

В.И. Павлов

кандидат юридических наук, доцент

Академия Министерства внутренних дел Республики Беларусь

Республика Беларусь, 220005, г. Минск, пр-т Машерова, 6

ORCID 0000-0002-2867-1039. E-mail: vadim_pavlov@tut.by

Теория правотворчества в классической общеправовой теории и в антропологическом подходе к праву

Аннотация: В статье рассматривается развитие современной теории правотворческой деятельности. Анализируются основные изменения, которые произошли в сфере правотворчества в постсоветский период. Рассматривается значение использования такого современного правотворческого средства, как оценка регуляторного воздействия. Предлагается анализ процесса правотворчества с позиции антропологии права. Норма права и его нормативность в антропологическом подходе точно не выражают сущность права, а являются лишь его субстанциальной основой. Сущность права обязательно выражается с участием человека в праве, субъекта, участвующего в правовом взаимодействии. Помимо нормы права и человека в праве значим и третий элемент правовой реальности – факт правовой жизни, который как выявляет нормативные свойства системы права, так и раскрывает юридические свойства человека в праве. Таким образом, в антропологическом подходе норма права и нормативность права по сравнению с классической теорией правотворчества приобретают новое значение, характеризующееся тем, что в общем смысле можно назвать антропологизацией права, приобретением им человекомерного характера. На основании этого в теории и практике правотворчества должен быть сделан акцент на развитии учения о толковании права, а также на практике его реализации.

Ключевые слова: право, правотворчество, норма права, нормативность права, антропология права, человек в праве

Для цитирования: Павлов В.И. Теория правотворчества в классической общеправовой теории и в антропологическом подходе к праву // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2019. – № 3 (83). – С. 43-48. DOI: 10.35750/2071-8284-2019-3-43-48.

Vadim I. Pavlov

Cand. Sci. (Jurid.), Docent

Academy of the Ministry of internal Affairs of the Republic of Belarus

6, Masherova Ave., Minsk, 220005, Republic of Belarus

ORCID 0000-0002-2867-1039. E-mail: vadim_pavlov@tut.by

Theory of lawmaking in classical general legal theory and in the anthropological approach of law

Annotation: The article deals with the development of the modern theory of law-making process. The main changes that took place in the sphere of law-making in the post-Soviet period are analyzed. The importance of the use of such a modern law-making tool as regulatory impact assessment is considered. The analysis of the process of lawmaking from the perspective of anthropology of law is offered. The rule of law and its normativity in the anthropological approach do not precisely express the essence of law, but are only its substantive basis. The essence of law is necessarily expressed with the participation of a person in

law, a subject involved in legal interaction. In addition to the rule of law and human rights in law, the third element of legal reality is significant – the fact of legal life, which reveals both the normative properties of the legal system, and reveals the legal properties of a person in law. Thus, in the anthropological approach, the rule of law and the normativity of law in comparison with the classical theory of law-making acquire a new meaning, characterized by the fact that in a General sense it can be called anthropologization of law, the acquisition of its human dimension. On this basis, the theory and practice of lawmaking should focus on the development of the doctrine of the interpretation of law, as well as on the practice of its implementation.

Keywords: law, law-making, rule of law, normativity of law, anthropology of law, man in the law

For citation: Pavlov V.I. Theory of lawmaking in classical general legal theory and in the anthropological approach of law // Vestnik of St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia. – 2019. – № 3 (83). – P. 43-48. DOI: 10.35750/2071-8284-2019-3-43-48.

Введение. Разработка новых правовых концепций, общетеоретических подходов к праву всегда связана не только с решением концептуальных, методологических вопросов, решаемых автором той или иной правовой теории, но и с разработкой традиционных сфер юридической деятельности, которые в своем практическом выражении далеки от высокой юридической аксиоматики. Антропологическое направление в праве, которое на постсоветском пространстве развивается с начала 2000-х гг., является одним из перспективных направлений правового познания, в том числе в сфере решения практических проблем правовой действительности. В настоящем исследовании на основе авторских разработок предлагается осуществить антрополого-правовой анализ правотворческой деятельности.

Основная часть. В современной русской-язычной правовой науке используется теоретическая модель правотворческой деятельности, которая практически полностью сложилась ещё в советском правоведении 60–80-х гг. XX столетия. Совершенствование теоретических разработок в области правотворчества в постсоветский период касалось в основном технической стороны, в частности, использования информационных технологий в процессе создания нормативных правовых актов. Эта сторона правотворческой деятельности, хотя и представляет собой значительную по объёму и важную сферу организации правотворческого процесса, вместе с тем практически не касается содержательных, концептуальных моментов правотворчества. Создание различных банков данных правовых актов и их проектов на стадии разработки, формирование различных реестров, интернет-порталов, предназначенных для облегчения процесса правотворчества, наконец, виртуализация правотворческой деятельности – это в основном тенденции технического характера, которые имели место в

правотворческой деятельности последние 20–30 лет и активно развиваются сегодня.

Вместе с тем даже и эти, казалось бы, существенно технические тенденции косвенно затрагивали концептуальные моменты правотворческой деятельности. В частности, на рубеже XX–XXI столетий во многих странах (Италия, Испания, Нидерланды, Франция, США и др.) начала назреть проблема заюридизированности общественных отношений, которая создавала риски коллапса правового регулирования, или сбоя системности права. Кроме того, в ситуации активного расширения глобального рынка и мощного влияния техники на развитие трансэкономических связей в ведущих странах мира возникла озабоченность чрезмерным государственным (правовым) регулированием отношений в сфере бизнеса. В связи с этим начала разрабатываться специальная процедура, получившая название «Оценка регулирующего воздействия» (англ. Regulatory Impact Analysis, RIA, далее – ОРВ), заключающаяся в использовании в правотворческой деятельности специальных аналитических средств для недопущения неэффективных для бизнеса решений, которые могли бы принять государственные органы [1]. Сегодня ОРВ проводится в Австрии, Германии, Дании, Италии, США, Финляндии, Франции, Швеции, Швейцарии. Внедрена данная процедура в различных формах и в Казахстане, Кыргызстане, Узбекистане, Украине и России. В Белоруссии в связи с принятием в 2018 году нового Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах»¹ (прежний Закон 2000 года «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» утратил силу с 1 февраля 2019 года) ОРВ

¹ О нормативных правовых актах: Закон Респ. Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-3 // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2019.

также предусмотрена в качестве самостоятельного института в процессе осуществления правотворческой деятельности.

Решение проблемы заюридизированности общественных отношений посредством разработки процедуры ОРВ, представляющей собой отчасти технический аспект, а отчасти аспект интересов бизнеса, есть лишь частное следствие более глобальной проблемы, связанной с концептуальным представлением о праве в системе регуляторов общественных отношений. Новоевропейская парадигма правового развития, которая лежит в основе практически всех современных правопорядков, предполагает рассмотрение права в качестве высшего и абсолютно средства общественного бытия. Разумность, нормированность социальной жизни, обеспеченные правовым регулированием полагались в рамках этой концепции ведущими принципами жизнедеятельности общества. Со вступлением постсоветского пространства в общую мировую систему экономических, культурных и иных отношений уязвимость новоевропейского подхода стала еще более очевидной: право, изначально понятое как высшее регулятивное средство, «нормативный разум», подверглось девальвации и отчасти само создало угрозу социальному порядку. По сути, заюридизированность общественных отношений привела к пересмотру критериев эффективности нормативного правового регулирования, взглядов на норму права и ее место в системе социальной регламентации. Например, на Западе вновь стала актуальной проблема возвращения религии, получившая разработку в концепции «постсекулярного» [2]. На постсоветском пространстве, в частности, в государствах, сформировавшихся на почве восточно-христианского цивилизационно-культурного влияния (Беларусь, Россия, Молдова), стал актуален вопрос о соотношении правового и нравственного регулирования, правовых и религиозных ценностей и т.д. [3–6]. В общетеоретической юриспруденции этот вопрос выразился в более глубоком исследовании нормативности права и нормы права.

Традиционно весь понятийно-категориальный аппарат теории правотворчества основывается на двух базовых понятиях: понятии *нормы права* и *нормативности права*. Эти понятия являются центральными для классического юридического дискурса, и в традиционной теории правотворчества с позиции методологического основания они интерпретируются именно в контексте новоевропейской правовой методологии: норма права и нормативность связа-

ны с разумностью природы и законодателя, с разумным законом (Ш. Л. Монтескье). На этом основании классический юридический дискурс неявно исключает позицию человека в праве, осуществляет вытеснение антропологических содержаний в юридической деятельности, которые заменяются содержаниями нормативного порядка. Заданность нормативной системы права происходит на уровне правотворческой деятельности через выражение воли законодателя. Вышеупомянутая процедура ОРВ, развивающаяся сегодня во многих европейских странах, – это, по сути, контрпрограмма данной новоевропейской установки, так как смысл оценки регуляторного воздействия заключается именно в том, чтобы конкурировать с законодателем в степени обоснованности и убедительности выражения той или иной «воли законодателя» в нормативном правовом акте. Можно даже сказать, что ОРВ является отражением постклассической методологии в праве, поскольку, по сути, призывает к использованию коммуникативного дискурса в праве, дискурса социального согласия и выработки правотворческого решения не через деятельность официального субъекта правотворчества – высшего законодательного и представительного органа государства, другого субъекта правотворческой деятельности, а через его диалог с обществом.

В юридической традиции в рамках теории правотворческой деятельности используется понимание нормы права и нормативности на основании разработок школы юридической догматики, в русскоязычном правоведении, разумеется, в модификации советской позитивистской школы.

В классических концепциях права *норма права* традиционно понимается как общеобязательное правило поведения, выраженное в официальном тексте – тексте нормативного правового акта, иного источника права. Хотя три классические школы правопонимания по-разному понимают сам источник нормоустановления (трансцендентальный принцип, государство, общество), однако в качестве юридической конструкции норма права рассматривается единообразно.

Под *нормативностью права* в классической общеправовой теории понимается такое его свойство, которое характеризует особый способ регулирования поведения людей, представляющий собой порядок регулирования общественных отношений посредством специальных правил поведения, имеющих общеобязательный характер (норм права) [ср.: 7]. Также

нормативность представляет собой и признак нормативного правового акта, отвечающего юридической природе норм права, его составляющих. Нормативность правового акта означает распространение специфического – юридического действия данного акта на неопределенный круг лиц и на неопределенное количество случаев, предполагает абстрактное изложение содержащихся в нём правовых предписаний (норм права), имеет общеобязательное значение.

Рассмотрение нормы права и нормативности в рамках постклассического подхода всегда предполагает обращение к рассмотрению порядка размещения этих категорий в ином, отличном от классического, типе правопонимания. В частности, в качестве постклассического типа правопонимания, как мы уже отмечали выше, возьмём за образец разрабатываемый нами антропологический тип правопонимания [8; 9].

Для перехода к анализу нормы права и нормативности в рамках антропологической концепции правопонимания соотнесём базовые положения данного типа правопонимания с тем, каким образом они влияют на понимание нормы права и нормативности. Выделим четыре таких положения.

1. *Первое положение* антропологического понимания права было связано с отказом рассматривать наличие субстанциональной основы права в качестве критерия правовой подлинности. Правовая подлинность не может быть предзадана в качестве некоей сущности, она всегда заключена в правовом бытии, понимаемом как правовое существование человека. В отношении нормы права данное положение, однако, не означает, что нормативная система права утрачивает своё качество субстанциональности, – она просто перестаёт выступать в качестве сущности права и теряет статус правового эталона. Субстанциональность права, заданная через выраженные в правовых текстах положительного права нормы, обеспечивает субстрат права, однако этот субстрат не является «главным в праве», его сущностью.

Данное концептуальное положение относительно нормы права представляется очень важным в современных условиях нестабильности законодательства, в условиях, когда количество принимаемых нормативных правовых актов в любой национальной правовой системе с каждым годом увеличивается, равно как и увеличивается количество вносимых в них изменений. Это общая тенденция социального развития, связанная в основном с двумя факторами:

а) расширением глобального рынка, и б) стремительным развитием техники с характерными для неё захватывающими свойствами в отношении социальной реальности.

Понимание того, что сущность права не может быть заключена только на уровне нормативной системы права, также помогает правильно отнестись к роли научно-исследовательских учреждений и различных ведомств обеспечения правотворческой деятельности во многих странах мира, которые берут на себя нелегкое бремя методического и научно-исследовательского сопровождения правотворческой деятельности парламента и нередко предпрещают правотворческие решения, по крайней мере, им принадлежит большая часть работы по разработке проектов нормативных правовых актов и проведению юридических экспертиз (в Республике Беларусь эту роль выполняет Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь).

Итак, в антропологическом типе правопонимания норма и нормативная система хотя и выступают в качестве субстанциональной основы права, в качестве средства правового регулирования общественных отношений на уровне позитивного права, однако не являются критериями главного в праве, не выражают его подлинность.

2. *Второе положение* антропологического правопонимания связано с переосмыслением места человека в праве, в установлении критерия правовой подлинности. В антропологии права наряду с традиционным юридическим понятием «субъект права» человек рассматривается также и в энергичной парадигме – в процессе его правового существования. Основной характеристикой человека в праве является понятие правовой субъективации. Это понятие призвано отразить конкретное измерение человеком своего правового статуса и правового положения, в том числе отношении к конкретной юридически значимой ситуации, в которой он оказался. Введение такого образа человека в праве связано с методологическим переосмыслением положения человека в правовой реальности и рассмотрением его не только как субъекта права в нормативном пространстве, но и в более широком контексте – в правовой реальности в целом.

Как неоднократно отмечалось в данной работе, «субъект права» представляет собой лишь юридико-техническое, схематичное отражение человеческого существования в праве, по словам Г. Кельзена, человек в праве есть лишь ком-

плекс норм, совокупность прав и обязанностей, закрепленных в позитивном праве [10, с. 218–219]. Норма права выполняет связывающую роль относительно человеческого измерения права, определения человека как человека юридического, что обусловлено как господствующей в классическом юридическом дискурсе ноевропейской методологической установкой, так и связывающими функциями юридической догматики, которая выступает операциональным языком права.

Однако в правовой действительности поступки человека, его правовое поведение, как правило, обусловлены не только нормой права, но и многими другими, порой не менее значимыми факторами. Это достаточно очевидный тезис, чтобы его обосновывать – на него было обращено внимание еще в социологической юриспруденции XIX века и достаточно подробно – в школе правового реализма. В этом отношении критика сторонников социологической школы права в адрес юридического позитивизма, а также замечание представителей всех постклассических правовых концепций, которые рассматривают нормы позитивного права как значимый, однако не ведущий фактор правового регулирования, представляется небезосновательной. Социологическая юриспруденция в качестве первичного правового фактора рассматривает общественное отношение, взаимодействие между людьми по поводу права. Коммуникативная теория права А.В. Полякова в качестве такого фактора предлагает правовую коммуникацию, основанную на взаимном признании [11]. Антропология права в качестве такого первичного фактора рассматривает человека в праве и процесс его правовой субъективации.

Таким образом, второе положение антропологического понимания права приводит к заключению о том, что критерий правовой подлинности разделяется между нормой права и пространством нормативности как субстанциональными факторами права и между такими критериями, которые выражают динамику правовой жизни через правовое существование человека в праве.

3. *Третье положение* антропологического правопонимания выражается в понимании правового бытия как совместного правового бытия (со-бытия), разделенного правового существования с Другим, однако в котором человек в праве остаётся в режиме собственного правового существования. Это социальный аспект антропологической концепции права, указывающий на неустранимость личностной автономии правового существования и самоидентичность антропологических содержаний в коммуникативных правовых связях.

4. *Четвертое положение* связано с формулированием критерия правовой подлинности, который формируется на пересечении трёх элементов правовой реальности – человека в праве, нормы права и факта правовой жизни. Право, таким образом, выступает многомерным явлением, неразрывно связанным как с правовым существованием человека в праве, так и с нормой права и фактом правовой жизни. Право не может быть сведено к пониманию его как сущности, т.е. только к определенному порядку нормативности в традиционном смысле, поскольку оно включает в себя и правовое существование как неформализуемый критерий правовой действительности. Однако в то же время право не может быть и оторвано от системы нормативности, поскольку она выступает формально-юридическим субстратом права. Факт же правовой жизни указывает на событие или ситуацию по поводу юридического, в которой происходит действительное наличное раскрытие правового – антропологических свойств человека в праве, прежде всего личностных юридически значимых ценностей, с одной стороны, и свойств нормативной системы права – с другой.

Заключение. Таким образом, в контексте антропологического типа правопонимания норма права и нормативность права по сравнению с классическим юридическим дискурсом приобретают новое значение, характеризующееся тем, что в общем смысле можно назвать антропологизацией права, приобретением им человекомерного характера.

Список литературы

1. Гуйда Е. П. Организационно-правовой механизм оценки регулирующего воздействия / Право в современном белорусском обществе : сб. науч. тр. – Вып. 9. – Минск: Нац. центр законодательства и правовых исслед. Респ. Беларусь, 2014. – С. 48–65.
2. Хабермас Ю., Ратцингер Й. Диалектика секуляризации. О разуме и религии. – Москва: Библейско-богословский институт св. апостола Андрея, 2006. – 112 с.
3. Право и общество в эпоху перемен : материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. – Москва: Институт государства и права РАН, 2008. – 274 с.

4. *Мурашко Л. О.* Правообразование в аксиологическом контексте / Л.О. Мурашко; науч. ред. В.И. Шабайлов, О.А. Павловская. – Минск: Право и экономика, 2012. – 280 с.
5. *Мальцев Г. В.* Нравственные основания права : монография. – 2-е изд., пересмотр. – Москва: Норма : Инфра-М, 2015. – 400 с.
6. *Абрамович В. А. [и др.]* Основы устойчивого развития национальной правовой системы в XXI столетии: методология, теория, практика : коллективная монография / под ред. В.И. Павлова. – Минск: Бизнесофсет, 2016. – 277 с.
7. *Варламова Н. В.* Нормативность права: проблемы интерпретации // Тр. ин-та государства и права Рос. акад. наук. – 2013. – № 4. – С. 76–116.
8. *Павлов В. И.* Антропологический тип правопонимания как открытие человекомерности права / Право в современном белорусском обществе: сб. науч. тр. – Вып. 7; Нац. центр законодательства и правовых исследований Респ. Беларусь; ред. кол.: В.И. Семенов (гл. ред.) [и др.]. – Минск : Бизнесофсет, 2012. – Вып. 7. – С. 71–78.
9. *Павлов В. И.* Проблемы теории государства и права : учебное пособие. – Минск: Академия МВД, 2017. – 262 с.
10. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве / 2-е изд.; пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лезова. – Санкт-Петербург: ООО Изд. дом «Алеф-Пресс», 2015. – 542 с.
11. *Поляков А. В.* Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций. – Санкт-Петербург: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, Издательство юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, 2004. – 864 с.

References

1. *Guyda Ye. P.* Organizatsionno-pravovoy mekhanizm otsenki reguliruyushchego vozdeystviya / Pravo v sovremennom belorusskom obshchestve : sb. nauch. tr. – Vyp. 9. – Minsk: Nats. tsentr zakonodatel'stva i pravovykh issled. Rosp. Belarus', 2014. – S. 48–65.
2. *Khabermas Yu., Rattsinger Y.* Dialektika sekulyarizatsii. O razume i religii. – Moskva: Bibleysko-bogoslovskiy institut sv. apostola Andreyana, 2006. – 112 s.
3. Pravo i obshchestvo v epokhu peremen : materialy filosofsko-pravovykh chteniy pamyati akademika V.S. Nersesyantsa. – Moskva: Institut gosudarstva i prava RAN, 2008. – 274 s.
4. *Murashko L. O.* Pravoobrazovaniye v aksiologicheskom kontekste / L.O. Murashko; nauch. red. V.I. Shabaylov, O.A. Pavlovskaya. – Minsk: Pravo i ekonomika, 2012. – 280 s.
5. *Mal'tsev G. V.* Nravstvennyye osnovaniya prava : monografiya. – 2-ye izd., peresmotr. – Moskva: Norma : Infra-M, 2015. – 400 s.
6. *Abramovich V. A. [i dr.]* Osnovy ustoychivogo razvitiya natsional'noy pravovoy sistemy v XXI stoletii: metodologiya, teoriya, praktika : kollektivnaya monografiya / pod red. V.I. Pavlova. – Minsk: Biznesofset, 2016. – 277 s.
7. *Varlamova N. V.* Normativnost' prava: problemy interpretatsii // Tr. in-ta gosudarstva i prava Ros. akad. nauk. – 2013. – № 4. – S. 76–116.
8. *Pavlov V. I.* Antropologicheskiy tip pravoponimaniya kak otkrytiye chelovekomernosti prava / Pravo v sovremennom belorusskom obshchestve: sb. nauch. tr. – Vyp. 7; Nats. tsentr zakonodatel'stva i pravovykh issledovaniy Rosp. Belarus'; red. kol.: V.I. Semenov (gl. red.) [i dr.]. – Minsk : Biznesofset, 2012. – Vyp. 7. – S. 71–78.
9. *Pavlov V. I.* Problemy teorii gosudarstva i prava : uchebnoye posobiye. – Minsk: Akademiya MVD, 2017. – 262 s.
10. *Kel'zen G.* Chistoye ucheniye o prave. 2-ye izd. / per. s nem. M.V. Antonova i S.V. Lezova. – Sankt-Peterburg: ООО Изд. дом «Алеф-Пресс», 2015. – 542 s.
11. *Polyakov A. V.* Obshchaya teoriya prava: problemy interpretatsii v kontekste kommunikativnogo podkhoda : kurs lektsiy. – Sankt-Peterburg: Izdatel'skiy dom Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta, Izdatel'stvo yuridicheskogo fakul'teta Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta, 2004. – 864 s.

© Павлов В.И., 2019

Статья поступила в редакцию 03.07.2019 г.