

2. Тиковенко А.Г. Законодательные акты в свете аксиологии // Вестн. Конституц. Суда Респ. Беларусь. 2012. № 2. С. 132–140.

3. Митрополит Иоанн. Русская симфония: очерки русской историософии. СПб.: Цар. дело, 2009. 494 с.

4. Ямвлих. О Пифагоровой жизни / пер. с древнегреч. И.Ю. Мельниковой. М.: Алетейя, 2002. 192 с.

5. Аристотель. Сочинения: в 4 т. М.: Мысль, 1983. Т. 4. 830 с.

6. Бабкин А.М., Шендцов В.В. Словарь иноязычных выражений и слов: в 3 т. Т. 2. К-З. Изд. 2-е, перераб. и доп. Ленинград: Наука, 1987. 656 с.

7. Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения: в 39 т. 2-е изд. М.: Политиздат, 1955. Т. 3. 650 с.

УДК 340.13

***В.В. Денисенко**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории государства и права, международного права и сравнительного правоведения юридического факультета Воронежского государственного университета*

#### **ПРИНЦИП ДЕЛИБЕРАТИВНОСТИ И ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ: ЦЕННОСТНОЕ ОБОСНОВАНИЕ<sup>1</sup>**

Теория правового регулирования в советской юриспруденции была изначально сформулирована в рамках позитивистского типа правопонимания. До сих пор в теории государства и права правовое регулирование несмотря на различные определения понимается большинством отечественных правоведов без учета личностного или коммуникативного аспекта [1, с. 252], без учета прав человека как ценности [2, с. 212–232], поэтому понимание правового регулирования в значениях «воздействие на общественные отношения с целью их упорядочения» [3, с. 26], «результативное нормативное воздействие на общественные отношения специальной системой юридических средств» [4, с. 9] и иные дефиниции можно охарактеризовать как целерациональное или инструментальное понимание правового регулирования. Как справедливо указывает Н.В. Варламова, причина исключения прав личности из теории правового регулирования именно в позитивизме, ибо «последовательный позитивистский подход в духе кельзеновского „чистого учения о праве“, освободившего предмет юриспруденции от чуждых ему „наслоений“ психологии, социологии, этики и политической теории, увязывает эффективность исключительно с действительностью правовых

норм» [5, с. 7]. Под действительностью правовой нормы понимается ее реальное соблюдение и применение (то, «что люди на самом деле действуют в соответствии с этой нормой» [5, с. 21]). Действительность правопорядка в целом предполагает, «что люди, чье поведение он регулирует, связывая с определенными действиями определенные акты принуждения в качестве санкций, ведут себя в соответствии с нормами этого порядка», и проявляется она, «во-первых, в фактическом соблюдении норм (т. е. в исполнении установленных ими правовых обязанностей) и, во-вторых, в применении правовых норм (т. е. в осуществлении установленных ими санкций)» [2, с. 212–232]. Таким образом, дело именно в позитивистском типе правопонимания, в методологическом фундаменте, на котором строится теория эффективности правового регулирования, когда несмотря на различные трактовки правового регулирования «право рассматривалось как социальный регулятор, не имеющий собственной, органично, внутренне ему присущей ценности (а значит и цели) и содержания» [2, с. 214].

Итак, в отечественной правовой науке при изучении вопросов правового регулирования до сих пор довольно популярным остается инструментальное понимание сущности и социальной ценности права, активно используется категория «механизм» применительно к проблемам эффективности права и правового регулирования в целом, поэтому следует дать небольшое пояснение, почему сложившаяся концепция правового регулирования требует ревизии и не способна служить инструментарием для анализа кризиса легитимности. Инструментальный подход получил широкое распространение в советский период прежде всего благодаря трудам С.С. Алексеева, который разработал такие категории, как «механизм правового регулирования», «правовые средства», «стимулы и ограничения». Именно С.С. Алексеев в своих научных публикациях в 70-х и 80-х гг. прошлого века акцентировал внимание на понимании социальной ценности права как инструмента, регулирующего общественные отношения. Следует отметить, что хотя в 90-х гг. XX в. С.С. Алексеев отказался от своего понимания права, инструментальный подход к праву продолжают поддерживать и развивать другие отечественные правоведы [6, с. 16–23]. До сих пор инструментальный подход к правовому регулированию доминирует в абсолютном большинстве учебной литературы в области общей теории права. Между тем инструментальный подход к праву представляется нам явно недостаточной методологией для понимания сущности современного права. На наш взгляд, инструментальный подход, который рассматривает правовое регулирование как систему механизмов, стимулов и ограничений, воздействующих на общество, является односторонним, не способным охватить своей методологией

<sup>1</sup> Публикация подготовлена в рамках научного проекта № 19-011-00796 «Делиберативность как принцип принятия публично значимых решений: юридическое измерение», выполненного при поддержке Российского фонда фундаментальных исследований.

процессы, происходящие в современной правовой системе. Уместно привести мнение члена-корреспондента РАН Г.В. Мальцева по поводу механистического подхода к позитивному праву: «Слова „юридический механизм“, „механизмы юридического регулирования, правотворчества, правоприменения“ сегодня занимают почетное место в лексиконе юриста. Его нисколько не смущает механический характер юридино-институциональных устройств, напротив, он видит в них то, чего сильно не хватает сложной, хаотизированной, текучей реальности, – четких соотношений по заданной схеме, движения элементов согласно рассчитанному вектору, геометрически правильного расположения линий в процессе движения и т. д. ... В практическом плане образ часового механизма как идеала для правового регулирования, действия правовой системы весьма привлекателен. Но есть одно обстоятельство, которое в теоретико-методологическом смысле делает этот образ неудобным для права: он оставляет в стороне существование права в качестве сверхсложной динамической системы, буквально врастающей в свою социальную среду, способной при известных условиях самонастраиваться и саморазвиваться» [7, с. 64]. Таким образом, хотя в настоящее время и очевидно, что общество не механистично и не сводится к автоматизированным процессам, многие ученые до сих пор не критично принимают механистическую картину мира. Г.В. Мальцев справедливо указывает, что причина привлекательности научно-технических парадигм связана с духом и стилем времени их возникновения. К концу XIX – началу XX в. благодаря знанию механических законов природы были сделаны открытия, изменившие жизнь человека. Наука, занявшая место бога, грозила подчинить себе этику и эстетику, активно создала тип культуры, ориентированный на точное знание, надежное техническое решение, на машину как таковую [3, с. 26]. Этот период представлял собой эпоху господства юридического позитивизма, критики естественного права, поэтому механистические взгляды на общество и право быстро стали популярны, юриспруденция провозгласила себя наукой, основанной на точных знаниях.

В отечественном правоведении популярность механистического понимания природы права связана также с долгим господством марксизма, который оперировал категориями «аппарат», «машина» применительно к государству и праву. Это было обусловлено тем, что марксизм являлся продуктом своей эпохи, в которой были популярны позитивизм и научно-технические парадигмы. Во второй половине XX в. в общественных науках стал популярен системный подход, который более гибко характеризовал и правовое регулирование. Между тем в советский период отечественным правоведом не удалось полностью использовать системную методологию и полностью уйти от конструкти-

визма и понимания права как некоего механизма или агрегата. Причина заключалась в государственной идеологии, препятствовавшей свободному восприятию современных зарубежных исследований и разработке своих научных концепций, не основанных на материалистической диалектике. В настоящее время отечественное правоведение насыщено научно-техническими терминами и идеями, такими как «механизм», «инструмент» или «алгоритм». В последнее время вышло несколько работ, указывающих, что использование в юриспруденции некоторых технических категорий, например «алгоритм», часто не вносит никаких новых научных идей. В частности, Е.Б. Хохлов справедливо называет такие заимствования юридическими химерами [8, с. 4–10]. Представители юридического либертаризма справедливо указывают, что инструментальный подход к праву связан марксистско-ленинской теорией и в настоящее время противоречит идеям, заложенным в Конституции РФ: «Ныне действующая Конституция РФ утверждает принципиально иной тип правопонимания, базирующийся на идеологии естественных и неотчуждаемых прав человека. Конституционные положения о высшей ценности (ст. 2) и неотчуждаемом характере (ч. 2 ст. 17) прав и свобод человека, их непосредственном действии и определении ими смысла и содержания правотворческой и правоприменительной деятельности (ст. 18) указывают на собственно правовые ценности, определяющие характер правового регулирования. основополагающей телеологической ценностью, обеспечиваемой правовым регулированием, признается личная свобода, проявлением и конкретизацией которой и выступают права и свободы человека. Однако эти конституционные установления, коренным образом меняющие представления о сути и социальном назначении права, пока не получили в отечественной науке должного теоретического осмысления и юридино-догматической интерпретации. В частности, они никак не отразились на разработке проблематики эффективности правового регулирования. И сегодня социально-инструменталистский подход к пониманию и определению эффективности права господствует как в теоретических, так и в эмпирических исследованиях» [2, с. 216].

Инструментальный подход к правовому регулированию подвергается критике в отечественной науке и представителями антропологического подхода к праву (прежде всего И.Л. Честновым), ибо такая концепция основана на классической теории управления – теории «закондательного разума», способного упорядочить общественные отношения. Как справедливо замечает И.Л. Честнов относительно классической теории правового регулирования, «эта точка зрения сегодня не выдерживает критики, так как не учитывает сложный, до сих

пор не проясненный механизм интериоризации (Л.С. Выгодский). Сегодня стало очевидно, что внешнее воздействие, в том числе информация, заключенная в нормах права, не детерминирует общественные отношения прямо и непосредственно. Поэтому необходимо учитывать „человеческий фактор“, выражающийся в правовой культуре, опосредующий правовое воздействие на массовое поведение населения» [1, с. 252]. Здесь следует отметить, что хотя по проблемам правовой культуры и ментальности в последние два десятилетия проводилось достаточно исследований, взгляд на роль человеческого фактора в правовом регулировании практически не претерпел изменений. Субъекты общественных отношений, по сути, понимаются как объекты правового регулирования, на которые воздействует публичная власть, используя стимулы и ограничения. Но такой целерациональный подход приводит к исключению человека из процесса принятия юридического решения, формализации, бюрократизации социального регулирования и, как следствие, отчуждению граждан от права, кризису легитимности власти, росту национализма и религиозного фундаментализма, так как в процессе применения права гражданин не играет самостоятельной роли. Главную роль в судебных процессах выполняют юристы, граждане при этом не понимают терминов, аргументации принятия решения, что приводит к формализации судопроизводства, отстранению человека от реализации права. Таким образом, можно сделать вывод, что для создания новой теории правового регулирования явно недостаточно позитивистского механистического подхода к праву. С таких позиций абсолютно исключается роль личности и ее прав в правовом регулировании, ибо позитивистская методология не способна понимать право в этом аспекте.

Сторонники теории коммуникативной рациональности (прежде всего Ю. Хабермас) для преодоления указанных противоречий (или патологий) современного общества, неизбежно ведущих к кризису легитимности и кризису эффективности правового регулирования, предлагают ряд мер, вытекающих из общих выводов данной теории применительно к правовой сфере. Так как лингвистическая парадигма, понимающая слово как действие, указывает, что в основе всех социальных взаимодействий лежит признание Другого, взаимопонимание, неизбежным элементом правовой политики является не только принудительность, но и признание субъекта равным себе. Применительно к праву это означает формальное равенство и обоснование современной модели народного суверенитета – делиберативной демократии. Согласно теории коммуникативной рациональности позитивное право должно сочетать в себе одновременно два качества: фактичность и значимость [9, p. 320]. Фак-

тичность – это аспект, связанный с принудительным характером правовых норм. Значимость – это моральная обоснованность права (человек должен исполнять закон в случае легитимности правовых норм). Если позитивное право сводится лишь к фактичности, т. е. основано лишь на принуждении, в сфере коммуникативных взаимодействий, то такое целерациональное, инструментальное воздействие неизбежно приводит к кризису легитимности, формализму права. Ценность такого подхода в том, что он методологически обосновывает и объясняет необходимость демократических институтов и это не противоречит формальному равенству и правам субъектов.

Таким образом, теория правового регулирования должна исходить из intersubjectивности права, обусловленности норм позитивного права правами личности и демократическим участием граждан. Демократическое участие в современном обществе характеризуется принципом делиберативности. Делиберативность означает непосредственное участие граждан в правотворчестве и правоприменении, что позволяет учитывать ценностный аспект. Без учета общественных ценностей позитивное право не будет приводить к желаемому результату. Правовое регулирование должно пониматься не только как инструмент упорядочения отношений, достижения цели, но и как процесс поддержки коммуникативных связей в обществе, где граждане юридически равны и могут участвовать в нормотворчестве. Это необходимо для предотвращения развития социальных патологий (избыток позитивного права, отчуждение от политико-правовых институтов и др.), связанных с ослаблением общественных взаимодействий, а также для «значимости» права, т. е. легитимности, ценностной моральной обоснованности юридических предписаний (что неизбежно происходит в условиях общественной модернизации, которая органическим путем связана с увеличением количества законов и их отделением от других социальных норм).

1. Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб. : Алет-Пресс, 2012. С. 252.
2. Варламова Н.В. Эффективность правового регулирования: переосмысление концепции // Правоведение. 2009. № 1. С. 212–232.
3. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. М. : Юрист, 2004. С. 26.
4. Комаров С.А. Общая теория права в схемах и определениях. М. : Манускрипт, 1996. С. 9.
5. Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сб. переводов. Вып. 1. М. : АН СССР, ИНИОН, 1987. С. 7.
6. Шундигов К.В. Инструментальная теория права – перспективное направление научного исследования // Правоведение. 2002. № 2. С. 16–23
7. Мальцев Г.В. Социальные основания права. М. : Норма, 2007. С. 64.
8. Хохлов Е.Б. Юридические химеры как проблема современной российской правовой науки // Правоведение. 2004. № 1. С. 4–10.
9. Habermas J. Between Facts and Norm. Cambridge, 1996. P. 320.