

Материализация права и проблема легитимности*



Беляев М.А.,

кандидат философских наук,
доцент кафедры онтологии и теории познания
Воронежского государственного университета
E-mail: belyaev@phipsy.vsu.ru

***Аннотация.** В статье дается определение процесса материализации права, доказывается, что материализация права обладает свойствами креативности, коммуникативности и амбивалентности в эпистемическом и ценностном отношениях. Обосновано, что легитимность права и легитимность власти в обществе позднего модерна не только не совпадают, но и расходятся вплоть до противостояния, по причине того, что рационализация общества фрагментарна, а принцип национального суверенитета не помогает собирать эти фрагменты воедино. В этом смысле внешняя материализация может оказывать и благотворное влияние на правопорядок в отдельных странах.*

***Ключевые слова:** правовая система, юридикация, эволюция правовой системы, взаимное признание, легитимация, социальный порядок.*

Введение

Социологии М. Вебера фигурируют парные категории — «формальное» и «субстантивное», используемые им для характеристики принимаемых властью решений и — шире — способа господства как такового. Подразумевают они следующее: с одной стороны, *формально* всё то, что калькулируемо, регламентировано и предсказуемо, *субстантивно* то, что лишено этих свойств. С другой стороны, *субстантивно* всё то, что опирается на некую личностную автономию воли, воплощенную и одновременно персонализированную активность, *формальное* же лишено этой опоры. Ввиду некоторых дополнительных (и в контексте юридической науки лишних) философских смыслов, которые несет с собой всякое упоминание о субстанции, считаю оправданным использовать далее термин «материальное» как полноценную оппозицию формальному, тем более, что практика такой замены вполне устоялась в русскоязычном сегменте комментаторов Вебера¹. Надо иметь в виду, что противоположность понятий формального и материального не есть нечто абсолютное: по мнению немецкого социолога, рациональность западных обществ лишь идеально-типически выглядит

как формальная, в действительности же наряду с сугубо внешними, процедурными элементами она знает и нечто «внутреннее», исходящее из духовной жизни человека и никогда не сводимое на чистую форму. Эти внутренние моменты — либо цели, либо ценности, либо личная харизма руководителя, на них может быть основано или фактически основывается политическое господство. Чисто бюрократическая система, в свою очередь, лишена материального содержания, ей не принципиально, каким ценностям служить и какие решения проводить в жизнь, ее главная цель — стабильность и самовоспроизводство. Согласно Веберу, рационализация капиталистического мироустройства и предполагает нарастание в нем формальных элементов, сама же рационализация кажется неизбежной.

В данной статье будет дан ответ на вопрос, естественно возникающий в ходе развития веберовских мыслей. Рационализация не может быть партикулярной (ведь общества не являются взаимно изолированными), она если и наличествует, то как универсальная тенденция. Нормативные системы, вероятно, также подвержены ей. А если верно, что легитимность права в рациональных обществах следует отличать от легитимности власти², то в какой степени данное отличие может быть представлено сквозь призму понятий формального и материального? Или иначе: как влияет

* Публикация подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 16-03-00291.

¹ Глазырин В.А. Определение права в социологии Макса Вебера // Журнал социологии и социальной антропологии. 2005. № 3. С. 59-70.

² Денисенко В.В. Легитимность как характеристика сущности права. Москва: Юрлитинформ, 2014.

материализация права на его легитимацию, если влияет вообще?

Такая постановка проблемы предполагает и соответствующую структуру рассуждения. Вначале следует уточнить понятие материализации применительно к правовой системе, обосновать возможность переноса понятий из политической сферы в правовую, потом нужно показать причины актуальности данной проблемы, затем уже дать ответ на главный вопрос.

Материализация права: пример из практики

Когда мы полагаем, что в право проникает иррациональный (в широком смысле, т.е. не обязательно противоразумный, а всего лишь несводимый к чистой формуле вроде кантовского императива) момент, это, с одной стороны, кажется очевидным, с другой — требует тщательного обоснования. Очевидно это потому, что право и производится, и применяется, и корректируется людьми, а люди себя ведут по-разному, и вовсе не всегда так, как это описано в учебниках по микроэкономике с их образом идеального потребителя. А обоснование здесь нужно в силу того, что иррациональность воспринимается часто как вынужденный отход от идеалов права, главным образом, от принципов формального равенства или определенности. Материальное в этом смысле тождественно неправовому, и в таком качестве оно либо преодолевается, либо остается внутри правового порядка, коль скоро этого требуют соображения справедливости, забота о более слабой стороне правоотношения или иные императивы, тяготеющие к морали по своему содержанию. Так что переход материальности из внешнего, случайного и преходящего в имманентное качество правовых регуляторов не является совсем уж очевидным.

Однако этот переход есть, и тому можно найти достаточное количество примеров. Я рассмотрю здесь лишь один, зато красноречивый: из сферы международного налогового права.

Как известно, крупные транснациональные корпорации (ТНК), пользуясь тем, что архитектура налоговой системы далеко не везде развита должным образом, часто переносят свой бизнес в те страны, где налогообложение прибыли минимально. Регистрация подконтрольных юридических лиц на таких территориях позволяет ТНК сберечь колоссальные денежные суммы. Такое положение дел ничуть не противоречит формальному пониманию правомерности, однако не соответствует интересам тех государств, в которых ТНК действительно ведут свои дела. И с точки зрения сообщества развитых стран, это положение дел неестественно и подлежит

исправлению. Однако одно государство не может вмешаться в сферу налогового суверенитета другого государства, какими бы благими мотивами оно ни руководствовалось. Следовательно, единственным путем вмешательства выступает косвенный путь — через международные сообщества, консультации и рекомендации.

Организация экономического сотрудничества и развития (OECD) в октябре 2015 г. выступила с инициативой, адресованной большинству развивающихся стран: гармонизировать налоговое законодательство в соответствии с международными стандартами³. Этот проект (*Inclusive Framework of the OECD / G20 BEPS initiative*) предполагает разработку согласованной стратегии налогообложения, конечным результатом которой должно стать устранение лагун и пробелов в налоговых нормах, действующих на внутригосударственном уровне. В идеале гармонизация правовых порядков как раз и означает унификацию подходов к налогообложению ТНК, что становится возможным, по мнению вдохновителей проекта, благодаря системному применению минимальных стандартов (их предлагается четыре: документирование ценообразования, недопущение договорных злоупотреблений и т.д.) и распространению лучших практик (например, способов разрешения трансграничных споров), которых всего пятнадцать⁴.

В течение двух последующих годов предложенный комплекс мер интенсивно обсуждался на форумах, конференциях и совещаниях различного уровня, генеральной целью которых было, что очевидно, убедить представителей именно развивающихся стран, что новое регулирование налоговой системы выгодно прежде всего их же бюджету (широко использовались аргументы о росте реальных инвестиций в экономику и т.д.). Многие, принимая эту логику рассуждений, все же опасались, что вводимые стандарты не будут реализованы в силу отсутствия на внутригосударственном уровне подходящих правовых институтов, иные утверждали, что проект сам по себе хорош, но у них в стране нет специалистов нужного уровня и количества для понимания и внедрения новых практик администрирования налогов. Возражений, в общем, было высказано достаточно. Показательно здесь другое — к началу 2018 г. к этим стандартам в той или иной

³ Declaration on Base Erosion and Profit Shifting Adopted on 29 May 2013, <http://www.oecd.org/mcm/C-MIN%282013%2922-FINAL-ENG.pdf> (дата обращения: 01.04.2018).

⁴ G-20 Communique, Los Cabos Summit Leaders' Declaration, № 48 (Jun. 19, 2012), <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2010-0619-loscabos.html> (дата обращения: 01.04.2018).

степени присоединились 193 страны. Они в итоге все же взяли на себя обязательства соблюдать данные правила и рекомендации, сопроводив это мерами по имплементации стандартов OECD в законодательство.

Конечно, пока невозможно нечего определенное говорить об эффективности принятых мер, нужно подождать два-три года, а лучше даже лет пять. Но описанная ситуация и сейчас уже свидетельствует: не стоит представлять право, как систему, дистанцированную от материальной стороны *ratio*, это было бы столь же грубой ошибкой, как и считать принуждение главным и единственным мотивом к правомерному поведению. Интересно тут вот что: границы правомерного и противоправного, как мы видим, меняются отнюдь не в силу внутренних потребностей бюрократии, не под давлением сообщества юристов и даже не благодаря «рефлексивному самоописанию» системы права (Н. Луман). Основной движущей силой выступают интересы международного сообщества, структурированные так, чтобы из чисто экономических их можно было конвертировать в правовые. Не напоминает ли это сентенцию из «Манифеста коммунистической партии» о сути буржуазного права, и не влечет наше усилие проблематизировать такой порядок некое смещение мысли «назад от Вебера к Марксу»? Иными словами, не проще ли воздержаться от противопоставления формального и материального, исходя из того, что любые макроскопические процессы в правовых системах суть не что иное, как перераспределение баланса сил, и чисто формального эволюционного развития просто не существует?

Представляется, что понять обстановку целиком можно, лишь восходя от единичных примеров в область теории, на научном уровне выявляя актуальность поставленной проблемы. Концептуальный уровень от повседневного отличается тем, что новое, закономерно вызывающее внутри привычного, сообщает энергию всей системе мысленных форм, так что действительно важная проблема делает всю область мышления не сходной с тем, какой она была, пока этой проблемы не было. Теория нужна здесь потому, что она превосходит практику, хотя и не во всем, а только в способности «за деревьями видеть лес», т.е. вводить и расширять по мере накопления фактов некую логику целого, дающую в итоге полноценную карту местности. Теория не может сообщать инструкции, в какую сторону следует двигаться по этой местности, и тем ее качество выше, чем более она сторонится подобных «приложений». Они придут потом — и чаще всего своим, естественным путем.

Материализация права: точка зрения науки

Будем воспринимать правопорядок как поле, на котором действуют определенные субъекты (метафора поля, столь любимая, например, П. Бурдье, намекает на бесконечную делимость внутри динамически ведущих себя границ — устойчивых, но склонных к расширению, сужению). Коль скоро они действуют, у них есть воля и интерес — эти два фактора необходимы для воспроизводства деятельности. Воля здесь функционирует как способность удерживать в неизменном виде причинно-следственные цепи, исходящие от субъекта и без него не существующие даже как чистая возможность, а интерес — как способность удерживать вместе причинно-следственные цепи тех событий, которые действующему лицу не принадлежат в волюнтаристском смысле этого слова. В каком-то смысле скорее сам агент принадлежит этим событиям, посредством своей фактичности выступая в них чем-то средним между объектом и атрибутом.

Экономическая теория (в терминах Мизеса — праксеология, т.е. наука о деятельности людей) считает, что и воля, и интерес характеризуют в первую очередь самого агента, только во вторую — его окружение. Предполагается, таким образом, что агент достаточно самостоятелен (а иначе ему нельзя вменить никакую ответственность), что в целом не всегда так, но для простоты не будем отвлекаться на уточнения. Важно иное: рациональность трактуется как состояние, при котором динамика воли и изменение интересов всегда как-то сконфигурированы, одного не бывает без другого. Соответственно, по действиям агента всегда можно восстановить, как менялись указанные факторы, если вообще менялись.

Действия эти, очевидно, могут отражаться и в праве. Оно, как известно, потенциально способно отразить любую конфигурацию субъектов (наверное, именно это обстоятельство приводит к тому, что находятся исследователи, которые утверждают, что у права нет самостоятельной сущности, истории и теории). Вебер объясняет названную способность господством формальных, т.е. абстрактных моментов в праве — процедурности, бюрократизма, документального закрепления принятых решений и т.п. Абстрактность не только стабилизирует правовой порядок, но и делает его нечувствительным к отражаемому содержанию. Полагаю, что веберовская точка зрения не единственна, на самом деле, можно с разных сторон подходить к отражению в предписаниях закона социальных реалий: первичным могут оказаться и язык, точнее, знаковый характер права, и деонтическая

логика, и, безусловно, абстрактность. От того, какую позицию занимает исследователь, зависит, что именно среди множества факторов окажется в его теории на первом месте. Задачи, которые решал Вебер, нам сегодня хорошо известны, но они в каком-то смысле деактуализированы (отчасти благодаря тому, что решены), так что здесь даже более современной была бы мысль Гегеля о начальной стадии развития права, где «... воля уже имеет в самой себе различия между единичностью и всеобщностью и, стало быть, определена. Однако вначале этого различия ее нет, ибо в первом абстрактном единстве еще нет поступательного движения и опосредования: воля, таким образом, пребывает в форме непосредственности, бытия»⁵. Немецкий философ утверждает, что пока право не развивается, его определенности достаточно для совершенно любого содержания, но все это содержание отчуждается от права. Только в развитии право приобретает неотчуждаемое содержание — и это важнейшее для разговора о материализации соображение.

В связи со сказанным я предложил бы такое определение: под материализацией права следует понимать ситуацию, в которой отсутствует формальный повод для изменения сложившегося правопорядка, но в наличии реальный интерес и реальная воля к такому изменению. Коль скоро они есть, действующими лицами предпринимаются какие-либо меры, используются инструменты для реконфигурации пространства приемлемых действий. Это должным образом закрепляется и выступает в дальнейшем как основание принятия новых решений. Именно такую картину являет нам пример, приведенный мной выше: легально существующие налоговые режимы оказываются по ряду причин весьма невыгодными, в связи с чем их требуется изменить. Для этого вводятся в действие инструменты мягкого права (*soft law*), относительно успешно выполняющие поставленную задачу⁶. Мы имеем, таким образом, несколько характерных черт материализации:

1) она предполагает содержательное изменение права путем использования уже имеющихся правовых средств либо введения новых (креативность материализации);

2) в условиях неприкосновенности национального суверенитета она предполагает добровольное принятие субъектами нового порядка отношений, следовательно, широко

эксплуатирует методы убеждения (коммуникативность материализации);

3) она рациональна, но рациональность здесь двойственная: процедуры обоснования выбираемой нормы прозрачны и убедительны, но они не всегда дают возможность видеть конечную цель подобных действий (амбивалентность материализации).

Каждое из этих свойств в свою очередь связано с закономерностью:

— чем выше степень новизны вводимых юридических инструментов, тем более их усвоение зависит не от того, кто их будет в дальнейшем использовать, а от того, кто предлагает такие инструменты к использованию (это чем-то напоминает работу службы поддержки в отношении сложного и дорогого программного обеспечения);

— чем разнообразнее становятся некомандные стимулы исполнять взятые на себя обязательства, тем сильнее инструменты мягкого права начинают в своей безусловности походить на классические правовые средства, сопровождаемые принуждением;

— чем более двойственным с точки зрения рациональности оказывается тот или иной проект по переустройству правового поля, тем выше риски, проистекающие из недостаточного уровня компетентности вновь присоединяющейся стороны.

В таком случае, налицо уже некоторые версии ответа на вопрос, поставленный в начале статьи. Легко обосновать несколько утверждений. Во-первых, в обществах, где политика основана преимущественно на харизматическом или ценностно-рациональном типе господства, юридические новации мыслимы лишь как естественное продолжение (атрибут) первого лица, лидера. Правовая реформа в таких случаях действительно проходит успешнее, если легитимирована персоной (волей) императора, консула и пр. В противном случае она не жизнеспособна: ее либо невозможно начать, либо трудно завершить. Эта реформа вполне конкретна, потому что конкретен сам лидер, потому что он воплощает и завершает собой некий «жизненный цикл» властной системы. Но — это уже во-вторых — персонцентризм хорошо работает в замкнутых системах, таких, где граница с окружающей средой проведена довольно жестко: сначала посредством экономики, затем идеологически (последнее обеспечивает и гомогенность системы). Если базисные разграничения отсутствуют, система открывается навстречу влияниям извне, формальная рациональность в этом случае всегда вытесняет иные типы рациональности. Однако, Вебер не совсем прав, когда вырабатывает аналогичную мысль и ставит точку. В-третьих, и это самое важное,

⁵ Гегель Г.В.Ф. Философия права / Пер. с нем., ред. и сост. Д.А. Керимов, В.С. Нерсесянц. М.: Мысль, 1990. С. 96.

⁶ Beveridge F., Nott S. A Hard Look at Soft Law // Craig P. and Harlow C. (eds.): *Lawmaking in the European Union*. London: Kluwer, 1998.

у всякой социальной гетерогенности есть свой предел, превышая который общество начинает вредить себе как целому, да и своим гражданам. И вот здесь привходящая извне унификация может сослужить весьма позитивную службу, что верно как в отношении форм хозяйствования, так и законодательства. То обстоятельство, что унифицированное право обслуживает определенный интерес, полноценным основанием критики выступать не может: оно ведь и до этого функционировало точно так же. Ведь материализация — это в строгом смысле не отход от формализма, это использование готовых форм для дальнейшего развития. Здесь один субъект вполне может указывать путь другому, задавать для него определенную логику, не нарушая национального суверенитета. Впрочем, это и так достаточно очевидно: границы между государствами не могут препятствовать эволюции права ни в случае чисто формального подхода к праву (равенство и определенность тяготеют к унификации сами по себе, а не потому, что этого кто-то хочет), ни в случае признания права как проводника определенных целей (тут и доказательств не нужно).

Заключение

Подводя итог своим скромным рассуждениям, отмечу следующее. Правовое поле формируется, как было сказано, через волевые усилия и интересы субъектов различного масштаба и влияния. Вследствие этого, не бывает ни одного материального интереса, который по своей сути был бы определенно правовым или определенно неправовым. Все решает в конечном итоге процедура, в ходе которой осуществляется легитимация целей и ценностей, присущих тем, кто способен такую легитимацию инициировать. Строгое расхождение легитимности права и легитимности власти существует именно потому, что рационализация общества хоть и тотальна, но фрагментарна — и принцип национального суверенитета не помогает собрать эти фрагменты воедино. Одно дело, когда законодательство той или иной страны приспособляется к универсальным правовым режимам (или не допускает такого приспособления), а другое — когда международное сообщество нацеливает государства на адаптацию правового порядка. Понятно, почему легитимация права опережает осмысление такого рода событий государственной властью, и почему государство из драйвера реформ может стать

либо обузой, либо в лучшем случае скромным потребителем консультационных услуг всевозможных международных организаций, гораздо лучше понимающих, как надо поступать.

Открытость национального правового порядка как системы к окружающей среде, бытующей в виде многочисленных международных сообществ и ассоциаций, автоматически предполагает более высокий уровень риска при проведении всевозможных правовых реформ, более высокий уровень эпистемической, управленческой и иной ответственности лиц, реализующих эти реформы, но именно за счет этого достигается еще большая открытость национального права к внешним силам, материализующим его. Можно предположить, что к моделям «легитимность из суверенитета» и «легитимность наряду с суверенитетом» со временем добавится «легитимность против суверенитета», это будет, в частности, означать дальнейшее развитие надгосударственного права, в котором также присутствуют неотчуждаемые формальные качества и некий неустранимый материальный остаток, выходящий волею случая на первый план. Соответственно, государства будут вырабатывать в своем законодательстве все больше и больше «фильтров», не пропускающих в правовой порядок избыточное влияние извне, и в ближайшее время мы станем свидетелями борьбы систем, которая в итоге обязательно сменится состоянием динамического равновесия. В ходе этих процессов, очевидно, право обзаведется новыми понятиями и режимами, так что тема его материализации со временем только прибавит в своей злободневности.

Список литературы

1. Гегель Г.В.Ф. *Философия права* / Пер. с нем., ред. и сост. Д.А. Керимов, В.С. Нерсесянц, М.: Мысль, 1990.
2. Глазырин В.А. *Определение права в социологии Макса Вебера* // Журнал социологии и социальной антропологии. 2005. № 3. С. 59-70.
3. Денисенко В.В. *Легитимность как характеристика сущности права*. М.: Юрлитинформ, 2014.
4. Beveridge F., Nott S. *A Hard Look at Soft Law* // Craig P. and Harlow C. (eds.): *Lawmaking in the European Union*. London: Kluwer, 1998.
5. Declaration on Base Erosion and Profit Shifting Adopted on 29 May 2013, <http://www.oecd.org/mcm/C-MIN%282013%2922-FINAL-ENG.pdf>.
6. G-20 Communique, Los Cabos Summit Leaders' Declaration, № 48 (Jun. 19, 2012), <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2010-0619-loscabos.html>.

The Materialization of Law and the Problem of Legitimacy

Belyaev M. A.,

PhD in Philosophy,

Associate Professor, Voronezh State University,

Department of Ontology and Theory of Knowledge

E-mail: belyaev@phipsy.vsu.ru

Abstract. *The article gives the definition of the process of materialization of law; the author proves that the materialization of law is creative, communicative and ambivalent in epistemic and axiological senses. It is justified that the legitimacy of the law and the legitimacy of power in the late modern society not only do not coincide, but also diverge until confrontation, because the rationalization of society is fragmentary, and the national sovereignty does not help to gather these fragments together. In this sense, external materialization can have a constructive effect on the legal order in some countries.*

Keywords: *legal system, juridification, evolution of the legal system, mutual recognition, legitimation, social order.*

References

1. Gegel G.V.F. *Filosofiya prava / Per. s nem., red. i sost. D.A. Kerimov, V.S. Nersesyants.* M.: Mysl, 1990.
2. Glazyrin V.A. *Opredelenie prava v sotsiologii Maksa Vebera // Zhurnal sotsiologii i sotsialnoj antropologii.* 2005. № 3. S. 59-70.
3. Denisenko V.V. *Legitimnost kak kharakteristika suschnosti prava.* M.: Yurlitinform, 2014.
4. Beveridge F., Nott S. *A Hard Look at Soft Law // Craig P. and Harlow C. (eds.): Lawmaking in the European Union.* London: Kluwer, 1998.
5. *Declaration on Base Erosion and Profit Shifting Adopted on 29 May 2013,* <http://www.oecd.org/mcm/C-MIN%282013%2922-FINAL-ENG.pdf>.
6. *G-20 Communique, Los Cabos Summit Leaders' Declaration, № 48 (Jun. 19, 2012),* <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2010-0619-loscabos.html>.