

Розділ VI. НАУКОВЕ ЖИТТЯ

УДК 343.1

Б.Г. Розовский | **ЕСТЬ ЛИ ПРАВО В ЗАКОНЕ?**

В соревнованиях по пулевой стрельбе не так уж часто спортсмен кладет все пули в десятку. Но это не мешает оценивать результат по общему количеству набранных очков. В праве также далеко не все принимаемые законы «попадают в десятку», и потому мы вынуждены оценивать эффективность регулирования с заведомым отклонением от идеала. Важно только четко определиться с этим идеалом, вопреки значению термина, максимально его заземлить с учетом условий места и времени, специфики менталитета граждан. Как свидетельствует практика, данная задача зачастую трудноразрешима. Причина – в глубоко затаенной специфике мышления юристов. Для нас право – продукт многовековой истории, незыблемости сформулированных великими предками постулатов. М. Хайдеггер, безусловно, прав, заявляя: «История не позади, а впереди нас». Между тем, мы все с большим упорством продолжаем исследование прошлой истории и, подобно героине Евангельской притчи, получаем удовольствие от находки давно забытого, оповещая о том всех соседей. Историю изучать нужно – она учит (правда, не всех). Однако над прогнозом будущего надо работать самостоятельно. Народы, не способные на созидание, занимаются пересмотром своей истории, а способные – творят историю. Что делаем мы – судите сами.

Ключевые слова: *норма, право, правотворчество, закон, законодательство, соответствие.*

Постановка вопроса в заголовке статьи небеспошвенна. Не боясь обвинений в эпатажности, хочу заявить, что в понимании законодателя права, как такового, у нас нет. В оппонентов, а их будет очень много, хочу спросить: чем отличается отрасль права от соответствующей отрасли законодательства? Предвижу ответ в форме набора текстов из учебников. Но найду ли в них ответ на конкретно заданный вопрос об отличии отрасли права от отрасли законодательства? – Очень сомневаюсь. Сомневаюсь по простой причине – у нас не выработано общее понятие права.

«Право, – пишет известный американский юрист Л. Фридман, – имеет большое количество значений, хрупких, как стекло, неустойчивых, как мыльный пузырь, неувловимых, как время, но ему можно попытаться дать несколько рабочих определений» [1, с. 14]. Говорят: два украинца – три гетмана. Если эту формулу распространить на юристов, то на два юриста

будет десять концепций, и в итоге – полное отсутствие ясности. Причем, не в частности – в самых что не есть основополагающих понятиях. Так, если в понимании «пересічного українця» право – это формализованные условия жизни человека в обществе, допустимые правила поведения, установленные обычаем, законом, указом, то в теории издавна признается, что в толковании права следует избегать универсальных определений [2]; «право – это такой особый социальный феномен, который в силу своей сложности не может быть выражен на уровне понятия, фиксирующего сущность данного явления» [3]. Категорически утверждает: «Дать точное и лаконичное определение праву представляется невозможным». Термин «право» моралистами, богословами и некоторыми философами понимается в смысле «справедливого» и «справедливости», тогда как для юристов этот термин означает комплекс «юридических нормативов и правил». Для кого-то право – это идеал, для других – позитивная норма. Некоторые усматривают в праве всего лишь «строгий порядок действий», направленных на институирование или сохранение некоторого положения вещей, то есть обычную общественную науку, другие пытаются в нем увидеть совокупность правил хорошего поведения. Для одних право – всего лишь один из аспектов явлений социального порядка, наряду с социологией или историей. Для других – «система интеллектуальных представлений, образующаяся в соответствии с присущими ей принципами и совершенно независимая от явлений социологического или исторического порядка». Некоторые полагают, что право – это всегда «промежуточный результат секулярной войны, развязанной социальными силами, и процесса сближения интересов, которые в определенный момент могут начать взаимодействовать друг с другом». Другие отвергают идею, согласно которой право происходит только из исторической эволюции и из материалистического детерминизма, и настаивают на том, что источниками права являются исключительно воля человека и его деятельность» [4].

Несмотря на многотысячелетнюю историю, ни юридическая наука, ни философия не смогли выработать общепризнанную формулу права. Как говорят на Востоке, его пониманию нужно посвятить столько времени, сколько у вас есть. Продолжает сохранять актуальность известное замечание Канта: «Юристы и до сих пор ищут дефиницию для своего понятия права» [5]. Ю.С. Шемшученко, например, начиная статью «Что есть право?», цитирует Канта и пишет: «С тех времен миновало более двух столетий. Написано тысячи работ по вопросам правопонимания. Однако и сегодня нет однозначного ответа на вопрос: что есть право?» Изложив на полутора десятках страниц результаты своего поиска ответа, автор приходит к выводу: «Таким образом, в длительных теоретических поисках общей формулы права заметно большое разнообразие идей и мыслей. Можно допустить, что такая формула никогда не будет найдена» [6].

Г.В. Мальцев, в свою очередь, констатирует: «Существуют сотни, а может быть и тысячи дефиниций права, и среди них нет ни одной общепризнанной, разделяемой всеми, кто ценит и изучает право» [7]. Один только перечень чего стоит: теологическая теория, натуралистическая теория, теория естественного права, нормативистская, позитивистская, марксистская, примирительная, регулятивная, психологическая, институциональная – список, наверное, далеко не полный. Причем, в современной теории права расхождения между основными конкурирующими концепциями носят не просто теоретический, но мировоззренческий характер: основной конфликт «существует не между различными типами правопонимания, а между типами миропонимания: либерально-индивидуалистическим – правовым по своей сути и коллективистско-эгалитарным – по своей сути неправовым» [8]. А некоторые вообще полагали, что наука о праве начинается там, где кончается юриспруденция [9]. Теория права превратилась в матрешку, включающую в себя множество теорий. И сколько теоретиков, столько и истин.

Еще больше неопределенности в философии права. С.И. Максимов, проанализировав обширный перечень работ своих коллег, констатирует: «Вопрос о том, что такое философия права... это один из «вечных», а потому и всегда актуальных вопросов самой философии права». Одно название его работы чего стоит: «Философия права как проблема философии права» [10].

Как-то неудобно об этом писать, но нельзя не зафиксировать очевидный факт: при решении конкретных проблем специалисты отраслей права крайне редко опираются на общетеоретические постулаты права как единой системы. Вносятся десятки предложений по созданию новых норм, изменению действующих вне контекста существующего общегосударственного механизма правового регулирования. Отсюда наблюдающаяся чересполосица и противоречивость. Дабы была понятна моя логика в сделанных предложениях, изложу некоторые отправные позиции.

Начну необычно. «А где мне взять такую песню – чтоб о любви и о судьбе. И чтоб никто не догадался, что эта песня – о тебе?». Эти строки из песни времен моей молодости многими уже давно забыты. А я часто их вспоминаю, читая работы современных учёных-юристов. В них, порой, анализируется понятие принципов права, исследуется история и многое другое. Но всё это как бы в безвоздушном пространстве, где нет жизни, нет людей, и читателю трудно догадаться, «что эта песня о тебе». Однако право в первоснове было создано, и в таком качестве существует по сей день, для охраны человека как такового, для сохранения его как социобиологического вида. Не охраняем мы, например, природу – это утопическая задача. Если завтра в силу каких-то космических катаклизмов на Земле, как на Марсе, исчезнет атмосфера, природа изменит свое качество, но останется природой. Пострадает человек, может вообще исчезнуть как вид природы, поэтому он и стремится овладеть тайнами космоса, противостоять потенциальной опасности. Мы тысячелетия

живем в ультрапрагматичном мире, где человек любит прежде всего самого себя. Природу он «любит» только в той мере, в какой она обеспечивает его благополучное существование. Вспомним, сняв идеализирующие очки, подсечно земледелие и даже такое, на первый взгляд, невинное начинание, как одомашнивание диких животных – это ведь начальный этап агрессии человека в своем естественном окружении. Этап, без которого не было бы современного человека. А распашка неисчислимых гектаров земли, отторжение ее на городское и промышленное строительство, строительство плотин, предотвращение наводнений, оползней, селей, активное уничтожение носителей инфекционных болезней и многое-многое другое – мог ли без этого человек не в поэтическом ореоле, а на грешной земле чувствовать себя ныне человеком? Несколько десятилетий тому академик В.К. Мамутов пророчески писал: «В таких регионах как, например, Донбасс, речь идет уже не столько об охране «окружающей нас природной среды», сколько об «окруженной нами природе». При развитии такой тенденции может наступить время, когда не природа будет средой для промышленности и транспорта, а последние станут средой для природы». Экологическое право следовало бы прямо именовать правом охраны человека в его природном окружении, или для краткости – антропоэкологическим правом, и соответственно строить систему регулирования. Та же ситуация в других отраслях права в существующей их трактовке.

Закон – наиболее простая форма обеспечения единообразия и упрощения типичных отношений путем их стандартизации. В самом общем виде закон определяет *что и как* допустимо или требуется делать, право отвечает на вопрос: *для чего* это нужно делать? Если государству нужны законы для обеспечения общественного порядка, то гражданам и другим субъектам требуется право для защиты своих интересов и возможности использования в этих целях могущества государства.

Не отношу к числу парадоксов афористичную максиму: «Закон никогда не смог в равной мере защитить всех. Право – это удел слабых, сильные в праве не нуждаются». Реально обществом в определенной части управляют законы теневой экономики и организованной преступности. Это тоже порядок (правила игры), только в другом (нелегальном) измерении. На протяжении тысячелетий подтверждено жизнью – коррупция и прямое разворовывание власть имущими извечный спутник общества. «У нас власть абсолютно беспривязная, безответственная и бесконтрольная... При нашем законодательном поле, при нашей политике... власть выступает в роли главного рэкетира». Такое заявление сделал в конце истекшего десятилетия спикер парламента В.М. Литвин [11]. Но что изменилось?

Моя коллега О. Воловик писала: «Говоря о праве, мы подразумеваем наличие государства как полноценного института. Если же де-факто сложилось квази-государство, неспособное обеспечивать исполнение «правил иг-

ры» (принуждение к соблюдению контрактов, защиту прав собственности и т.п.), то право выполняет декоративную роль и действует только на уровне добровольного законопослушного поведения отдельных экономических агентов. Квази-государству право не нужно, поскольку реально обществом управляют законы теневой экономики и организованной преступности. Это тоже порядок (правила игры), только в другом (нелегальном) измерении» [12]. Особенно наглядно явление проявляется в сфере публичной собственности, которая по существующей у нас практике, а не только аналогии терминов, могла бы на своей вывеске поместить красный фонарь.

В практическом понимании произошло отождествление права с законом. В классической формуле: «Право есть возведенная в закон воля господствующего класса» господствующий класс в реализации своей воли меньше всего интересуется правом.¹ В лучшем случае, правоподобное обоснование закона служит прикрытием, средством маскировки истинных целей. Для этого делается оговорка, что закон-право отражает интересы большинства населения. (Вопрос: в каком положении в таком случае находится меньшинство населения и каков его удельный вес, в теории права обычно обходится).

Мы привыкли громко провозглашать о народовластии, утверждать, что все законы принимаются властью народа. Но чья это власть на деле, что такое народ? Кто может, например, убедительно доказать, что принимаемые в государстве законы выражают мнение большинства граждан? Не говорю уже о том, что если за закон проголосовали 51% участвовавших в голосовании, то это не основание говорить о всех гражданах. Да и 51% – большинство относительное, даже не вдаваясь в вопрос о компетентности голосовавших, скупке голосов, фальсификации и всего прочего, что есть в действительности. К тому же Верховной Радой Украины, парламентами других государств закон, по общему правилу, принимается, если за него проголосовали минимум 51% депутатов, то есть в пересчете – 25% избирателей. А на референдуме в 1993 году Конституцию РФ поддержала одна треть общего количества избирателей, 14 субъектов Федерации вообще за нее не голосовали, 17 проголосовали против. Тем не менее, Конституция действует, юридически жить по ней обязаны все.

Еще парадоксальнее ситуация с остальными законами. Они принимаются депутатами соответствующих парламентов. Самих депутатов мы избираем по обещаниям, прекрасно понимая, что выполнение далеко не всегда от них зависит. Но главное в другом. Программных законов единицы, а еже-

¹По определению В.С. Соловьева «Начальство сделалось всем в стране». В таком контексте трудно согласится в полной мере с разделяемым многими утверждением, что право является «исторически подвижным определением необходимого принудительного равновесия двух нравственных интересов – личной свободы и общего блага» [13]. При всей демократии принуждение власти остается решающим фактором.

дневно депутаты голосуют за принятие десятков законов для решения множества отнюдь не стратегических, но жизненно важных для обывателя проблем. Спрашивает ли кто-либо мнение тех, кому адресуются закон? – В хрестоматийных случаях. Компетентны ли во всех рассматриваемых проблемах депутаты? – Далеко не всегда. Многие перед голосованием даже не удосуживаются хотя бы прочесть проект закона. Есть указание фракции, и достаточно. А считается, что закон принимает большинство граждан.

Отдельный вопрос: действительно ли депутат наделен властью народа? Чтобы излишне не мудрствовать, ответ поставим в зависимость от другого вопроса: несет ли ответственность перед народом депутат за результаты своей деятельности и бездеятельности? Теоретически – да, фактически – никакой. Элементарны примеры, когда некоторые именитые депутаты Верховной Рады Украины за весь срок присутствовали на заседаниях парламента считанные разы, в разработке и обсуждении проектов законов не принимают участие десятки депутатов. Об этом пишут, говорят – реакции нет. Нет и научно обоснованных нормативов количественного состава депутатского корпуса, чтобы можно было вышолнять возложенные обязанности.

В формировании своей позиции исходим из понимания права как живой ткани закона. Право в конечном итоге находит свое выражение в законодательстве, но не тождественно ему. Более того, став законом, право перестает быть правом. Право – это свобода, свобода действовать по своему усмотрению, не нарушая права других, согласовывая с ними реализацию своих прав и интересов. Зарегулированная свобода не есть свобода, а правило поведения – предписание, ограничивающее право выбора. В такой форме оно удобно в типичных ситуациях, но является тормозом в принятии новаторских решений¹. *По оценке специалистов, государственное регулирование экономики через законы и иные правовые акты, выполняющие роль «проводников» управляющих решений, охватывает порядка одной трети реальной экономики. Две трети экономической деятельности осуществляется в режиме саморегулирования* [14]. *Consuetudo volentes ducit, lexis nolentes trahit* (Обычай руководит желающими, закон тащит сопротивляющихся).

Не менее интересно соотношение «правового» и «неправового» права. В Уголовно-процессуальном кодексе регламентируется такое следственное действие, как следственный эксперимент (воспроизведение обстановки и обстоятельств события). Оно было изобретено безьянными следователями, многие годы применялось на всем советском пространстве до закрепления в законе.

¹ Закономерно напоминание о единстве прав и обязанностей. В отличие от большинства теоретиков, такого единства не вижу. Право, как свобода – это естественная потребность человека. Обязанность – порождение принудительной зависимости человека от власти и осознанной, добровольно воспринимаемой зависимости от общества. Последняя в значительной мере обусловлена общей культурой общества.

Результаты применения фиксировались в протоколах, они учитывались при вынесении приговора. Можно ли считать подобную практику внеправовой? Стала ли она правовой только после регламентации данных действий в УПК?

В плане настоящей работы под правом понимается обусловленное условиями места и времени, не исключающее конкуренцию, отражение интересов разных слоев населения в представлении о допустимо – должном путем признания и, в крайнем случае, разграничения определенных прав и обязанностей за теми или иными субъектами в различных жизненных ситуациях. Иными словами, право – это синтез множества мнений, возможность принятия многовариантных решений, движение к цели по многим дорогам. Закон – это обязательное для исполнения предписание поведения, железные рельсы, по которым движение может быть только в одну, заранее заданную сторону. Закон – огульное государственное право – требуется неукоснительно соблюдать, его нарушение влечет наказание.

В последней части так испокон веку было. Но должно ли быть вечно?

Давайте трезво смотреть на мир: во все времена у всех народов верховенствовали объективно обусловленные интересы и потребности человека в обеспечении достойного существования. Человек стремился к лучшему, но, тем не менее, рай размещал на небе. Земные люди в большинстве в той или иной мере грешны и это находит четкое отражение во всем нашем законодательстве. Идеалы, безусловно, нужны, но нужен их баланс с возможностями, учет исторической обусловленности как самого понятия идеала, так и возможности его достижения. В реальной действительности редко какое правило не требует выявляемых в процессе его применения разного рода исключений. То, что было движущей силой вчера, сегодня нередко превращается в тормоз, наступает конфликт между нормой и реалиями жизни. На практике неизбежно появляются личности, которые находят выход путем «выезда на встречную полосу». Закон, сохраняющий омертвляющиеся стереотипы, не способный по-новому и более широко смотреть на изменяющийся мир, сам становится в части практики его применения товаром на правовом рынке, правда, «чёрном»: регламентируемые запреты в большинстве без особых проблем обходятся на коррупционной основе. В итоге жизнь берёт своё, параллельно с законодательным полем постоянно функционирует, развивается реально действующее обычное право, где самые действенные законы – неписаные. Еще наши далекие предки собирались и устанавливали общие правила решения насущных задач. Созывать по каждому поводу «законодательное собрание» хлопотно, поэтому многие проблемы решались путем взаимного согласования насущных вопросов отдельными членами племени.

Все позитивное и отрицательное в жизни общества имеет один источник – человека. *И если мы преследуем какую-то цель, вводя закон, необходимо приложить максимум усилий, чтобы предписываемое поведение стало обычаем.* Обычай насыщен реальной жизнью, конкретными механизмами, согласованно-

стью действий его исполнителя, чего трудно добиться в конструкции норм государственного права. Здесь уместен в качестве параллели афоризм Ж. Санд: «Жизнь чаще похожа на роман, чем наши романы на жизнь». Игнорирование обычаев в наше время – это крупная ошибка. Напротив, изучение исторических примеров формирования обычаев и научная разработка внедрения этих механизмов в современную практику – один из действенных способов повышения эффективности законодательства.

То же самое в праве. Государственное право в общей системе правового сознания есть не более, чем контурно выраженный скелет форм регулирования. «Мышцами» и прочими составляющими правового тела являются многочисленные неформальные правила поведения, вырабатываемые человеком в процессе повседневной производственной и других форм деятельности каждодневного общения. Именно здесь находят свое отражение те самые «подробности», при игнорировании которых захлебывается и государственное право, и сама реальная жизнь.

Ведь по своей сути право – это форма закрепления выбора оптимальной деятельности человека во всех ее сферах. Говоря языком науки, выбор – это разрешение неопределенности в деятельности человека в условиях множественности вариантов. Происходит это может как случайно, в силу неоднозначности процесса решения, так и целенаправленно, в русле поиска лучшего решения. Всё это осуществляется в рамках формирования обычая. Задача считается решенной, если выбран окончательный вариант, когда деятельность признается продуктивной. Тогда нормы обычного права закрепляются государством, становятся общеобязательными. Выбор для государственного предопределяется как распространенностью вида деятельности, так и важностью ее даже в локальном масштабе.

Есть мудрое сравнение: звезды льют свой свет беспрестанно, но при солнечном свете мы не видим света звезд. То же происходит с оценкой современного обычного права. На фоне права государственного его как бы нет, во всяком случае, оно не привлекает внимание исследователей, ибо, образно говоря, в типографски отпечатанных правилах его нормы дописаны ручкой.

Считается аксиомой, что наиболее эффективное решение – это усиленная жесткая регламентация действий для достижения заданной цели и усиление ответственности за допущенное отклонение. А что если пойти противоположным путем? Ведь в медицине для укрепления здоровья рекомендуется целый комплекс мер, но каждый человек выбирает то, что считает для себя более приемлемым: кто диету, кто физические нагрузки и т.п. Почему государственное право диктует, что и как надо делать? Почему не формулировать цель, а далее предоставлять гражданам право выбора, поиска наиболее приемлемых способов ее достижения?

Незыблемое ограничение – не нарушать права и интересы других, в том числе и государства. В остальном дерзай! Сложно? Полагаю, не слож-

нее, чем плодить множество запретов всего и вся, заведомо зная о невысоком уровне их соблюдения. Здесь неоценимую помощь окажет опыт обычного права, когда поставленная цель в каждом конкретном случае достигается с помощью средств, адекватным условиям места и времени.

Не нужно смотреть только в прошлое. Обычаи, как способ согласованных действий для решения насущных задач, существуют, складываются сегодня. Проблема одна: о прошлых обычаях говорить легко, они описаны, сотни раз интерпретированы не только в юриспруденции, но даже в гинекологии. Сегодня возникающие обычаи надо исследовать не только на философском уровне, ощущая их мистическую сущность метафизического видения, а прагматически анализировать, прогнозировать их будущее, давать оценку полезности. Это трудно. Легче их осмеивать, чтобы не показать свою беспомощность в качестве исследователя.

Можно долго философствовать на эту тему, но попытаемся проиллюстрировать мысль, на первый взгляд, отдаленным, но в действительности показательным примером. В советские времена любое изменение производственного процесса на предприятии требовало обязательного согласования с директором, главным инженером, партторгом, профсоюзным лидером. Но зачастую, пока все указанные, а также и другие лица соберутся, оказывается проблема уже решена... на уровне старшего мастера.

Право никогда и нигде не вытесняло обычай как таковой, хотя бы в силу того, что ни теоретически, ни практически невозможно зарегулировать все жизненные ситуации. Более того, значительная часть государственных предписаний, как показала практика, не может быть воплощена в жизнь, если они не дополняются, не конкретизируются, с учетом условий и места, выработанными обычаями реализации. Скрупулезное соблюдение официально озаконенного права превращает его в вариант Мидаса. Достаточно вспомнить получившие известность так называемые «итальянские забастовки», когда, например, диспетчеры аэропорта стали пунктуально выполнять предписанные правила – в итоге полеты пришлось приостановить. Утвержденные правила на практике во многом дополнялись наработанными неформализованными приемами, которые превращались в обычаи, и только в дополнении к инструкции позволяли на должном уровне руководить полетами самолетов. Постоянно пополняемое и совершенствуемое обычное право, вырастающее на почве права государственного, почти повсеместно выполняет роль коробки передач в его машине.

Не пора ли в полный голос признать, что общество существует и благополучно развивается за счет того, что в значительной части функционирует за пределами государственного правового поля? А коль так, не настало ли время исследовать соотношение силы этих полей, в частности, *возможности в рамках обычного права ставить вопрос об изменении и даже отмены норм права государственного*. Вспомним, что древние мыслители не были

склонны слепо принимать традиционные культурные нормы современного им общества, как будто они освящены божественным авторитетом. Скорее, такие понятия, как истина и справедливость, храбрость и добродетель должны были подвергнуться рациональному обоснованию. В прошлом для проверки подлинности золота использовали черный, хорошо отполированный кремневый камень, называемый пробным. Он оставляет на поверхности золота характерные следы, отличные от тех, которые остаются от других металлов и сплавов. Древние торговцы всегда имели его при себе. Но без соответствующих навыков и знаний наличие камня не имело смысла. Закон по сути тот же пробный камень: его применение должно сказываться на уровне правопорядка. Но кто у нас системно, с обязательной периодичностью применяет этот пробный камень, выработали ли мы по аналогии с древними торговцами соответствующие навыки по его использованию? – К сожалению, судя по результатам, вопрос риторический. Сложна проблема? А может «эксперты - торговцы» никудышные?

Пусть простят мне очередную необычную аналогию. Кулинары констатируют разительный контраст между китайской и японской кухней. Он воплощает полярное различие жизненных философий двух соседних дальневосточных народов, которое коренится в их отношении к природе и искусству. В китайской культуре мастер выступает как властелин, считающий материал своим рабом. В японской же культуре мастер видит свою задачу в том, чтобы помочь раскрыть материалу то, что заложено в нём природой. Если китайцы демонстрируют искусность, изделия японцев подкупают естественностью. Повар из Поднебесной гордится умением приготовить рыбу так, что её не отличишь от курицы. В японской кухне нет соусов, которые бы изменяли вкус кушанья. Главная приправа – «адзи-но-мото» – «корень вкуса». Её назначение – усиливать присущие каждому продукту вкусовые особенности. Если, к примеру, бросить щепотку этого порошка в куриный бульон, он будет казаться более наваристым, то есть более «куриным». Давайте посмотрим непредвзятым взглядом на наше право. Не кажется ли, что наш законодатель исповедует идеологию китайского повара, для которого и к «курице», и к «рыбе», попавших в жернова правосудия, применяется один рецепт, все они выходят оттуда в одной робе, кто в арестантской, кто в другой, но всё равно в робе? А в реальной жизни, помимо государственного права, куда чаще общественные отношения регулируются игнорируемым исследователями правом обычным, создаваемым в большинстве по рецептам «японской кухни», где в основе – преимущественно договор, а санкции, опять-таки договорные, применяются с учетом места, времени, условий, обстоятельств, возможностей личности. Смее заверить, эти «рецепты» во многом куда эффективнее рецептов «китайской правовой кухни». Достаточно учесть, что только экономика порядка на 40% у нас успешно регулируется теневым, на деле «японским кулинарным правом». Так может надо не изобретать, не ориенти-

роваться на применение обезличивающих китайских «правовых соусов», а подумать над расширением использования в регулировании оправдавших себя средств обычного права, добавляя к ним, при необходимости, щепотки «адзи-но-мото»?

Юристы должны повиниться перед человечеством. Это созданное нами право, прежде всего, право хозяйственное – колоссальное, многоуровневое, широко разветвленное собрание разного рода запретов и чуть ли не шаманских ритуалов сковало общественную инициативу, обрекло людей на роль безукоризненных исполнителей навязанных предписаний. Для обеспечения их соблюдения создан столь же внушительный административно-полицейский монумент. Однако, чтобы ни писали в конституциях, каково общество, таково и право в его повседневном применении. Это азбучная истина. Игнорирование реальности порождает те многочисленные коллизии, противоречивые конфликты с законом, которые имеем. Стандартное решение принимается в стандартных ситуациях. Жизнь же – процесс каждодневных неожиданностей, и предусмотреть правовой порядок их разрешения можно далеко не во всех случаях.

Право, как и религию, не понять, если смотреть на него сверху. Если погрузиться в глубины реальной действительности, то в существующем виде и наше, и западное право следует в значительной, если не преобладающей части рассматривать как пережиток, как тормоз в развитии общества. Зародившись в качестве инструмента разрешения конфликта, право закономерно переросло в механизм их предотвращения. Намерение благое, но в стремлении охватить всё и вся право незаметно превратилось в панцирь, в смирительную рубашку деятельного человека и всего общества.

Здесь впору вспомнить результаты исследований учёных из Института физической химии РАН, обнаруживших, что металл может разрушаться с катастрофической скоростью, если на его поверхности образуется совершенная, непроницаемая для агрессивного вещества плёнка. В полной мере данная закономерность распространяется и на хозяйственное право¹.

Ежи Лец написал: «В каждом веке есть свое средневековье». При праздновании 90-летнего юбилея великой русской актрисы А.А. Яблочковой в ответном слове она произнесла: «Мы...артисты академического, ордена Ленина, его императорского величества Малого театра...». Театр права – это тоже симбиоз многих эпох и направлений и, как в некоторых теат-

¹ В РФ вместо создания свободы хозяйственной деятельности пошли по алогичному, противоречащему основным принципам права пути либерализации уголовной политики по противодействию преступности в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Регламентировано ограничение применения мер государственного принуждения, в том числе применения мер пресечения в виде содержания под стражей и др. к субъектам предпринимательской деятельности, которые становятся стороной в уголовно-правовых спорах, возникающих в этой сфере.

ральных постановках, даже в действующем праве мы часто перемещаемся во времени. На протяжении тысячелетий относительно медленно текущей истории монорельсовый «закон-право» (огосударственное право) плохо или хорошо, в основном, выполнял регулирующую роль¹. Но на глазах нынешнего поколения происходит скачкообразное ускорение условий жизни людей в обществе. Несмотря на хронические скоротечные изменения и дополнения, законы повсеместно отстают, живут своей жизнью, не реагируют, во всяком случае, не реагируют своевременно на постоянно возникающие новые потребности, не объективно оценивают посягательства на их удовлетворение [15], теряют суть – быть полноценным регулятором общественных отношений. Тем не менее, законодатель повсеместно стремится максимально подчинить деятельность человека жестким предписаниям. По мере возрастания благосостояния общества растет количество запретов, ибо богатым есть что терять. А обилие абсолютных запретов, лечащих головную боль гильотиной, делает право неповоротливым, не отвечающим требованиям реальной жизни.

Я уже отмечал, что мало кто имеет смелость жить. Большинство людей существуют так, как будто стоят в передней и ждут, когда некто вышестоящий пригласит их пройти в парадные комнаты. С первых дней своего существования каждый, подчеркиваю, каждый человек противостоял природе, был ее завоевателем. Научно-технический прогресс, казалось, вооружил его мощными орудиями и средствами всё возрастающего обеспечения существования, должен был развить инициативу, способности к выдвижению и реализации новых задач в обладании окружающей средой. На деле все оказалось иначе: с каждым поколением удельный вес людей-завоевателей сокращается. Сегодня к их числу условно можно отнести политиков, предпринимателей всех уровней и ученых – созидателей новых знаний. Подавляющее же большинство *homo sapiens* исторически превратилось в кладовискателей. Государство создает ниши, ячейки, где человек может, если ему повезет, найти свой клад – место заработка на хлеб насущный, с маслом или без. Ещё одна категория – социальные иждивенцы. Это люди, которые в

¹ Необходимо отметить, что длительное применение закона порождало эффект некритического привыкания к нему. Представьте: предприятие производит сложную серийную продукцию. Рабочий персонал – высококвалифицированные специалисты, действующие под руководством и при непосредственном участии начальника цеха. Готовую продукцию проверяет специально созданный отдел технического контроля. После его санкции готовое изделие направляется потребителю. А там полученное изделие расспаивают на составные части и каждую из них вновь проверяют на прочность. Отмечу, подобных процедур нет даже при таких чрезвычайно ответственных работах, как, например, создание ракеты для полета на Луну. Но именно по такой технологии веками осуществляется уголовное правосудие.

силу разных причин не нашли или не захотели искать «клад», не говоря уже о том, чтобы заняться завоевательством.

Возьмём хозяйственную деятельность. По своей природе она должна быть основана на инициативе, свободе предпринимательского творчества. А на деле? В ходе недолгой эволюции регулирующее ее хозяйственное право сковало предпринимателей массой предписаний и запретов. Сатирики злословят: «Десять библейских заповедей состоят из 279 слов, американская Декларация о независимости – из 300 слов, а Положение ЕС об импорте карамелек – из 25 911 слов». Вспомним, библейский змей внушал, что Бог подвергает человечество мучениям, дав Адаму и Еве прекрасные деревья и вкуснейшие плоды, но при этом запрещает их есть. Не делает ли это же с нынешними Адамами и Евами наше хозяйственное, как, впрочем, и остальное право?

В былые годы говорили: «В СССР почти всё запрещено, а что разрешено, то строго обязательно». С «совком» якобы расстались, но, например, счет норм и требований, регулирующих трудовые отношения, исчисляется десятками тысяч. Избыточность и необоснованность многих норм административного права приводит к тому, что на регистрационные и прочие бюрократические процедуры отечественные субъекты хозяйствования тратят намного больше средств и времени, чем зарубежные партнеры. Массу проблем порождают новеллы экологического и иных отраслей законодательства.

Сложившаяся терпимость к множеству предписаний и запретов позволила скрыть парадокс, по сути разрушающий основополагающие принципы права. За интересами государства (именуемыми общественными) в нем отодвинулась на второй, а то и более дальний, план личность с ее интересами. Действовать по закону – значить пользоваться ограниченным количеством своих прав, которые «не распространяются дальше кончика собственного носа», не вступают в противоречие с правами других граждан. Следовательно, всеобязательность закона и конституционные гарантии прав и свобод каждого гражданина могут быть достигнуты лишь в условиях жесткой стандартизации этих прав и свобод. Только тогда можно ставить вопрос об ответственности за их нарушение. Но наличие прав предполагает существование желаний, и если равенство прав ещё как-то можно обосновать, то равенство желаний допустимо лишь в сообществе механических роботов. В повседневной жизни зачастую желания одного человека удовлетворяются вопреки желаниям другого путем добровольного согласования их интересов. И мир, вопреки ожиданиям, не рухнул, скорее наоборот. Лишить же человека возможности удовлетворять естественно и социально обусловленные желания, тем более, наказывать за их удовлетворение – это, скорее, прерогатива Бога. Не кажется ли, что в организации регулирования прав и сво-

бод мы вышли за пределы возможностей человека? Поймем ли мы, наконец, что в нормальном обществе каждый гражданин должен не безоглядно, автоматически соизмерять каждый свой шаг с предписаниями существующего закона, а наоборот, пытаться в процессе созидательной деятельности на базе сформировавшегося правосознания выявлять новые закономерности развития, оценивать и, не фетишизируя в очередной раз, ставить их на службу дальнейшего прогресса общества.

Альберт Эйнштейн утверждал: знания – это то, что остается в нас после того, как нас закончили учить. Однако, насколько известно, нет ещё ни одного серьёзного исследования соотношения того, чему учили и что осталось. Как по стандарту учили, так и продолжаем учить, безапелляционно считая: «так надо». Но формула Эйнштейна целиком и полностью распространяется на знание права, на правосознание, если хотите. А здесь своя чёткая специфика: у принятых законов есть своя критическая масса, превышение которой делает бесполезной дальнейшую работу законодателя. Может хоть здесь придём к реальным измерениям? Каков бы не был хорош сам по себе закон, ему цена грош, если нет информации о его сути в нише правосознания людей. Компьютерный поисковик поможет уточнить детали закона, но преследуемые им цели должны быть в сознании, в правосознании человека. А его сегодня никто толком не учитывает.

Многочисленные исследования свидетельствуют: подавляющая часть населения не только не знает формулу, но и вообще не имеет представления о существовании большинства конкретных правовых норм. Можно с оговоркой отнести к очередному парадоксу, но приведенное наблюдение распространяется не только на рядовых граждан. Социологические опросы федеральных служащих РФ показывают, что знание и использование ними норм законов колеблется в пределах 10–20%. В этом одна из причин, когда органы исполнительной власти на практике нередко издаёт ведомственные и иные акты вопреки предписаниям закона[16]. Характерно, что исследователи, констатируя данный факт, относятся к нему отрицательно. Между тем, подобные отступления от закона во многих случаях обусловлены региональными особенностями практики его применения. Однако новации не анализируются, не обобщаются, не предпринимаются попытки при положительных результатах скорректировать общенациональное законодательство.

Проводящиеся неоднократно опросы показывают, что малый бизнес систематически нарушает законодательство, оставаясь безнаказанным: 60% респондентов уверены, что соблюдать требования закона в полном объёме невозможно; две трети опрошенных предпринимателей (67%) признались, что наказания они избежали по коррупционным схемам [17]. О крупном бизнесе и говорить нечего. Кто подсчитал, насколько повысятся экономические результаты хозяйствования, если средства будут расходоваться не на взятки, а на требующуюся, но запрещенную ре-

конструкцию производства или иной деятельности, позволяющую увеличить прибыльность? Таких расчетов нет. Вяло ставятся вопросы о декриминализации деяний, нарушающих требования закона, но являющихся общественно, экономически полезными.

Есть ещё одно направление, непонятно по какой причине игнорируемое. Это внедрение в отечественную практику использования судебного прецедента. Было время, когда постановления партии и правительства и выработанные на их основе законы в плане критики по общему правилу обсуждению не подлежали. Но мы живем (пытаемся жить) в другом обществе, стремимся, в частности, следовать западным образцам. А на Западе, как известно, судебный прецедент во многих государствах – это обыденность. В роли источника права он воспринимается одним из воплощений правового обычая со многими присущими ему отличиями от писаного закона. Почему у нас судебный прецедент, кроме решений и других нормативных актов Верховного Суда – чрезвычайное событие? Законы действуют в большинстве долго, жизнь течет и меняется, и уже в силу этого в их применении практика зачастую вносит коррективы в толкование. На Западе они формализуются в рамках прецедентного права, у нас же требуется организовать хотя бы повсеместное отслеживание такого рода практических новаций, их научное осмысление и тиражирование.

Ныне право оценивают так же, как фильмы на некоторых кинофестивалях – силами профессионального жюри при полном безучастии зрителей, определяющих рыночную стоимость (не надо отрицать это понятие в праве) искусства. Проклятие человеческого рода: мы, зная, что чего-то совершать нельзя, действуем наоборот. И вряд ли во всех случаях нужно за это осуждать человека. А право – во многом изощрённый тормоз на этом пути, сборище бесчисленного количества запретов: сюда нельзя, туда не ходи, это не трогай, к тому не приближайся и т.д. и т.п. Ослушался, поддался искушению – кары хоть и не божественные, земные, но достаточно суровые. Однако давно известно, что попытки решить сложную проблему простым инициированием запретительных или ограничительных законодательных норм не решают проблему, а лишь загоняют её вглубь. Незадолго до Первой мировой войны великий русский историк Василий Ключевский написал в своем дневнике: «История, говорят не учившиеся истории, а только философствовавшие о ней и потому ею пренебрегавшие (Гегель), никого ничему не научила... Не цветы виноваты, что слепой их не видит. Но это и неправда: история учит даже тех, кто у неё не учится; она их проучивает за невежество и пренебрежение». Как-то боязно становится, когда слова В. Ключевского примеряешь к истории права. Давайте проанализируем, вдумаясь: общепринято считать, что все крупные конфликты, революции происходили из-за недостатков правового регулирования, бессилья права. А не наоборот? Не засилье ли права, вяжущего каждого по рукам и ногам, не отсутствие возможности свободы разум-

ного вибору толкаєт громадян на ексцеси разного масштаба? Может надо проанализировать уроки истории применительно к теории и практики действующего права? *Оснований для этого сейчас более, чем достаточно.*

Использованные источники:

1. Фридман Л. Введение в американское право / Л. Фридман. – М., 1992. – С. 14.
2. Яволен, Дигесты 50.17.202 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://ru.wikipedia.org/wiki/Право>.
3. Мартышин О. В. Совместимы ли основные типы понимания права? / О. В. Мартышин // Государство и право. – 2003. – № 6. – С. 62–63.
4. Virally M. La pensee juridique (Ed. L. G. D. J. 1960)/ M. Miaille ; Une introduction critique au droit (Ed. Maspero 1976), pp. 37 ets.
5. Кант И. Критика чистого разума / И. Кант. – М. : Мысль, 1994. – С. 432.
6. Шемшученко Ю. С. Що є право? / Ю. С. Шемшученко // Антологія української юридичної думки : [в 10 т.]. – Т. 10. Юридична наука незалежної України. – К. : Видавничий Дім «Юридична книга», – 2005. – С. 30, 46.
7. Теория государства и права : [учебник для вузов] / под ред. проф. Г. И. Манова. – М. : Изд-во БЕК. – 1996. – С. 31–32.
8. Козлихин И. Л. Позитивизм и естественное право / И. Л. Козлихин // Гос. и право. – 2000. – № 3. – С. 11.
9. Карнер И. Социальные функции права / И. Карнер. – М., 1923. – С. 11.
10. Максимов С.И. Философия права как проблема философии права / С. И. Максимов // Проблемы философии права. – Том II. – Киев ; Чернівці : Рута, 2002. – С. 3.
11. Литвин В. В расстановке кадров в Украине меня не устраивает все. Если бы устраивало, у нас была бы другая страна / В. В. Литвин // Аргументы и факты в Украине. – № 22 (667). – 2009. – С.7.
12. Воловик О. А. Погляд на право і розвиток економіко-правового дискурсу / О. А. Воловик. – К. : Юрінком Інтер, 2014. – С. 62–75.
13. Соловьев В. С. Сочинения : Т. 1/ В. С. Соловьев. – М., 1999. – С. 447.
14. Правовые основы государственной поддержки бизнеса : [моногр.] / ответ. ред. Г. Л. Знаменский ; НАН Украины ; Ин-т экономико-правовых исследований. – Донецк : Юго-Восток, 2011. – С. 22– 27.
15. Карчевський М. В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України : [монографія] / М. В. Карчевський ; МВС України, Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2012. – 528 с.
16. Тихомиров Ю. А. Юридическое проектирование: критерии и ошибки / Ю. А. Тихомиров // Журнал российского права. – 2008. – № 3. – С. 44.
17. Две трети малого бизнеса вовлечено в коррупцию // Известия. – № 138. – (29138). – 2014 г.

Розовський Б.Г. Чи є право в законі?

У змаганнях із кульової стрільби не так уже й часто спортсмен кладе всі кулі в десяtku. Але це не заважає оцінювати результат за загальною кількістю набраних очок. У праві також далеко не всі прийняті закони «потрапляють в десяtku», і тому ми змушені оцінювати ефективність регулювання з явним відхиленням від ідеалу. Важливо тільки чітко визначитися з цим ідеалом, усупереч значення терміна, максимально його заземлити з урахуванням умов, місця і часу, специфіки менталітету громадян. Як свідчить практика, таке завдання важко вирішувати. Причина – у глибоко прихованій специфіці мислення юристів. Для нас право – продукт багатовікової історії, непорушності сформульованих великими предками постулатів. М. Хайдеггер, безумовно, правий, заявляючи: «Історія не позаду, а попереду нас». Тим часом, ми все з більшим завзяттям продовжуємо дослідження минулої історії і, подібно до героїні Євангельської притчі, отримуємо задоволення від знахідки давно забутого, сповіщаючи про те всіх сусідів. Історію вивчати потрібно – вона вчить (правда, не всіх). Однак над прогнозом майбутнього треба працювати самостійно. Народи, які не здатні творити, займаються переглядом своєї історії, а здатні – творять історію. Що робимо ми – судить самі.

Ключові слова: *норма, право, правотворчість, закон, законодавство, відповідність.*

Rozovski B.G. Is there a right in law?

The competition in shooting is not often an athlete puts all the bullets in the top ten. But that does not stop to assess the result of the total number of points scored. The right is also not all adopted laws «hit the mark», and because we have to assess the effectiveness of regulation with a deliberate deviation from the ideal. It is only important to clearly define this ideal, despite the meaning of the term, most of its ground to the conditions of time and place, the specifics of the mentality of the citizens. As practice shows, this task is often more difficult. The reason – in a deeply concealed specifics thinking lawyers. For us, the right – a product of centuries of history, great ancestor's inviolability formulated postulates. Heidegger is undoubtedly right, saying: «History is not behind us, but ahead of us». Meanwhile, we are all with great tenacity continue to study the past history and, like the heroine of the Gospel parable, we get the pleasure of finding a long-forgotten, letting all of its neighbors. History study is necessary; it teaches (but not all). However, the forecast of the future we have to work on their own. The peoples are not capable of building up, engaged in a revision of its history, and capable of – making history. What do we do? – Judge by yourself.

Key words: *rule, right, law-making, law, legislation compliance.*