



Р. А. Ромашов*

РЕАЛИСТИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ КАК ИНТЕГРАТИВНЫЙ ТИП СОВРЕМЕННОГО ПРАВОПОНИМАНИЯ

Существует огромное количество работ, посвященных пониманию феномена, «право». При этом все точки зрения могут быть условно сведены к двум направлениям: метафизическому и реалистическому.

Под метафизикой «следует понимать познание мира действительности за пределами явлений, достигаемое посредством возвышающегося над опытом умозрения. Возражение против метафизики не может быть основано на отрицании существования абсолютного, потому что такое утверждение было бы само метафизично. Но, допустив абсолютное, мы можем и должны на основании условий познания отвергнуть его познаваемость»¹. Понимание права как метафизической категории предполагает его рассмотрение «в чистом виде» как некоего феномена, существующего в обществе, однако не зависящего от него. Наиболее образно право как метафизическая категория выражено в концепции естественного права с неизменным содержанием. «Представители этого направления верят в существование абсолютного, вечного и всеобщего правового порядка, который может быть постигнут и раскрыт только *a priori*»². Как уже было отмечено выше, отвергать подобный подход не имеет смысла, поскольку абсолютная абстракция не может быть ни опровергнута, ни доказана опытным (эмпирическим) путем. Однако признание самого факта существования права как некоего абстрактного явления (наряду с другими абстракциями — закон, государство, преступление и т. п.) не только не упрощает, но, напротив, осложняет решение задачи, связанной с выяснением сущности и содержания механизма правового воздействия на общественные отношения. Действительно, если принять за основу дальнейших рассуждений тезис о том, что право имманентно присуще человеческим отношениям, и что основные ценности права носят исторически неизменный характер, то право автоматически теряет актуальность и социальную значимость, приобретая характер «абсолютного идеала», а следовательно и говорить о регулятивно-охранительной функции права в конкретных исторических условиях, переживаемых конкретным социумом попросту не имеет смысла.

Реалистический подход к праву предполагает его анализ в контексте целенаправленной человеческой деятельности. При этом следует различать право как явление объективной реальности и его субъективное восприятие.

Право как объективная реальность характеризуется тремя признаками:

- существование права не зависит от непосредственного участия конкретного субъекта в процессе правотворчества;
- действие права не зависит от субъективной оценки закрепляемых посредством правовых норм предписаний;

© Ромашов Р. А., 2007

* начальник кафедры теории права и государства Санкт-Петербургского университета МВД России (г. Санкт-Петербург, Российская Федерация), доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки России

¹ Шершеневич Г. Ф. История философии права. — СПб., 2001. — С. 17.

² Там же. — С. 21.



- реализация права не зависит от субъективного осуществления либо напротив нарушения правовых предписаний (в первом случае реализация права приводит к позитивному результату для правоисполнителя, во втором — к юридической ответственности правонарушителя).

В субъективном смысле видение права предполагает два направления:

- право, каким его представляет субъект;
- право, каким оно должно быть по мнению субъекта.

И в первом, и во втором случае мы сталкиваемся с правом в концептуальном (теоретическом) смысле. Однако любая теория (по крайней мере, теория социальная) должна быть связана с неким практическим приложением. Поэтому ограничиться только концептуальным видением права означает уйти в схоластику и создать теорию ради теории. Поскольку нас подобный исход не устраивает, попытаемся придать праву в «концептуальном смысле» практический (либо если угодно реалистический) характер. Для этого следует расширить область познания и включить в нее наряду с концепцией права право в формально-юридическом (нормативном) и функциональном смысле.

Подобная многоаспектность в свою очередь предполагает, что сам феномен «право» представляет собой полисемичную категорию. Назовем лишь некоторые смыслы, обозначаемые данным словом: право — ценность; право — общезначимое правило возможного, должного, не допустимого поведения; право — юридическая возможность того или иного поведения, право — юридически значимые отношения и т. п. Как видим, спектр понимания термина право весьма широк. Поэтому для того, чтобы избежать путаницы, в дальнейшем постараемся сразу же определиться, в каком смысле право будем понимать непосредственно мы.

Право представляет собой комплексную системную категорию, включающую в качестве компонентов следующие составляющие:

- правовые ценности;
- правовой опыт;
- правовую традицию;
- правовую доктрину;
- правовую догму;
- правовую эмпирику.

Правовые ценности представляют собой утверждаемые посредством официального признания и провозглашения (а в ряде случаев формально-юридического закрепления) идеальные целевые установки, на достижение которых направлено правовое регулирование. По своему характеру правовые ценности подразделяются на ценности с неизменным содержанием (так называемые общечеловеческие ценности) и ценности с изменяющимся содержанием, определяемые применительно к специфике конкретного исторического периода, переживаемого конкретным социумом.

Правовой опыт включает знания, умения, навыки, полученные в результате многократного повторения явлений, характерных для правовой жизни того или иного социума. При этом опыт делится на позитивный и негативный. По мнению автора, правовой опыт является важнейшей составляющей права, сформировавшегося в условиях конкретного социума. Опыт, полученный в процессе социально-правового развития других социумов, можно учитывать либо не учитывать, однако заимствование опыта и уж тем более его перенос с одного социума на другой не возможно в принципе, поскольку не возможно «зеркальное моделирование» обстановки, в которой происходило получение и накопление опыта.

Правовая традиция — сложившееся в ходе длительного (не менее трех поколений) социально-правового развития восприятие права (как на уровне



простых граждан, так и на уровне властных структур), получающее свое практическое воплощение в правовом поведении. В отличие от опыта, который может как учитываться, так и не учитываться, однако в любом случае носит осознанный характер, традиция зачастую не осознается (по крайней мере, на уровне индивидуального правосознания), однако является реальной с точки зрения воплощения в правовом поведении. В основу российской правовой традиции положено восприятие права не с юридической, а с нравственной точки зрения. Так для абсолютного большинства россиян сообщение в органы власти о незначительном правонарушении (нарушении ПДД, налогового законодательства и т. п.) будет ассоциироваться с «синдромом Павлика Морозова», в то время, как для западного обывателя подобное поведение свидетельствует о проявлении гражданской активности и свидетельствует об участии рядовых членов общества в правоохранительном процессе.

Правовая доктрина объединяет получившие официальное признание и документальное закрепление положения, определяющие современное состояние и перспективные направления развития правовой системы. Элементами правовой доктрины являются действующая Конституция, акты и принципы международного права, а также официальные государственные доктрины и концепции (военная и морская доктрины России, концепция национальной безопасности и т. п.). Правовая доктрина не оказывает непосредственного регулятивно-охранительного воздействия на общественные отношения, однако имеет важное значение, прежде всего для сферы правотворческой деятельности.

Правовая догма объединяет однозначно понимаемые в рамках данной правовой системы юридические понятия, принципы, технологии, характеризующие право как инструмент регулятивно-охранительного воздействия.

Правовая эмпирика — это так называемое «живое право», представленное совокупностью формально-юридических источников права (признаваемых в качестве таковых в данном конкретном социуме), урегулированных посредством этих источников общественных отношений.

Определившись с тем, что право представляет собой сложное с точки зрения понимания явление, попытаемся упростить задачу и рассмотреть право в контексте инструментального подхода. В рамках этого подхода право следует рассматривать в качестве *регулятивно-охранительной системы, складывающейся из общезначимых (правил) норм, принимаемых в целях обеспечения социальной стабильности, безопасности, развития и оказывающих результативное воздействие на общественные отношения.*

Из данного определения можно вывести два основных признака права:

- общезначимость;
- результативность.

При этом общезначимость права представлена как на объективном, так и на субъективном уровне. Объективно право считается общезначимым в силу его официального провозглашения таковым. Вместе с тем в ряде случаев субъекты воспринимают законодательно закрепленные предписания как лишённые реальной значимости (бесполезные и безопасные) декларации. Следовательно, общезначимым, а стало быть, и правовым издаваемое предписание будет являться только тогда, когда соответствующий субъект осознает обязательность предусмотренного варианта поведения лично для себя, при этом число подобных субъектов должно быть достаточным для достижения вышеназванных целей правового воздействия (т. е. для социальной стабильности, безопасности, развития).

Результативность права проявляется в достижении целей правового воздействия. При этом критерием результативности является опыт. В частности, опыт правового



развития России в XX веке свидетельствует о неэффективности правовых систем Российской Империи и Советского Союза, результатом подобной неэффективности в первом случае была Октябрьская революция, во втором распад СССР.

Если взять за основу подобное понимание права, то снимаются многие противоречия и в частности противоречие «право — государство — закон», а также «национальное и международное право». Не важно, кто устанавливает правило с точки зрения его провозглашения и официального закрепления, важно, чтобы тот, кто это делает, обеспечивал бы признание правила общезначимым со стороны субъектов, к которым правило адресовано и обеспечивал бы результативность осуществляемого при помощи правила поведения. В подобном понимании говорить о праве как о явлении можно и в условиях архаических структур, и в условиях тоталитарных режимов, и в условиях современных демократий. Меняются формальные и содержательные аспекты, однако суть права и правового регулирования остается неизменной.

Высказанная точка зрения предполагает оценку права как социального явления. При этом в основу права может быть положена протонорма (архаическое право), религиозный догмат (средневековое право), государственно-партийная идеология (советское право), юридическая норма (современное право).

В рамках концепции реалистического позитивизма в качестве реального права может рассматриваться только действующая система норм, поскольку только действующие нормы могут оказывать результативное воздействие на общественные отношения. Восприятие права предполагает выделение двух моделей: абстрактного и реального права.

Абстрактное право включает в себя в качестве системных элементов публичное позитивное, публичное негативное и частное право. Соотношение элементов права представлено в таблице.

Система абстрактного права		
<u>Публичное позитивное право</u> Устанавливает правила должного поведения. Ключевым словом является «Надо». Основным методом правового регулирования является императив. Юридическая ответственность предусмотрена как за отказ от выполнения обязанностей, так и за его выполнение с нарушением установленных правил и сроков	<u>Частное право</u> Устанавливает правила возможного поведения. Ключевым словом является «Можно». Основным методом правового регулирования является диспозитив. Юридическая ответственность за отказ от осуществления возможности не предусматривается. Действует принцип реализации частного права одним из субъектов не должна нарушать публичного права (разрешено все, что не запрещено законом), а также частные права других субъектов	<u>Публичное негативное право</u> Устанавливает правила недопустимого поведения. Ключевым словом является «Нельзя». Основным методом правового регулирования является императив. Юридическая ответственность предусмотрена за несоблюдение запрета
Норма права		
Поведенческие — нормы правила	Специализированные — нормы дефиниции, принципы, цели	



Публичное право исходит от государства, которое устанавливает правила должного и недопустимого поведения. В свою очередь частное право может носить как формальный (предусмотренный законом), так и неформальный (не запрещенный законом) характер. В рамках абстрактного права не имеет смысла проводить деление права на материальное и процессуальное, поскольку по сути своей процессуальное право представляет собой нормативный регламент правоприменения, выступающего в качестве одной из форм реализации права. Также не имеет смысла проводить отраслевую градацию, так как любая отрасль включает в себя публично-правовую и частно-правовую составляющие. К примеру, в конституционном праве, традиционно относимом к отраслям публичного права, в качестве подотрасли выделяется избирательное право, в рамках которого частноправовая составляющая представлена достаточно отчетливо (юридическая возможность принимать участие в выборах и референдуме, выставлять и снимать свою кандидатуру, поддерживать того или иного кандидата, партию и т. п.).

Реальное право, в свою очередь, представляет собой право в формально-юридическом (нормативном) и функциональном смыслах.

Право в формально-юридическом смысле представлено совокупностью формально-юридических источников, в которых определяются общезначимые правила поведения, закрепляются механизмы реализации этих правил и меры юридической ответственности за их нарушение. Применительно к праву современной России в качестве источников выступают акты национального и международного права.

Говоря о системе права в формально-юридическом смысле, следует выделить основные и производные источники, а также источники первичного и вторичного характера.

Основным и вместе с тем первичным источником национального права России является нормативно-правовой акт. В свою очередь система нормативно-правовых актов образует систему национального законодательства. К числу *производных* источников следует отнести так называемые прецеденты толкования или нормативные интерпретационные акты (постановления Президиума Верховного Суда, интерпретационные акты Конституционного Суда России). Данные акты обладают признаками нормативных, однако не являются самозначимыми и действуют лишь до тех пор, пока действуют связанные с их интерпретацией.

Вторичными источниками являются международные акты, нормативные договоры, правовые обычаи. В данном случае вторичность источника следует понимать в том смысле, что статус акта в качестве источника национального права России закрепляется на уровне первичного источника — нормативно-правового акта. В частности Конституция России в ст. 15 закрепляет, что «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы»³. Обычай делового оборота признается источником гражданского права в ст. 5 действующего ГК и т. д.

Итак, система формального права, по сути, представляет собой совокупность формально-юридических источников. При этом собственно отраслевое деление

³ Кстати в данной норме называются три вида источников: «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры». Вместе с тем предполагая возможность коллизии между международным и национальным правом, законодатель определяет лишь один источник о приоритете которого по отношению к национальному законодательству идет речь это международные договоры России, условием вступления которых в юридическую силу является ратификация, т.е. признание договора соответствующим Российскому законодательству.



целесообразно осуществлять на уровне первичных, основных источников, т. е. на уровне системы законодательства. Подобный подход представляется логичным и позволяет решить многие противоречия, связанные с имеющейся в современной теории путаницей абстрактного и реального права.

Система законодательства представлена следующими группами:

- материальное (уголовное право), процессуальное (уголовное процессуальное право), комплексное (конституционное право) законодательство;
- отраслевое (административное право), межотраслевое (информационное право, таможенное право, налоговое право и т. п.);
- федеральное, региональное законодательство;
- текущее, чрезвычайное законодательство.

Разобравшись с тем, что из себя представляет право в формально-юридическом смысле, следует попытаться ответить на вопрос о том, что такое право в функциональном смысле. Говоря о юридических функциях права, как правило, выделяют два направления правового воздействия: регулятивное и охранительное. В рамках первого направления право представляет собой инструмент, при помощи которого обеспечивается стабильность установленных и поддерживаемых при помощи правопорядка отношений в обществе, а также создаются условия для их совершенствования. В рамках второго направления право направляет свое воздействие на предотвращение, выявление, преодоление правонарушений, а также на реализацию мер юридической ответственности в отношении правонарушителей. При этом право в функциональном смысле не может быть сведено только к совокупности источников. Представляется, что функционирующим право может быть признано только в том случае, если его воздействие на общественные отношения влечет за собой наступление конкретных результатов. В подобном понимании право представляет собой систему, складывающуюся из общественных отношений, достигших в своем развитии уровня соответствующего правилу, закрепляемому в правовой норме; действенных гарантий, обеспечивающих реальную возможность субъекта осуществлять предусмотренные соответствующими нормами предписания; саму норму представляющую собой основополагающий элемент права; результативные последствия исполнения (нарушения), закрепленного в норме предписания.

Возникает вопрос, какое право следует считать действующим. В контексте концепции реалистического позитивизма ответить на данный вопрос достаточно просто. Следует различать действие права в формально-юридическом смысле и функциональное действие права.

В формально-юридическом смысле источник действует с момента официального объявления его действующим. К примеру, для федерального закона вступление в юридическую силу связано с официальным опубликованием и определением соответствующей даты. В свою очередь окончание действия акта связывается с его отменой. Однако наличие формального источника права, являясь необходимым условием для реализации соответствующей функции правового воздействия, вместе с тем не может рассматриваться в качестве единственного и достаточного. Для того, чтобы право начало действовать в функциональном смысле, т.е. стало бы оказывать результативное воздействие на общественные отношения, необходимо задействовать систему стимулов побуждающих субъектов, к исполнению предусмотренных правом обязанностей, соблюдению запретов, использованию возможностей.

В качестве таких стимулов следует выделить страх перед ответственностью за правонарушение и выгоду, связанную с правомерным поведением.

В свою очередь страх включает в себя страх перед наказанием и опасение



подвергнуться общественному порицанию («потерять доброе имя»).

Выгода складывается из непосредственной (эгоистической), корпоративной и публичной. При этом выгода будет рассматриваться в качестве стимула правомерного поведения, тогда когда публичная (корпоративная) польза не будут вступать в антагонистические противоречия с эгоистическими ожиданиями. Так в условиях тоталитарного сталинского режима многие государственные программы строились с учетом исключительно государственной целесообразности (освоение северных регионов, индустриализация страны и т. п.) и не принимали во внимание индивидуальные интересы «людей-винтиков».

Учитывая, что правомерное поведение с точки зрения мотивации может быть представлено как социально-активным и традиционным, так и конформистским и маргинальным, следует сделать вывод о том, что функциональное действие права в любом социуме должно обеспечиваться совокупностью средств и технологий позволяющих, с одной стороны, добиваться реализации принципа неотвратимости ответственности за правонарушение, а с другой стороны — обуславливающих наступление позитивных результатов (как в отношении самого субъекта, так и в отношении корпорации, членом которой он является и общества в целом).

В любом случае действие права неразрывно связано с государством, которое от своего имени издает акты, формирующие право в формально-юридическом смысле, обеспечивает их реализацию представителями социума (при помощи системы гарантий и стимулов), а также осуществляет меры юридической ответственности в отношении правонарушителей. Именно государство (в силу обладания государственным суверенитетом) придает праву публичный характер, обеспечиваемый в том числе при помощи мер государственного принуждения.

Если согласиться с предлагаемой концепцией права, то возникает вопрос: можно ли подобный подход применить к международному праву и каким образом соотносятся международное и национальное право.

Как уже отмечалось ранее правом, система признается в том случае, если правила в ней закрепленные признаются субъектами, к которым они адресованы и если эти правила оказывают результативное воздействие на соответствующие общественные отношения.

При этом представления о национальном праве базируются на властеотношениях государства и общества, в основу которых положен принцип государственного суверенитета, означающий верховенство государственной власти по отношению ко всем видам социальной власти в пределах государственной юрисдикции. При этом государство обладает монополией на законотворчество, правосудие и применение механизма государственного принуждения.

Современное международное право основано на принципе добровольности участия государств в процессе межгосударственного сотрудничества и равенстве субъектов-участников международных отношений. Применительно к системе международного права представляется целесообразным за основу систематизации принять инструментальный подход, в соответствие с которым международное право представлено тремя составляющими: правом договора, правом обычая, правом войны.

Подобное видение позволяет говорить о международном праве как о формирующейся правовой системе, качественным образом отличающейся от системы национального права. Соотношение систем национального и международного права следует рассматривать с точки зрения первичности национальной системы и вторичности международной. Любое государство, вступая в международные отношения, исходит из первичности национальных интересов



по отношению к интересам других государств и международного сообщества (наглядным подтверждением тому является позиция США связанная началом войны в Ираке). При этом признание международного права источником национальной правовой системы, а также определение правил разрешения коллизий между национальными и международным правом закрепляется в национальном законодательстве.

В заключении следует обобщить вышесказанное и сделать некоторые выводы:

1. Концепция реалистического позитивизма предполагает, что правом регулятивно-охранительная система будет являться в том случае, если нормы, из которых данная система состоит, являются общезначимыми и оказывают результативное воздействие на общественные отношения. При этом в качестве целей правового воздействия следует рассматривать обеспечение социальной стабильности, безопасности, развития. Критерием результативности правового регулирования является опыт.

2. Восприятие права предполагает выделение абстрактного и реального права. Абстрактное право представляет собой совокупность норм, в основу систематизации которых положено деление права на публичное позитивное, публичное негативное и частное. Реальное право представлено правом в формально-юридическом и функциональном смысле. Право в формально-юридическом смысле представляет совокупность формальных источников, включающих в себя первичные и основные (законодательные акты); производные (нормативные интерпретационные акты); вторичные (международные акты, нормативные договоры, юридические обычаи). Право в функциональном смысле складывается из правовых норм, общественных отношений, на урегулирование которых нормы направлены, гарантий реализации и достигаемых посредством правового воздействия результатов.

3. Действие реального права включает в себя действие права в формальном смысле, определяемое моментами вступления и утраты юридической силы правовыми актами и действие права в функциональном смысле определяемое результативностью правового воздействия. Для обеспечения результативного правового воздействия используются стимулы: страх и выгода.

4. Национальное и международное право соотносятся как самостоятельные правовые системы. При этом национальное право выступает в качестве первичного, по отношению к международному. В основу национального права положены властеотношения государства и общества, предполагающие сосредоточение полноты властных полномочий на государственном уровне и обеспечение результативности правового воздействия за счет механизма государственного принуждения. В качестве элементов национального законодательства следует рассматривать материальное, процессуальное, комплексное законодательство; отраслевое и межотраслевое законодательство; федеральное и региональное законодательство; текущее и чрезвычайное законодательство. Международное право представляет собой формирующуюся систему, основанную на добровольности и равенстве отношений государств-участников. В качестве элементов системы международного права выступают право договора, право обычая, право войны.

