

## **Бараева Н. Б. Нормативно-регулирующая роль права и других социальных институтов**

Проблема улучшения демократических институтов - это всегда проблема, стоящая перед личностями, а не перед институтами.

Карл Поппер

Система социальных регуляторов не сводится к правовым нормам, но сложные неформализованные модели структурирования отношений часто игнорируются публичной властью в пользу писаного законодательства. Нормы можно классифицировать по различным основаниям. Например, по времени возникновения, по интенсивности и масштабам регламентации, значимости для социальной системы степени формализации и определенности, по характеру вовлеченности субъектов в процесс создания и характеру обратной связи, по способу установления.

При анализе норм можно по-разному расставлять акценты, подчеркивая ту или иную значимую функцию. Нормы могут быть ролевыми, стратификационными (гендерными, статусными), институциональными, ценностно-ориентирующими, интериоризованными, детерминированными, мертворожденными, спящими, легитимными. Можно противопоставить друг другу универсальные и специальные, тормозящие и реформаторские, догоняющие и иницирующие нормы.

*Наиболее общие, обрастающие определенной инфраструктурой модели регулирования принято называть социальными институтами.* Цель политико-правовых институтов - организация коллективного действия для достижения публично значимых целей на широкой территориальной или функциональной, основе.

Институционализация права, в свою очередь, не сводится к сессионной работе депутатов. Даже целенаправленное реформирование правовой системы, заимствование норм и юридических конструкций из опыта зарубежных стран – процесс, который происходит в рамках заданной, инерционной институциональной среды. Почти все российские новации объясняются политиками через отсылки к иностранному законодательству – всегда найдется хотя бы одна страна в качестве исторического примера. Нормы можно переписать, но связанные с их реализацией социальные институты практически не поддаются экспорту, как и демократические ценности.

Сегодня часто возникает ощущение, что право творится в кабинетах волей узкой группы людей, безотносительно к складывающимся в каждодневной деятельности реалиям. А ведь традиционно нормы законов закрепляли де факто выработанные конструкции взаимодействия и обеспечивали плацдарм для становления нарождающихся экономических, политических и иных институтов. Именно в тех странах, где шло бурное развитие торговли,

ремесел, усложнялись отношения власти и подчинения, горизонтальные связи расцветало городское и затем общегосударственное нормотворчество. Во все времена представители государства склонны были забывать в своих обращениях к народу, что право – регулятивный механизм, а не инструмент приведения реалий в соответствие с «планами партии». Но, создавая правила, любым властителям приходится еще на этапе разработки концепции изучать и учитывать различные факторы. В частности, психологическую готовность субъектов к восприятию и исполнению норм, исторические традиции правовой системы, возможности контроля исполнения, действенность позитивных и негативных санкций, наличие институтов и учреждений для реализации задуманного, этапы введения норм в жизнь с параллельным мониторингом ситуации, учет сигналов обратной связи. По крайней мере, это актуально в отношении законов.

Один из признаков закона – длительность существования. История современного законодательства о банкротстве приводит к мысли, что именно «заказной», функционально-прагматический характер многих российских источников права и делает их однодневками на фоне классических актов зарубежных стран, применяемых с 14, 17,19 века без существенных дополнений.

Для оптимизации правотворческой деятельности целесообразно планировать и отслеживать следующие этапы генезиса нормы права:

- появление или изменение отношений, наличие практик;
- возникновение потребности или интереса участников в регулировании;
- кристаллизация и осознание потребности, поиск путей решения;
- разработка проектов правовых актов, договоров, выработка прецедентов;
- внесение соответствующей инициативы полномочному субъекту;
- получение заключения о финансовой обоснованности документа;
- проведение лингвистической, криминологической, технико-юридической, логической, системно-правовой экспертиз (для выявления соответствия нормы действующему праву и здравому смыслу);
- нулевое чтение, общественное обсуждение, согласование, получение поддержки индивидуальных и коллективных субъектов, обладающих социально значимыми ресурсами (политическими, финансовыми, организационными, в том числе неформальными), учет или формирование общественного мнения;
- лоббирование или иное продвижение проекта в процессе различных «чтений», убеждение («промоушен»);
- учет поправок и предложений, взаимные уступки и выработка приемлемых решений;
- принятие документа в окончательной редакции;

- одобрение акта (например, Советом Федерации Федерального собрания);
- промульгация (подписание);
- регистрация и обнародование, формальная фиксация нормы и информирование о ней;
- появление реакции на документ как акт будущего действия;
- вступление акта в силу, реализация его положений;
- существование акта как элемента правовой реальности, влияющего на правосознание, социальные институты и другие нормы, интериоризация (как максимум - завышение ценности, абсолютизация норм, превращение их во внутренний «категорический императив»), применение и толкование норм;
- внесение дополнений с учетом механизма обратной связи;
- отмена или отмирание акта.

Ряд вышеперечисленных этапов перешагивается сегодня достаточно формально. В результате во многих правовых системах презумпция знания закона стала лишь пустой декларацией, обеспечивая эксклюзивность ресурсов для юристов. Сегодня в России даже юристы не могут прочитать то количество законов и подзаконных актов, которое принимают соответствующие органы (часто, в свою очередь, не успевая устранить опечатки и другие технические ошибки). Не всегда оперативно обеспечивается регулирование частно-правовых отношений, но государство неустанно напоминает гражданам об их обязательствах перед органами и учреждениями. Часто президенты нашей страны отказывались подписывать законы, ссылаясь на их ненужность для общества. Иногда даже высказывались пожелания Государственной Думе РФ заняться, наконец, документами, которые действительно затрагивают наиболее значимые общественные отношения. Таким образом, граждане не в силах воспринять малосодержательные законы, в то время как законодатели не торопятся создавать объективно востребованные акты.

Юридическая техника не допускает поверхностных малограмотных манипуляций. Желательно осторожно относиться к тем социальным и правовым конструкциям, которые складывались годами, основаны на историческом опыте, обеспечены сопутствующими условиями и учреждениями. Новая социальная реальность не конструируется на основании и во исполнение федерального закона.

Право создается или санкционируется публичной властью. Но каковы пределы использования государством эксклюзивного полномочия на установления пределов жизненного пространства личности? Допустимо ли ограничивать право человека на продолжение рода (Китай), отбирать детей у «плохих» родителей, запрещать обезболивающие уколы животным? Правовые учреждения, которые не удовлетворяют потребность в социальной справедливости, сметаются и уступают место самосуду,

самоуправству, то есть произволу. Все же такие ресурсы, как власть и право, могут использоваться лишь с постоянным учетом определенных «кондиций», в пределах которых неорганизованным большинством предоставлены полномочия сильному меньшинству. Право мужчин устанавливать безусловные правила для женщин также должно постоянно завоевываться. (При угрозе введения в России запрета абортот это положение перестает быть абстрактным предметом теории феминизма).

Политико-правовая связь гражданина со страной сегодня не является слишком жесткой и прямолинейной. Граждане все больше позиционируют себя в качестве «посторонних» (в трактовке социолога Г.Зиммеля) и «голосуют ногами», всегда готовые уехать, не склонные лишать себя свободы выбора. Они наблюдают не только за глупостями и претензиями своего государства, но и за разумными установлениями соседнего.

На фоне осознания индивидуальными субъектами своей свободы коллективные все чаще полагаются на репрессивные меры. Принуждение, наказание современные криминологи рассматривают как способ идентифицировать неуправляемые группы и найти возможность их контролировать; как форму управления всем населением посредством уголовной политики<sup>1</sup>. Наркоманы и преступники – перманентное напоминание о том, что в социуме есть неразрешимые проблемы, которые право не может отвести ни запретом, ни санкцией, ни армией из сорока тысяч вполне эффективных сотрудников Госнаркоконтроля. Можно согласиться вслед за В.Гольбертом, с М.Фуко и Н.Кристи в том, что внешняя либерализация наказаний и иных форм социального контроля по сути своей есть рационализация, более глубокое встраивание репрессивного аппарата в социальную систему. М.Фуко видит в этом одну цель – «вогнать карательную власть глубже в социальное тело»<sup>2</sup>. Таким образом, это всегда не столько контроль отдельных правонарушителей, сколько контроль общества в целом. Такие дисциплинарные институты более других предрасположены к экспансии, обеспечивая воспроизводство объекта контроля. К сожалению давно замечено, что индивидуальным и коллективным субъектам удается прагматично использовать нормы в собственных интересах за счет того, что для других участников отношений сознательное соблюдение нормы ставится выше личных интересов. Это эксплуатация позитивного ресурса, злоупотребление правом на создание права.

В последнее время в законодательстве даже традиционно демократических стран очевиден крен в сторону запретительного, ограничительного, императивного регулирования, «обвинения жертвы». Здесь можно поискать один из факторов современных экономических кризисов. В таких условиях необходимо сильное государство. Резкие прорывы в экономической и социальной жизни вряд ли возможны в рамках таких государственных

---

<sup>1</sup> Feeley M. The New Penology. Reformulating Penal Objectives and Implications for Penal Growth. Berkeley. Pp.66-67.

<sup>2</sup> Ритцер Дж. Современные социологические теории. – СПб.: Питер, 2002. С.533.

инструкций обществу. Дивергентное, в том числе предпринимательское мышление формируется при наличии нескольких вариантов, моделей, из которых можно выбрать оптимальный. Если законодатель взял бремя выбора на себя, он должен взять на себя и «озабоченность» (в экзистенциальном смысле) социальной жизнью индивида. Устанавливая пенсии ниже прожиточного минимума, государство не может отмахиваться от неплатежеспособности жителей, когда речь идет о коммунальных услугах, транспорте, страховании.

Даже самые креативные личности, или люди, склонные к риску, в таких условиях не получают стимулов к активной деятельности. При бюрократизации процедур субъекты права меньше выражают готовность к реализации потенциальных возможностей (права на предпринимательство, на труд, на образование, на свободу передвижения). Результаты такой политики отражаются на положении государства. Снижение инициативы, предприимчивости, склонность к некритичному исполнению – не тот ресурс, благодаря которому можно попасть в число эффективно развивающихся стран.

Именно такое государство, по Бакунину, является не чем иным, как «официальной и правильно установленной опекой меньшинства компетентных людей... чтобы надзирать и управлять поведением этого большого неисправимого и ужасного ребенка – народа». Поскольку всякая власть стремится себя увековечить, «ребенок» никогда не достигнет совершеннолетия, пока над ним господствует упомянутая опека. «Итак, там, где начинается государство, кончается индивидуальная свобода, и наоборот. Мне возразят, что государство, представитель общественного блага, или всеобщего интереса, отнимает у каждого часть его свободы только с тем, чтобы обеспечить ему всё остальное. Но остальное – это, если хотите, безопасность, но никак не свобода. Свобода неделима: нельзя отсечь ее часть, не убив целиком. Малая часть, которую вы отсекаете, – это сама сущность моей свободы, это всё... Такова уж логика всякой власти, что она в одно и то же время неотразимым образом портит того, кто ее держит в руках, и губит того, кто ей подчинен»<sup>3</sup>.

В качестве альтернативы такому порядку вещей возникают концепции правового государства. Гражданское общество оставляет место индивидуальному волюнтаризму и коллективной сплоченности, оно развивается как «сфера интеракции, институтов и солидарности, которая поддерживает жизнь общества вне областей экономики и государства»<sup>4</sup>. Таким образом, обеспечивается решение тех самых общих дел, ради которых граждане «терпят» (легитимизируют) государственная власть. Дюркгейм справедливо отмечал, что коллективный интерес может выступать всего лишь в качестве суммы эгоистических интересов, в этом случае оставаясь аморальным<sup>5</sup>. Например, интересы нескольких нефтяных

<sup>3</sup> История политических и правовых учений России XI-XX вв. : Хрестоматия. - Архангельск : ПГУ, 2002.

<sup>4</sup> Alexander J. «The Return of Civil Society». Contemporary Sociology. 1993. P.797.

<sup>5</sup> Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии. - М.: Наука, 1990.

компаний, объединений работодателей и даже работников, группы государств за счет увеличения количества участников не переходят в новое социальное качество и не дают право апеллировать к гласу народа.

В институциональной структуре многое зависит от соотношения права и экономики. Экономические регуляторы существуют относительно автономно, но их можно подорвать активным налоговым, таможенным регулированием, системой социальных льгот. Экономика представляет собой сложную открытую систему, для которой характерны неустойчивое развитие и процессы самоорганизации. С другой стороны, рынок - это социальный институт, требующий от людей определенных норм поведения. Саморегуляция рынка осуществляется не только посредством объективных законов, а во многом через действия экономических субъектов. Лишь одним из таких субъектов является государство. Политические и экономические установления в этом контексте являются продуктами конкуренции между несколькими «принципалами» на рынке принятия решений. Так, если, по мнению многих современных юристов и депутатов все, что в обществе не нормируется властью, является неупорядоченным, сырым материалом и прозябает до вмешательства Госдумы, то либеральные экономисты утверждают, что все организованное нерыночным образом – малоэффективно и чревато деструктивным эффектом.

На сегодняшний день не существует формулы для расчета оптимального вмешательства государства в экономическую деятельность. Опыт российских реформ подтвердил опасность опоры лишь на механизмы саморегуляции рынка. Административно-командное распределение ресурсов - другая крайность, которую россияне прочувствовали на собственном опыте. В том и другом случае устойчивость системы сохраняется, в том числе и благодаря фактору нарушения законов.

Государственное регулирование выросло отчасти из страха перед кризисами. При этом многие авторы считают, что часто экономический спад можно объяснить лишь организационными «провалами» государства<sup>6</sup>. Экономическая практика выявила так называемые фиаско рынка. Можно процитировать Людвиг Эрхарда (выступление декабря 1945 г по радио перед жителями Германии): «Я не скрываю своей приверженности либеральной концепции экономики, однако существование свободного рыночного хозяйства связано с предпосылками, которые у нас, ввиду дефицита почти во всем, сейчас отсутствуют»<sup>7</sup>.

Декларирование целей защиты интересов работников, пенсионеров, малоимущих само по себе не должно обеспечивать «карт бланш» на принятие экономически неэффективных государственных решений. Следовательно, вменяемые государством правила, — те правила, которые отобраны на политическом рынке, будут реально функционировать в экономике

---

<sup>6</sup> Эггертссон Т. Экономическое поведение и институты. –М.: Дело, 2001. С.343.

<sup>7</sup> Эрхард Л. Полвека размышлений. – М., 1993. С.30.

тогда и только тогда, когда они "покупаются" и на свободном институциональном рынке. Соответственно, из "числа "внедряемых", отобранных политическим рынком правил остаются бытовать только те, которые отбираются свободным институциональным рынком"<sup>8</sup>.

Пример адекватного нормативного подхода – регулирование проблемы внешних эффектов (экстерналий). Речь может идти о «теореме Коуза» и «налогах Пигу». Это тот же категорический императив И.Канта, поскольку речь идет об учете воздействия поведения на других субъектов и предлагается способ решения проблемы – взаимодействие сторон. Нарушитель чужого спокойствия может заранее оговорить размеры платежей, которые устроят потерпевших. Для него определится цена нарушения, цена его свободы в поведении. Важно, что в этой модели нет необходимости прибегать к помощи государственно-правовых учреждений. Не нарушается и чувство справедливости. К сожалению, государство в подобных ситуациях выбирает одно из двух решений: либо запрещение, или предписание определенного поведения. Договор являет более гибкий подход. К сожалению, общественное мнение, правосознание граждан не всегда позволяют реализовать эти модели. В некоторых странах сегодня проходят судебные разбирательства между предпринимателями и местными жителями: предприятие годами платило за загрязнения оговоренную сумму, а сегодня с него пытаются взыскать суммы в порядке возмещения ущерба.

В Мурманской области не придумывают сложных заградительных мер для противодействия норвежским оленям, которые вытаптывают на российской территории растительность. Гораздо проще заключить соглашение о компенсации. Таким же образом налог Пигу устанавливает цену на право загрязнения окружающей среды. Только налог уплачивается государству, а на основании прямого соглашения компенсацию получает потерпевший, которому в рамках публично-правовых отношений редко отводится достойное место.

Право регулирует экономическую жизнь, но может выступать и объектом изучения для экономизма как универсальной парадигмы. Экономический подход к правонарушениям хорошо представлен в работах Г.Беккера. Можно обратиться и к труду П.Вайзе: “Санкция есть назначенные альтернативные издержки совершения неразрешенного действия. В противоположность этому цена есть назначенные альтернативные издержки осуществления разрешенного действия<sup>9</sup>” Действие можно совершить, если уплатить за него требуемую цену. Вайз назвал это «координацией с помощью рынков» в противовес «координации с помощью норм», при которой четко установлен запрет. Экономисты предполагают, что цена установлена из расчета ущерба, причиненного потерпевшему, а, следовательно – в пользу именно потерпевшего. Коррупция вносит свои коррективы - стоимость нарушения правил

---

<sup>8</sup> Тамбовцев В.Л. Экономические институты российского капитализма// Общественные науки и современность, 2000, № 6, с.32-41.

<sup>9</sup> П.Вайзе “Homo economicus и homo sociologicus: монстры социальных наук”.

определяет представитель власти, причем уже к своей выгоде. Когда в Петербурге на время «закрыли» проезд по Троицкому мосту, было очевидно, что де факто машины мост пересекают. Водители говорили: «Раз есть мост, то есть и проезд. Но в настоящее время он платный». Можно привести другой пример граней правосознания из разговора ребенка с папой, который запрещает срывать на озере лилии, поскольку за каждую установлен штраф в 80 рублей: «Папа, а у тебя с собой есть двести сорок рублей?» Если дети рассматривают штраф как стоимость свободы действий, то предприниматели тем более привыкли знать цену норме, в том числе запрету. Сохранение внутренней свободы без оглядки на изменяющиеся нормы – в любом случае достойное изучения (а возможно, подражания) качество автономной личности.

В чем же институциональная роль права в системе социальных регуляторов? Право можно рассматривать по-разному. Например:

#### 1) Право как социальный инструмент:

- критерий оценки и интерпретации поведения, определения цены поступков;
- метод регулирования отношений, нормирования и формирования ожиданий;
- инструмент социального контроля (социальной инженерии в понимании Р.Паунда), надзора, коррекции, «дрессировки», гарантия определенных эффектов.

#### 2) Право как модель социального действия, взаимодействия

- информация о правилах, принятых в социуме в данный момент времени (право не только фиксирует, но и транслирует информацию);
- структурирование и закрепление повседневных взаимодействий в качестве оптимальных, математически (эмпирически) выверенных;
  - информация об альтернативных издержках социального действия;
  - внешний поручитель (гарант) в экономических отношениях;
  - спецификация полномочий собственника, путь снижения транзакционных издержек и повышения стоимости активов;
  - ресурс субъектов, занимающих высокие статусные позиции в системе социальной стратификации;
  - средство и результат согласований, взаимных уступок, социальной интеграции, минимизации конфликтов, разграничения интересов.

#### 3) Право как элемент общественного сознания

- мера свободы и мера должного;
- позитивный пример;
- представление об идеальном (или относительно разумно устроенном) обществе, «право как надежда» в понимании И.Канта;

- воплощение справедливости, коллективный акт признания определенных ценностей, т.е. ценностно-ориентирующая норма.

#### 4)Право как социальная функция

- селективно-избирательный механизм саморегуляции социума, «измеритель и рефлексор» (по Н.Тимашеву) социальной системы;
- средство актуализации возможностей;
- защита общего интереса перед частным (в понимании Р.Иеринга).

#### 5)Право как социальная структура

- относительно автономная подсистема общества, «генерализованное средство коммуникации»<sup>10</sup> с бинарным кодом законное/незаконное;
- внешняя, публичная, объективированная (формализованная) реальность.

Право позволяет формировать ожидания определенного поведения и прогнозировать последствия нарушения нормы.

Даже там, где люди свободны от права, они конструируют сложносочиненные процедуры. Например, «человек играющий» безо всяких практических целей усложняет правила спортивных и карточных игр, соревнований. Преступный мир демонстрирует вершины бюрократической регламентации в процессе нарушения официальных установлений. В деятельности любой риэлтерской фирмы можно увидеть комплексные наработки в отношении оформления документов, согласований, перестраховок.

Именно право «выступает и как основа возвышения личности, и как опора активности, творчества человека, и как его убежище от зла и несправедливости – гарантия свободы и ограждение от бед»<sup>11</sup>.

С нашей точки зрения, сегодня переоцениваются приоритет права в системе социальных регуляторов, роль законодателей в процессе институционализации норм, полномочия государства на распоряжение человеческими судьбами. Наиболее жизнеспособные модели создаются в повседневной жизни самими участниками взаимодействий, ими же корректируются путем подстраивания к социальным изменениям. Принятие долгожданного закона часто обрушивает целую сферу жизнедеятельности, парализует реально работающие механизмы. Установление контроля за процессом издания нормативных актов позволяет последовательно проводить политическую линию и в этом отношении для России это разумный шаг вперед. Но «трудно быть богом», нести бремя такой законодательной власти и сохранять рациональное представление о роли личностей в истории. Депутаты всех уровней приватизируют право на формирование будущего для сегодняшних детей, не говоря уже о пенсионерах.

<sup>10</sup> Посконина О.В. Никлас Луман о политической и юридической подсистемах общества. – Ижевск, 1997.

<sup>11</sup> Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М.: «Статут», 1999. С.665.

Нормы права, угрозы, презумпции не могут работать одинаково в отношении местных жителей и не имеющих социальных связей мигрантов, самых богатых и абсолютно бедных. Для того, чтобы сыграть «сложный психический концерт на разных струнах человеческой... души»<sup>12</sup>, право должно найти подходы к разным представителям общества, к их душе и разуму.

---

<sup>12</sup> Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т.1. СПб., 1910-1911. С.286.