 34
ББК 67