

## ПРОБЛЕМЫ ГАРМОНИЗАЦИИ ПОЗИТИВНОГО И СОЦИАЛЬНОГО (ПРЕДПОЗИТИВНОГО) ЧАСТНОГО ПРАВА

**Аннотация.** Позитивное право, согласно материалистической теории права, способно выступать в качестве действительного права не в любом акте проявления правотворческой воли, а лишь там и постольку, где и поскольку оно соответствует всеобщим принципам объективного права: взаимосвязи, равенства, эквивалентности, свободы воли. Эти принципы в своей совокупности образуют сущность правовой формы исторически первого экономического отношения обмена и всех современных производственных, распределительных и потребительных экономических отношений.

Современное право, как и право на всех предшествующих ему стадиях исторического развития, является действительным при том неременном условии, что оно обладает всеми сущностными признаками правовой формы экономических отношений. В противном случае позитивное частное право представляет собой превращенную форму права. Общество, его члены отказываются выполнять всякий закон, представляющий собой превращенную форму права, препятствующую им удовлетворять свои интересы, и создают новые правовые нормы.

Нормы права, созданные обществом, образуют предпозитивное право — совокупность норм действительного частного права, формируемых в целях восполнения пробелов действующего законодательства и реализуемых в конкретных правоотношениях до момента закрепления этих норм позитивным правом. Чтобы всемерно демократизировать законодательный процесс и ускорить перевод норм предпозитивного права в позитивное, по нашему мнению, необходимо значительно расширить институты непосредственной демократии, создать надлежащие условия для того, чтобы сам народ определял свой строй, правопорядок и пути дальнейшего развития гражданского общества и построения правового государства.

**Ключевые слова:** позитивное право, объективное право, взаимозависимость, равенство, эквивалентность, свобода воли, действительное право, превращенная форма права, предпозитивное право, непосредственная народная демократия.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2017.128.7.009-029**

Согласно позитивистской доктрине и основанной на ней правотворческой и правоприменительной практике развитие и совершенствование права идет преимущественно за счет законодательства, принимаемого органами го-

сударства или с их санкции иными органами и организациями. При этом требуется от граждан и иных заинтересованных лиц неукоснительное исполнение и соблюдение действующих норм, в том числе и норм, явно устаревших,

© Сырых В. М., 2017

\* Сырых Владимир Михайлович, доктор юридических наук, профессор, заведующий отделом теории и истории права и судебной власти Российского государственного университета правосудия, заслуженный деятель науки РФ

svm27@mail.ru

114418, Россия, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69

не соответствующих содержанию регулируемых ими отношений. Как полагает Г. В. Мальцев, «откровенно ошибочные, грубо несправедливые и политически нецелесообразные нормы могут прекратить свое существование не иначе, как утратив свою действительность в результате официальной отмены. До этого момента никто не может отказаться от подчинения действительной норме, ссылаясь на ее ошибочность, несправедливость, аморальность и нецелесообразность»<sup>1</sup>.

Подобное понимание процессов развития и действия норм позитивного права не соответствует действительности как минимум в двух отношениях. Во-первых, далеко не все действующие позитивные нормы содержат в себе действительное право, определенная их часть выражает лишь субъективную волю правотворческого органа, правотворческий произвол. Во-вторых, действительное право создает не только государство, но и общество по своему усмотрению и независимо от какой-либо официальной санкции.

## НЕ ВСЕ ТО ПРАВО, ЧТО ДЕЙСТВУЕТ

Еще со времен идеологов естественного права XVII—XVIII вв. известно, что в волеустановленном праве вследствие субъективизма законодателя может содержаться не только право, но и произвол. Однако сторонникам данной доктрины по настоящее время не удается найти критерий, позволяющий бесспорно показать, какие из действующих норм права представляют собой действительное право, а какие — произвол, поскольку этот критерий они ищут не в реальной жизни, а пытаются вывести из высшего, божественного либо собственного разума.

Критерием, позволяющим достоверно отличить позитивное действительное право от законодательного произвола, выступает *объективное право*. В этом качестве предстает *правовая форма* экономических отношений производства, распределения, обмена и потребления материальных благ. Обоснование объективного права, его принципов дается в «Экономических рукописях» К. Маркса на примере обмена как исторически первого экономиче-

ского отношения, в которые вынуждены были вступать частные собственники, желающие удовлетворить свои потребности на чисто правовых началах, посредством вступления в конкретное правоотношение.

Согласно К. Марксу обмен есть «экономическое определение», в котором индивиды находятся друг с другом в отношении общения, зависят друг от друга. Суть же формы этого общения состоит в том, что «субъекты отношения, обменивающиеся, выступающие в одном и том же определении; предметы их обмена, меновые стоимости, эквиваленты, которые не только равны, но и категорически должны быть равны; наконец, сам акт обмена, опосредствование, в силу которого субъекты как раз и выступают как обменивающиеся, как равные, а их объекты — как эквиваленты, как равные»<sup>2</sup>.

Таким образом, форма предусматривает четыре обязательных всеобщих условия (требования), при которых обмен может соответствовать своему содержанию как общественному распределительному отношению:

- 1) взаимозависимость;
- 2) равенство собственников обмениваемого товара;
- 3) эквивалентность обмена;
- 4) свобода воли участников обмена, их согласованное решение на обмен товарами, выраженное в договоре.

Характерно, что последнее условие логически вытекает из предшествующих. Заключение договора возможно только между владельцами товаров, которые, будучи свободными и независимыми друг от друга, выражают свою свободную волю также и в договоре.

Взаимозависимость участников обмена определяется содержанием обмена, в котором каждый участник, реализуя свою цель, вынужден обслуживать другого, выступает средством достижения его цели. Обмен может завершиться позитивными результатами только при условии, что каждый из его участников добросовестным образом выполнит свои обязательства в пользу другого. Поэтому, резюмирует К. Маркс, «взаимозависимость есть необходимый факт, предполагаемый в качестве естественного условия обмена, но она, как таковая, безразлична для обоих субъектов обмена»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Мальцев Г. В. Социальные основания права. М., 2007. С. 605.

<sup>2</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 46. Ч. 1. С. 188.

<sup>3</sup> Указ. соч. С. 190.

Требование равенства участников обмена проявляется в двух аспектах: как равенство собственников обмениваемых продуктов и как их равноправное положение в данном договоре.

Участники обмена равны прежде всего в праве собственности, поскольку в основе их взаимных имущественных притязаний лежит основной принцип права — будь лицом и уважай права других лиц. В соответствии с изложенным принципом каждый участник обмена имеет определенный набор правовых притязаний и юридических обязанностей. Каждый участник обмена притязает на предмет, принадлежащий другому лицу. Одновременно они видят друг в друге собственника и уважают его право собственности.

Необходимым компонентом формы обмена является и требование эквивалентности обмениваемых товаров.

Каждый участник обмена вступает в отношение потому, что надеется приобрести нечто более значимое, нежели отчужденная собственность. Аналогичным образом мотивирует свое решение вступить в обмен и другой его участник. Поэтому обмен состоится при том непременно условии, что участники обмена уверены в том, что в ходе подобной акции они не только ничего не потеряют, но и нечто приобретут, т.е. уверены в эквивалентности, равноценности обмененных товаров. Понятно, что понятие эквивалентности обмена может носить сугубо субъективный характер, например, американские индейцы ни на йоту не сомневались в эквивалентности обмена золота на железный гвоздь, небольшое зеркало или железный топор, и тем не менее без убежденности каждого участника в том, что обмен является эквивалентным, правоотношение состояться не может.

Из равенства субъектов обмена и эквивалентности обмениваемых товаров логически вытекает и четвертый признак формы обмена — свобода воли, выраженная в договоре. Договор позволял закрепить соглашение как волевой акт, осуществленный в соответствии с экономическим содержанием и юридической формой обмена, представить этот акт как одно из конкретных проявлений экономической, предметно-практической деятельности общества. Договор был призван решить как минимум три задачи. Во-первых, зафиксировать действительную волю участников на совершение обмена, во-вторых, засвидетельствовать эквивалентный характер объектов обмена и, в-третьих, служить свидетельством действи-

тельности, достоверности совершенной сделки и тем самым придать возникшему отношению устойчивый, стабильный характер.

Каждый участник обмена вступил в правоотношение по своей доброй воле, понуждаемый лишь личной потребностью в обмениваемом товаре и желанием приобрести необходимый для себя продукт. Договор обмена как раз и выступает юридическим фактом, свидетельствующим о том, что между участниками обмена достигнуто полное единодушие по всем существенным вопросам сделки, конкретизированы предметы, подлежащие обмену, определены время и место обмена, порядок передачи обмениваемых товаров.

Особое значение в договоре уделялось признанию участников в том, что обмениваемые товары, по их мнению, являются действительно эквивалентными. Без достижения консенсуса по этому существенному вопросу обмен не мог состояться. Конечно, процесс достижения согласия не всегда проходил гладко, требовал длительных обсуждений достоинств и недостатков обмениваемых товаров, в этом процессе решающую роль могли играть не столько достоинства товара, сколько личностные способности собственника товара, умевшего навязать свою волю другому участнику.

Признанием товаров эквивалентными участники не только устраняли последнее препятствие на пути к обмену товарами, но и придавали этому акту устойчивый, необратимый характер. Заключенный договор исключал возможность возврата к прежнему состоянию и, самое главное, гарантировал право собственника на приобретенный в обмене товар от каких-либо посягательств со стороны бывшего собственника и других лиц.

Изложенная характеристика формы обмена закрепляет правовые способы согласования, взаимопогашения противоречивых интересов субъектов обмена и представляет собой не что иное, как непосредственное (предпозитивное) право. Благодаря правовой форме экономическое содержание получило некоторое движение, выразившееся в удовлетворении потребностей участников обмена, овладении ими предметами, обладающими различной потребительной стоимостью и в силу этого признаваемыми участниками обмена жизненно необходимыми. Будучи особым способом взаимосвязи субъектов, форма обмена содержит набор строго определенных требований, принципов, соблюдение которых является един-

ственно возможным условием соответствия единичного акта обмена его экономическому содержанию. Именно эти требования взаимозависимости, равенства, свободы, эквивалентности и договора в своей совокупности образуют непосредственное право, которому могут и должны следовать участники обмена.

Право, таким образом, возникает отнюдь не тогда, когда законодатель издаст свой закон, а одновременно с самим экономическим отношением в качестве его формы. Как образно заметил Г. Дернбург, «жизненные отношения несут свою меру и свой порядок в самих себе»<sup>4</sup>. Обмен, как и игра, должен идти по правилам. Если эти права соблюдены, то сделка соответствует своему экономическому содержанию и представляет собой действительный обмен. В противном случае совершенное деяние может быть чем угодно, но только не обменом. Но каким образом лица, совершившие первые акты обмена, могли узнать, что им следует делать, чтобы достичь поставленных целей? Ни обычаев, ни тем более законов нет. В этой ситуации действительным регулятором могла быть только обусловленная содержанием обмена его форма, требующая строго определенного поведения. И в этой своей общеобязательной определенности форма обмена выступает также и как объективное, независимое от воли его участников право.

Если мы признаем, что экономические отношения являются объективными, действуют помимо воли и сознания людей, то это означает, что данное свойство в равной мере присуще всем их компонентам, в том числе и их содержанию, и форме. Этот вывод применительно к форме обмена и всем составляющим ее правовым требованиям представляется самоочевидным. Требования равенства, свободы, взаимозависимости, эквивалентности, представляют собой не только правовую основу отношений обмена, но и базис современного частного права в целом, в чем можно легко убедиться, открыв любой гражданский кодекс, закрепленные им принципы гражданского права.

То, что было исторически первым, то должно быть в той или иной степени сохранено и в современном состоянии. Современное право, как и все предшествующие ему стадии исторического развития, является правом, потому что оно обладает теми же сущностными признака-

ми, которые составили сущность исторически первой формы права, проявившиеся в исторически первом экономическом отношении обмена. Столь же объективной и независимой от воли действующих субъектов предстает форма современных экономических отношений производства, распределения, потребления и обмена.

Объективное право имеет собственное содержание, состоящее из правовых требований относительно:

- 1) состава субъектов правоотношения;
- 2) условий, которыми должны обладать эти субъекты;
- 3) оптимальной совокупности прав и обязанностей субъектов, способной обеспечить надлежащее проявление, развитие экономического содержания;
- 4) формы выражения свободы воли, согласие на вступление в соответствующее правоотношение, данное в форме соглашения или договора.

Однако все эти компоненты и их непосредственное содержание напрямую обусловлены содержанием соответствующего экономического отношения.

Персонализация субъектов является первым необходимым условием возникновения и развития экономического отношения. Поскольку каждое экономическое содержание направлено на удовлетворение конкретных потребностей индивидуумов и их коллективных образований, то и носители этих потребностей объективно и независимо от собственного желания вступают в соответствующие отношения. Рабочий и капиталист, промышленный капиталист и банковский капиталист, землевладелец и арендатор выступают субъектами строго определенных производственных отношений потому, что экономические условия их наличного бытия таковы, что иным способом обеспечить свое существование, удовлетворить свою потребность в материальных благах они не могут.

Возможность же индивидуума выступать в качестве субъекта того или иного экономического отношения определяется не только и не столько его желанием, сколько экономическими условиями его наличного бытия. Совокупность этих условий в каждом конкретном случае определяется содержанием экономического отношения. Для того чтобы индивидуум мог

<sup>4</sup> Цит. по: Кленнер Г. От правовой природы к природе права. М., 1988. С. 229.

выступать в роли рабочего по найму, он должен быть отделен от средств производства, тогда как другой субъект этого отношения, наоборот, должен обладать этими средствами и, в свою очередь, испытывать острую потребность в рабочей силе. Для ссудного капитала необходимы индивидуумы, обладающие иными экономическими условиями: чтобы правоотношение возникло, требуется наличие свободной денежной массы у его владельца и острая потребность в денежных ресурсах промышленного капиталиста и т.д. Содержание отношения объективно не может не диктовать условий, которым должны удовлетворять его участники, поскольку содержание правоотношения может быть реализовано не в абстрактной всеобщности, а только при строго определенной совокупности экономических, конкретно-исторических условий, и эти условия должны быть реально выполнены его участниками до вступления в правоотношения и в процессе его развития.

Чтобы обеспечить надлежащую реализацию содержания соответствующего экономического отношения, его участники не только должны действовать в определенных условиях, но и выработать вариант взаимосвязи, взаимозависимости, обеспечивающий реальное и эффективное действие этого отношения и максимально возможное удовлетворение материальных потребностей его участников. В связи с тем, что в условиях капиталистического способа производства производственные отношения в той или иной степени включают в себя элемент эксплуатации, проблема установления той меры, которая могла бы в равной мере удовлетворить потребности обеих сторон, представляется достаточно сложной и трудно решаемой. Тем не менее такая мера имеется объективно, она определяется законами, лежащими в основе соответствующего экономического отношения и постепенно приближается к оптимуму в действующем законодательстве благодаря борьбе той стороны правоотношения, чьи права в действующем законодательстве оказываются урезанными и не соответствующими действительно содержанию экономического отношения. Определение меры согласования противоречивых интересов участников экономических отношений в настоящее время обеспечивается благодаря достижениям экономической и юридической наук, способных как выявить экономические законы, так и перевести, санкционировать их в системе действующего законодательства.

Наконец, юридическая форма экономического отношения содержит и требования к форме выражения воли его участников на вступление в правоотношение. Коль скоро свободная воля является необходимым условием для вступления в правоотношение, реальность выражения этой воли закрепляется в договоре, который объективируется в устной или письменной форме. Необходимость объективации договора обуславливается не столько потребностями истории права, сколько потребностями практики придать ему необратимый характер и возможность подтвердить его действительность в случае отказа обязанной стороны от исполнения взятых ею на себя обязательств.

Таким образом, юридическая форма экономического отношения не предстает как нечто аморфное и бессодержательное, а представляет собой строго определенную совокупность требований, объективно обусловленных содержанием этого отношения. Юридическая форма включает в себя все необходимые требования, которым должно соответствовать каждое конкретное правоотношение, возникающее по воле его участников и направленное на удовлетворение их материальных потребностей, и в своей основе образует объективное право. Ответ на вопрос о том, какими могут быть и должны быть права и обязанности участников этих отношений, можно дать, лишь зная закономерности, присущие содержанию экономического отношения. Именно по этой причине К. Маркс вынужден был оставить свои занятия юриспруденцией и свой творческий потенциал всецело сосредоточить на исследовании закономерностей буржуазных экономических отношений.

Всестороннее и полное познание современного объективного права как основы и критерия действительности позитивного права составляет непосредственную задачу отраслевых наук гражданского права, трудового права и семейного права. Однако в отсутствие системных исследований объективной основы современного частного права проблема вычленения подлинного права от его превращенной формы не снимается с повестки дня, поскольку достаточно успешно решается с опорой на всеобщие сущностные принципы права.

Во всех случаях, когда позитивное частное право не соответствует своей объективной основе, принципам объективного права, оно представляет собой превращенную форму права. Нормативные предписания являются пра-

вовыми лишь по своей форме, источнику принятия, тогда как по своему непосредственному содержанию они представляют собой выражение произвольной субъективной правотворческой воли. Законодатель, иной правотворческий орган, формируя свою правотворческую волю в сфере частного права, не согласовывает ее с принципами объективного права, тогда как такое согласование является необходимым.

Волюнтаризм же может проявляться в лоббировании части проектируемых норм права: гипотезе, диспозиции или санкции. Чаще всего урезаются права одних социальных слоев в пользу других или общества в целом, как это имело место в России в XIX в., сохранявшей крепостное право, которым освящалось право помещиков на эксплуатацию крепостных крестьян и устанавливалась обязанность последних бесплатно трудиться на благо своих хозяев, церковь и царя-батюшку. Бесправное положение крестьян настолько глубоко вошло в быт и сознание помещиков, что даже отмена крепостного права ими не мыслилась иначе, как посредством выкупа крестьянами земельных наделов и сохранения телесных наказаний крестьян вплоть до начала XX в. Советское государство также не особенно церемонилось со своими хозяевами — трудящимися массами, принимало акты, грубо нарушающие их элементарные экономические права и свободы, в том числе провело раскулачивание, насильно согнало крестьянство в колхозы, лишило их права самостоятельного распределения полученных доходов, словом, ввело крепостное право на новых, «социалистических» началах<sup>5</sup>. Доставалось и пролетариату как гегемону революции, которого советская власть не спешила обеспечивать нормальными жилищными условиями, достойной заработной платой, а перед началом Великой Отечественной войны и вовсе лишила права на свободный выбор труда, прочно закрепив каждого трудящегося на его рабочем месте.

Превращенная форма позитивного права широко использовалась в Российской Федерации в качестве инструмента легализации процессов разгосударствления и приватизации,

закрепления права частной собственности, обеспечения экономической свободы участникам общественного производства. «Сегодня понятно, — пишут по этому поводу А. И. Селиванов, А. Г. Хабибулин, С. М. Шахрай, — что многие законы и подзаконные акты формировались как результат открытого или скрытого лоббирования со стороны отдельных персон, групп или корпораций, региональных элит. При этом интересы Российского государства в целом как некоторой территориально-исторической целостности фактически были отодвинуты на задний план»<sup>6</sup>. Результаты такого законодательного волюнтаризма оказались самыми плачевными, ни государство, ни трудовые коллективы не были защищены от легализованного разворовывания государственных средств относительно небольшой группой людей, временно оказавшихся у власти. В результате «слабая юридическая защита прав собственности участников приватизационного процесса привела к передаче государственных активов узкой группе лиц, целью которой было не достижение конкурентоспособности экономики, а эксплуатация национального богатства страны в интересах скорейшего личного обогащения»<sup>7</sup>.

Превращенная форма позитивного права сохраняет свое действие в российском законодательстве и по настоящее время в виде норм, самым грубейшим образом нарушающих принцип равенства субъектов частного права, свободы их воли, эквивалентности правоотношений, возложения обязанностей, которые значительная часть населения выполнить не в состоянии. В прессе и юридической литературе нормативные предписания, представляющие собой превращенную форму позитивного права, подвергаются обстоятельной и аргументированной критике. Так, в числе таких норм обоснованно называются «непомерно высокие ставки налогов, которые разоряют предприятия, высокая оплата жилищно-коммунальных услуг при их крайне низком качестве, недопустимо маленькая заработная плата работников систем здравоохранения и образования при их напряженном и ответственном труде и т.д.»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Тилле А. Советский социалистический феодализм 1917—1990. М., 2005.

<sup>6</sup> Селиванов А. И., Хабибулин А. Г., Шахрай С. М. Государство и экономика современной России: реальность и перспективы (политико-правовой анализ). М., 2006. С. 108.

<sup>7</sup> Селиванов А. И., Хабибулин А. Г., Шахрай С. М. Указ. соч. С. 104.

<sup>8</sup> Толстик В. А., Трусов Н. А. Борьба за содержание права. Н. Новгород, 2008. С. 170.

Превращенная форма позитивного права, как и всякий произвол, неизбежно порождает негативные социально-правовые последствия для лиц, нарушение прав которых легализуется законом, и создает благоприятные условия для других, права которых неоправданно расширяются. Лица, лишённые действующими законами надлежащих материальных средств, в борьбе за выживание чаще всего интенсивно ищут возможные пути обхода превращенных форм права, становятся на путь правонарушений. Так, «субъекты хозяйственной деятельности вынуждены уклоняться от уплаты налогов, жильцы квартир проводят тайные розетки в обход счетчиков, образование “заболело тяжёлым недугом” взяточничества. Получается, что нарушение нормативных предписаний государства влечет юридическую ответственность, а их должное исполнение — негативный социальный эффект»<sup>9</sup>.

Правовая наука и правотворческая практика разработали и успешно культивируют ряд действенных средств, институтов, способных создать надежный заслон проявлению субъективной воли законотворческого органа в принимаемых им нормативных решениях. Это:

- 1) всеобщие, равные выборы при тайном голосовании депутатов законодательного органа, призванные избрать в законодательный орган самых достойных, самых профессиональных представителей народа;
- 2) право депутата законодательного органа принимать самое активное участие в законотворческой деятельности, вносить в порядке законодательной инициативы от своего имени законопроекты, принимать участие в обсуждении других;
- 3) апробация законопроекта с участием профессиональных экспертов, заинтересованных органов государства и даже с участием населения;
- 4) демократичный порядок обсуждения законопроектов на пленарных заседаниях законодательного органа;
- 5) непосредственное участие депутата в голосовании по итогам обсуждения законопроекта и др.

Если названные институты законотворческого процесса действуют недостаточно эффективно и законодатель по-прежнему сохраняет свою вредную привычку, значит, источник

его деструктивной деятельности нужно искать за пределами законотворческого органа. Как и всякая сложная политико-правовая деятельность, законотворчество протекает под влиянием многообразных, различных социальных и правовых факторов, которые в определенных конкретно-исторических условиях способны оказывать непосредственное и интенсивное влияние на процессы законотворчества и его результаты. В числе факторов, способствующих сохранению превращенной формы в системе действующего позитивного права, наряду с заблуждением, могут быть умысел, состояние политической борьбы в стране, отсутствие институтов, обеспечивающих активное участие граждан в законотворческом процессе, недостаточно высокий уровень развития правовой науки, игнорирование достижений правовой науки в законопроекте, кризисное положение в экономике.

Следовательно, одна из актуальных задач российской правовой науки состоит в том, чтобы от верной констатации недостаточно высокого качества действующих законов перейти к комплексному анализу фактов, обеспечивающих стабильность производства превращенной формы позитивного права Государственной Думой и законодательными органами субъектов РФ, и поиску путей и средств, способных преломить подобную негативную практику законодательства, значительно повысить качество и эффективность системы российского права в целом. Одним из таких действенных направлений является гармонизация позитивного права, принимаемого государством, и социального (предпозитивного) права, формируемого населением.

### **СОЦИАЛЬНОЕ (ПРЕДПОЗИТИВНОЕ) ПРАВО КАК ДЕЙСТВИТЕЛЬНОЕ ПРАВО**

Ведущий тезис позитивистской доктрины о необходимости неукоснительного исполнения всех норм права, в том числе и устаревших, порождающих негативный социальный эффект, практически солидаризируется с правовым формализмом юристов Древнего Рима, допуская возможность гибели мира во имя торжества закона. Однако этот тезис на практике не действует. Общество отказывается вы-

<sup>9</sup> Толстик В. А., Трусов Н. А. Указ. соч. С. 170.

полнять всякий закон в сфере частного права, порождающий негативные последствия для граждан и иных заинтересованных лиц, оно создает собственные правовые нормы, предпозитивное право.

Предпозитивное частное право представляет собой особую форму права, в которой конкретизируется и объективируется самостоятельная познавательная и правотворческая деятельность гражданского общества без участия государства. В современных условиях, как и на заре истории цивилизации, общество легально либо самоуправно ведет интенсивную правотворческую деятельность, желая создать такую систему нормативных установлений, которая обеспечивала бы удовлетворение потребностей и интересов населения более действенными путями, способами по сравнению с позитивным правом. Никто не станет дополнять позитивное право, которое удовлетворяет интересам большинства членов общества и обеспечивает неукоснительную реализацию закрепленных им прав и свобод в конкретных отношениях. Исключение составляет лишь теневое право, которое при любой, самой совершенной правовой системе формируется с явно антисоциальными целями, направленными на завладение преступными сообществами материальными благами преступным путем.

В то же время было бы неверно полагать, что нормы, принимаемые населением в целях достижения социально полезных результатов, все, без какого-либо исключения представляют собой действительную форму объективного права и достойны со временем перейти на уровень будущего позитивного права. Скорее, наоборот, значительная часть этих норм складывается спонтанно, под влиянием сиюминутных ситуаций, интересов и потребностей не на эквивалентной основе, либо закрепляет неравенство участников правоотношений, либо предусматривает достижение целей, противных закону или нравственности. И тем не менее только в этой среде, в массиве недостаточно совершенных социальных норм, могут зародиться те нормы частного права, которые верно отражают требования объективного права и представляют собой его действительную форму.

Подобно тому, как наличие массового спорта в стране является залогом появления элиты, способной побеждать на международных соревнованиях самого высокого ранга, так и возможность населения осуществлять право-

творческую деятельность, самостоятельно творить право представляет собой необходимое условие формирования всех тех норм, которые соответствуют содержанию экономических отношений, способствуют их дальнейшему развитию и совершенствованию позитивного права. Без массы норм, создаваемых обществом легально или нелегально и позволяющих выработать оптимальную форму объективного права, его переход на уровень позитивного права был бы во многом затруднен или даже невозможен.

Неофициальные правовые системы формируются и действуют на всех уровнях гражданского общества: семьи, юридических лиц и иных хозяйствующих субъектов, компонентов политической системы, отдельных социальных групп, классов, народов, вступая в противоречие с позитивным правом. При этом субъекты конкретных отношений могут предпочитать созданные им нормы нормам позитивного права, несмотря на государственную охрану последних и реальную возможность быть привлеченными к юридической ответственности. В этих условиях уверения представителей позитивистской теории о том, что только позитивное право является действительным, тогда как остальные социальные нормы имеют лишь вспомогательное, подчиненное значение, являются столь же далекими от реальной жизни, как и обосновываемое ими понимание права.

Общественное, социальное право, которое нами понимается как предпозитивное право, характеризуется следующими чертами: во-первых, оно представляет собой форму реализации вновь возникающих экономических отношений либо новую форму существующих экономических отношений; во-вторых, удовлетворяет всеобщим требованиям, принципам объективного права и, наконец, в-третьих, имеет своим творцом, источником гражданское общество, а не государство, его органы законодательной или исполнительной власти. Кроме того, предпозитивное право характеризуется тем, что оно является известным и признаваемым обществом, его отдельными социальными группами или индивидами в качестве права и реализуется ими в конкретных правоотношениях.

Предпозитивное частное право не может появиться ранее того момента, как разовьются производительные силы, требующие дальнейшего совершенствования, модификации существующих экономических отношений. Экономическая наука способна предвидеть пути

развития производительных сил общества и адекватной им формы экономических отношений. Но все это остается лишь абстрактным мыслительным материалом, на уровне теории или прогноза. Переход от абстрактного мышления к правотворческой практике способен состояться при одновременном наличии объективного и субъективного условий. Объективное условие сводится к достижению производительными силами общества прогнозируемого уровня в их развитии, а субъективное — к последующему осознанию субъектами частного права возможности удовлетворять свои интересы более доступным для них способом по сравнению с действующим позитивным правом.

Предпозитивное право, инициируемое обществом, не способно идти впереди наличных производительных сил, поскольку индивид или общество в целом действуют в сфере практической деятельности, где меры по модернизации, совершенствованию экономических отношений предпринимаются в той мере, в какой они оказываются обеспеченными надлежащими материальными благами, существующими реально. Отсутствие таковых делает невозможным и какие-либо отношения, связанные с их распределением и потреблением, равно как и переходом материальных благ от одного владельца к другому.

Так, исторически первичное правоотношение в форме обмена возникло лишь с появлением частной собственности и возникновением потребностей индивидов в отсутствующих у них материальных благах. Возникновению буржуазных производственных отношений также предшествовали развившиеся производительные силы в виде собственника средств производства и работника — владельца рабочей силы, но не имеющего средств производства. В любом случае поиск индивидами новых экономических отношений, позволяющих наилучшим образом удовлетворять потребности личности или общества в целом, начинается не ранее, чем созреют для этой акции все необходимые экономические и иные социальные условия, а размышляющий субъект не будет уверен в том, что найденный им способ общения с другими участниками экономических отношений является реальным и способен принести ему дополнительную материальную или иную выгоду.

Успех первого правоотношения, хотя и не приносит его участникам лавры первооткрывателей, но становится достоянием других лиц, желающих получить нечто большее по сравнению с тем, что они получают, вступая в традиционные, освященные позитивным правом отношения. Исключение становится правилом, хотя и не получившим пока государственной санкции.

Государство также не способно осуществить переход от существующих экономических отношений к более высоким экономическим отношениям, дающим дополнительные возможности в обеспечении всех слоев населения материальными благами, без интенсивного развития производительных сил общества. В отдельных случаях экономические отношения, насильственно культивируемые государством при отсутствии нужного уровня в развитии производительных сил общества, как это показал опыт советского общества, могут приводить к некоторым позитивным результатам, но в конечном итоге после нерациональных материальных затрат и человеческих усилий терпят крах.

Невозможно упрочить и развить экономические отношения, не обеспеченные надлежащими материальными благами и соответствующим культурным уровнем населения, но можно и нужно делать основной акцент на развитие производительных сил посредством проведения соответствующей последовательной и целенаправленной политики государства и общества. Возражая Н. Суханову и вождям II Интернационала, полагавшим, что Россия не достигла той высоты развития, при которой возможен социализм, В. И. Ленин отмечал, что российскому пролетариату, взявшему государственную власть в свои руки, действительно, «не хватает цивилизации для того, чтобы перейти непосредственно к социализму». Однако пролетариат затем и взял политическую власть в свои руки, чтобы облегчить пересадку «с лошади крестьянской, мужицкой, обнищавшей» на лошадь «крупной машинной индустрии, электрификации»<sup>10</sup>.

Как видим, В. И. Ленин задачу пролетарского государства видел в развитии производительных сил общества, а не в искусственном культивировании не характерных для общества экономических отношений. Более того,

<sup>10</sup> Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 45. С. 404—405.

он был категорически против внедрения социалистических производственных отношений в деревне, даже мысль о распространении идей коммунизма среди крестьянства находил вредной<sup>11</sup> в связи с отсутствием на селе надлежащей материальной основы. Главную задачу пролетарского государства в период нэпа В. И. Ленин видел в проведении на селе культурной революции и добровольном кооперировании крестьян, т.е. совершенствовании производительных сил.

Основная ошибка И. В. Сталина в определении мер построения основ социалистического общества состояла в искусственном форсировании процессов строительства этого общества, попытке ввести социалистические отношения в экономике, в том числе и сельском хозяйстве, не развив производительные силы, способные обеспечить реальное действие экономических отношений именно социалистического типа, а не каких-либо других. Насильственный перевод крестьянских хозяйств на социалистические рельсы посредством сплошной коллективизации и ликвидации кулачества как класса, осуществленный советским государством в конце 20-х гг. прошлого столетия, имел крайне негативные экономические и социальные последствия, привел не к росту, а к снижению уровня производительных сил общества, лишению села наиболее интенсивных товаропроизводителей.

Колхозы, основанные на принудительном феодальном и практически бесплатном труде крестьян, не обеспечили изобилия продуктов сельского хозяйства ни в городах, ни в местах непосредственного производства на всем протяжении истории советского государства. В ответ на распространенную в колхозах практику хищений сельскохозяйственных и иных продуктов советское государство поначалу установило весьма суровые меры наказания в виде лишения свободы на срок от 10 лет и более. Подобная мера еще больше усугубила негативные тенденции на селе, привела к безосновательному лишению крестьянских семей своих надежных, а порой и единственных кормильцев и создала питательную почву для пополнения преступной среды.

Предпозитивное право — это новое правило поведения или совокупность таковых правил, не содержащихся в позитивном праве и не

имеющих аналогов в действующих нормах общественного права, в том числе и в обычном праве. Новизна выражается в том, что нормы права предстают в качестве либо правовой формы новых экономических отношений, либо новой правовой формы уже существующих отношений. Предпозитивное право — это непременно *новое право*, напрямую обусловленное приведением системы экономических отношений в соответствие с новым, более высоким уровнем в развитии производительных сил, и оно непременно предшествует процессам формирования позитивного права. До того, как законодатель сочтет нужным санкционировать существующие экономические отношения в форме закона, придать им общеобязательный характер, оказывается, что правовая форма этих отношений уже известна обществу, знаема им и успешно действует в форме общественного, предпозитивного права.

История становления рыночной экономики в государствах Европы убедительно свидетельствует о том, что все новые экономические отношения в процессе их формирования и превращения в массовидные явления неизбежно приобретали форму предпозитивного права, разрабатываемого самими заинтересованными в таких отношениях лицами. Стадию предпозитивного права прошли практически все ныне действующие институты частного права, постепенно эволюционируя от несовершенных норм к более совершенным, обеспечивающим реальное функционирование и развитие экономических отношений до тех пор, пока правовая форма не была приведена в наиболее точное соответствие с содержанием экономических отношений.

Практика действия норм предпозитивного права, сформулированных обществом, показала их недостаточность как в связи с неточным или неполным отражением ими содержания существующих экономических отношений, так и по причинам дальнейшего развития производительных сил общества, влекущих соответствующие изменения в их правовой форме. Поэтому общество вынуждено время от времени совершенствовать созданное им предпозитивное право, придавать ему новую, более точную форму, способную обеспечивать реальное и эффективное действие соответствующих экономических отношений.

<sup>11</sup> Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 45. С. 367.

Проиллюстрируем сказанное на примере становления и формирования кредитных отношений, получивших широкое распространение среди европейских купцов в XVII—XVIII вв. Необходимость появления кредитных отношений была обусловлена желанием купцов продать как можно больше товаров, тогда как покупатель, готовый их купить, не всегда имел нужную сумму денег. С учетом этого обстоятельства стала процветать торговля в кредит, широкое распространение получают кредитные отношения. Как свидетельствует И. М. Кулишер, оптовый торговец давал товары в кредит розничному и притом давал их на годичный и более срок, но и розничный торговец вынужден был соглашаться на уплату ему потребителем по истечении продолжительного срока не только годичного, но и гораздо большего, получавшегося ввиду неисправности покупателей<sup>12</sup>.

Хотя кредитование публики порождало для продавца ряд неудобств, избежать их было невозможно из-за низкой покупательной способности населения. Исполнение обязательств по договору кредита обеспечивалось наличными деньгами либо посредством зачета взаимных требований, но был известный риск неисполнения покупателем кредитных обязательств. Действенным средством, повышающим исполнимость кредитных обязательств, был признан вексель, известный в Западной Европе уже в XVI в. Так возникает новая форма кредитования — вексель.

Однако вексель имел существенный недостаток, выражающийся в том, что получатель по векселю должен был явиться лично к лицу, на которое был выставлен вексель, и получить у него указанную в векселе сумму. Поскольку получатель по векселю и лицо, на которое был выставлен вексель, могли проживать в разных городах, то поездка в другой город в условиях Средневековья представлялась чаще всего затруднительным мероприятием, сопряженным с определенными материальными затратами. Подобное затруднение было преодолено созданием института посредника — банкира, на имя которого выставлялись (трассировались) векселя, так что он производил по ним уплату и, в свою очередь, трассировал векселя на других лиц, получая с них соответствующие суммы. С учетом этого обстоятельства банкир первоначально

имел статус «торговца, профессией которого является давать или получать деньги по векселям, чтобы приносить пользу не только своим ближним, но и себе, и своим»<sup>13</sup>.

Введение и совершенствование института кредитования и поиск способов обеспечения надлежащего исполнения обязанностей должников, равно как и защиты их прав от необоснованных материальных претензий кредиторов, осуществлялось непосредственно участниками кредитных отношений при заключении договоров и с учетом опыта, накопленного другими участниками данных отношений и закрепленного в торговых обычаях. Законодательное опосредствование кредитных отношений было осуществлено несколько позднее, после того, как буржуазные государства, следуя примеру Франции, признали формирование и систематизацию гражданского законодательства в качестве важнейшего направления своей законотворческой деятельности.

В современных условиях, когда рыночные отношения достигли вершины своего развития как вширь, так и вглубь, их дальнейший прогресс может осуществляться преимущественно эволюционным путем, и обусловленное им новое предпозитивное право способно проявляться прежде всего в новой форме ныне существующих имущественных отношений. В частности, достижения науки и техники в сфере информатики и вычислительной техники на повестку дня ставят задачи совершенствования законодательства по вопросам купли-продажи с учетом особых условий их осуществления в «виртуальном режиме» с использованием сети Интернет, иных современных средств связи и заменой письменных договоров их электронным вариантом.

Применение сети Интернет, иной современной вычислительной техники позволяет значительно ускорить процесс нахождения владельца нужного товара, заключения и реализации договоров купли-продажи, что способствует необычайной популярности этого способа осуществления имущественных сделок и их повсеместному широкому распространению. Одновременно оказывается, что действующее позитивное законодательство не имеет нормативных установлений по ряду принципиально важных вопросов коммерции, действующей

<sup>12</sup> Кулишер И. М. История экономического быта Западной Европы. Челябинск, 2008. С. 384—385.

<sup>13</sup> Кулишер И. М. Указ. соч. С. 385.

с применением сети Интернет. Участникам подобных отношений приходится самостоятельно, не дожидаясь законодателя, выработать деловые обыкновения и обычаи, способные придать доказательственную силу заключенным договорам купли-продажи, выступать в качестве правовых оснований, обеспечивающих надежность платежей, осуществляемых в электронной форме, а также документов, подтверждающих правомерность требований истца, при предъявлении им иска в судебные органы.

Договор купли-продажи по своему содержанию остался прежним, изменилась лишь его форма заключения и исполнения участниками конкретного правоотношения своих обязательств, что первоначально получило отражение в новом предпозитивном праве, создаваемом самими участниками конкретных правоотношений, а затем и обусловило необходимость оперативного реагирования на эти процессы и законодателя. Как отмечают авторы издания «Коммерческое право зарубежных стран», в настоящее время всеми промышленно развитыми и иными странами «принимаются законы, которые устанавливают правовые основы электронной торговли, условия совершения электронных сделок, правовые последствия нарушения обязательств субъектов, совершающих сделки в рамках электронной торговли, и пр. При этом соответствующие акты зачастую направлены на стимулирование прежде всего электронной торговли... Более того, государства полагают, что необходимо стимулировать и межгосударственную электронную коммерцию»<sup>14</sup>.

Предпозитивное право имеет значительно меньше шансов на появление в форме нового экономического отношения в связи с тем, что отношения, характерные для индустриального и постиндустриального типа экономики, уже закреплены действующим позитивным правом, а появление имущественных отношений нового социалистического типа в условиях рыночных отношений, как полагали основоположники материалистической теории права, невозможно. Экономические отношения социалистического типа, по мнению К. Маркса и Ф. Энгельса, могут появиться только после взятия пролетариатом государственной власти, национализации средств производства и обе-

спечения весьма высокого уровня развития производительных сил, для достижения которого потребуется длительный и целенаправленный период, определяемый как период диктатуры пролетариата. Экономические отношения, которые первоначально будут существовать в условиях диктатуры пролетариата, являются социалистическими лишь по своим целям, тогда как по своему содержанию они в силу недостаточности производительных сил и низкой культуры населения соответствуют принципам буржуазного права. Словом, в условиях диктатуры пролетариата сохраняется «узкий горизонт буржуазного права» и даже «буржуазное государство».

Одна из основных особенностей предпозитивного права как формы общественного неофициального права состоит в том, что оно является действительным правом и в полной мере соответствует всеобщим принципам объективного права — равноправию, свободному волеизъявлению, взаимозависимости и эквивалентности, — а также содержанию соответствующего экономического отношения. Именно такую правовую форму имели обмен с самого начала его возникновения, а также модифицирующие его договоры купли-продажи, займа, аренды, подряда и другие имущественные отношения. Эту же правовую форму имеет и современное предпозитивное право в качестве правового отношения возникающих и приобретающих массовидный характер экономических отношений производства, распределения и потребления материальных благ.

В современных условиях, когда всеобщие принципы частного права, выявленные и обоснованные правовой наукой и даже закрепленные позитивным правом, известны самому широкому кругу субъектов частного права, трудно представить ситуацию, когда новая форма существующих имущественных отношений или даже новое отношение могли бы возникать не на строго правовых началах. Лишь при стечении тяжелых обстоятельств либо под влиянием обмана, заблуждения, насилия, угрозы лицо может вступить в имущественное правоотношение на крайне невыгодных для себя условиях. Однако все такие сделки гражданским законодательством признаются недействительными и не порождающими юридических последствий, преследуемых участниками этих сделок.

<sup>14</sup> Коммерческое право зарубежных стран / под ред. В. Ф. Попондопуло. СПб., 2005. С. 290.

Другое дело, что лица, открывшие новую форму имущественного отношения, могут не точно, не самым оптимальным образом определить меру его эквивалентности, и один из участников не получит всего того, что следовало бы ему получить, исходя из сути и содержания этого отношения. В этом случае, если принцип эквивалентности был нарушен существенным образом, правоотношение становится таковым лишь по своей форме, а в действительности представляет собой правонарушение. Но никто не говорит, что новое рождается сразу совершенным и в надлежащей правовой форме. Неправовой характер первого опыта реализации нового правоотношения будет устранен в последующем, другими участниками аналогичных правоотношений. С того момента как эквивалентность будет определена более или менее точно, вновь возникшее отношение приобретает качество действительного отношения, а его правовая форма — форму предпозитивного права.

Характерно, что предпозитивное право не может позволить себе той роскоши, которую допускает позитивное право, способное определенный, порой даже длительный период действовать формально, не будучи реализованным в конкретных правоотношениях. Предпозитивное же право дату своего рождения связывает не с днем его открытия познающим субъектом и даже не с датой его общественно-го признания как новой формы правоотношений, а с моментом его реализации в конкретном правоотношении. До этого события данное право реально не существует, имеется либо научно обоснованное гипотетическое суждение о новом возможном праве либо правовое идеологическое требование отдельной социальной группы.

Как и всякая социальная норма, предпозитивное право, прежде чем стать правилом поведения, должно пройти апробацию конкретными отношениями. Общие уверения о том, что новая норма способна расширить горизонты производственных, распределительных или потребительных отношений в сфере практической деятельности, оказываются недостаточными. Жизнь новой норме могут дать лишь непосредственные акты ее реализации в конкретных отношениях, позитивные же результаты действия этой нормы вызывают устойчивое желание участников имущественных отношений неукоснительно ей следовать, нередко даже вопреки требованиям позитивного права.

Неконституционная обязанность свято исполнять и соблюдать действующие законы и даже неконституционное положение о личности как высшей социальной ценности выходят на первый план, когда чиновник-коррупционер видит реальную возможность получения взятки, когда врач требует материального вознаграждения за медицинские услуги, которые он обязан оказывать бесплатно, а вор похищает материальные ценности. Личная заинтересованность, корысть побуждает также и участников имущественных отношений становится первооткрывателями нового имущественного отношения, формирования новой правовой связи между ними. Перспектива получения новых, дополнительных преимуществ, которых не способны дать традиционные, закрепленные действующим законодательством правоотношения, инициирует субъектов на вступление в открытое ими правоотношение. И как только оно будет исполнено должным образом, его участники получают ожидаемые результаты, можно говорить о том, что система частного права пополнилась новыми нормативными предписаниями, несмотря на то, что они еще официально не признаны и лежат за пределами позитивного права.

Заинтересованные лица и без государственного благословения станут использовать новые правовые формы, коль скоро благодаря им процесс удовлетворения их интересов значительно упрощается либо приводит к более значимым материальным результатам. Предпозитивное право, закрепленное в договоре, становится знаемым как норма права и приобретает общеобязательное значение, но пока только на уровне отдельных конкретных отношений. По мере увеличения числа желающих следовать новому правилу оно выходит на уровень обыкновения, а затем и обычая.

Личный интерес индивидов не может ждать сколько угодно долго законодательного решения, и лица, имеющие такой интерес, самостоятельно для себя устанавливают правила взаимодействия, основанные на принципах равенства и эквивалентности. Правотворческая деятельность в этом случае носит, скорее, самозахватный, нежели легализованный характер. Более того, граждане и иные субъекты частного права могут и напрямую вступать в конфликт с законом, устанавливать для себя правила, плохо согласованные с действующим законодательством в случаях, когда они закрепляют порядки, не соответствующие уровню

и характеру экономических отношений. Хотя обычаи спекулятивной торговли прямо противоречили гуманным и демократичным законам советского государства, многие советские граждане предпочитали добровольное использование этих обычаев неукоснительному исполнению законов государства, безнадежно бродя по магазинам с пустыми полками или некачественными товарами.

Предписания предпозитивного права призваны восполнить пробелы действующего законодательства, создать единые правила, в которых нуждаются действующие субъекты, но которые по тем или иным причинам государство еще не приняло. Например, в России, как и во всех экономически развитых странах, получает широкое развитие аутсорсинг, на который чаще всего выносятся техническое обслуживание компьютеров, копировальной техники, правовое информационное обслуживание, предоставление бухгалтерских услуг, охранных услуг, осуществление тех или иных производственных функций и др. В то же время договор аутсорсинга остается не урегулированным действующим гражданским законодательством. В ГК РФ нет о нем даже упоминания. В этих условиях организации, учреждения, заключающие договор аутсорсинга, самостоятельно устанавливают существенные условия договора, порядок его исполнения, распределения страховых рисков, порядок возмещения ущерба и др. Процесс формирования предпозитивного права, осуществляемый на уровне договоров, пока что дальше формирования обыкновений не идет.

Предпозитивное право отнюдь не всегда создается без ведома и согласия государства. Его особой и весьма распространенной формой выступают локальные нормативные правовые акты организаций, учреждений, среди которых наиболее широкое поле правотворческой деятельности предоставлено небюджетным организациям, учреждениям. Локальные акты организаций и учреждений призваны конкретизировать действующее законодательство применительно к особым условиям производства, рынка, иным обстоятельствам, предоставить действующим субъектам более широкий спектр прав, гарантий и привилегий по сравнению с федеральными законами, иными нормативными правовыми актами. Ло-

кальное право имеет своим предметом частноправовые отношения, которые государство уступает организациям, учреждениям добровольно, полагая, что они успешнее его справятся с задачами регулирования частноправовых отношений на этом уровне, смогут быстрее адаптировать правовые нормы к меняющимся обстоятельствам производства и рынка, установят более простые механизмы разрешения имущественных споров<sup>15</sup>.

В форме локальных актов закон достигает необходимого уровня конкретности, при этом не утрачивая свойств всеобщности. Субъекты получают возможность гармонизировать свои права и обязанности и тем самым снять значительную часть правовых конфликтов, которые неизбежно возникают в случаях применения законодательных правоположений напрямую, без учета особых условий их действия и применения. В то же время локальные акты не могут противоречить законам и иным вышестоящим актам, все коллизии устраняются судебными органами посредством признания их недействующими.

В юридической литературе эти акты единодушно признаются разновидностью источников позитивного права, а его нормы — позитивным правом. По нашему мнению, подобное воззрение на природу локальных нормативных правовых актов нуждается в уточнении.

Нормативные предписания локальных нормативных правовых актов по отношению к действующему законодательству можно подразделить на две группы:

- 1) дословно либо с незначительной редакционной правкой воспроизводящие конкретные нормы Трудового кодекса РФ, иных нормативных правовых актов;
- 2) содержащие оригинальные нормативные положения, разработанные организациями, учреждениями самостоятельно.

Принятие оригинальных норм на уровне локального правотворчества становится возможным при наличии в законодательстве пробелов либо в связи с прямой передачей соответствующего вопроса на усмотрение организаций, учреждений. Так, согласно действующему законодательству небюджетные организации, учреждения самостоятельно определяют систему заработной платы, размеры тарифных ставок, окладов, различного вида выплат, уста-

<sup>15</sup> Ревина С. Н. Теория права и рынок. Самара, 2008. С. 379.

навливают порядок и условия предоставления ежегодных дополнительных оплачиваемых отпусков. Создаваемые в настоящее время саморегулируемые организации в связи со значительными пробелами действующего законодательства в процессе разработки локальных нормативных правовых актов вынуждены брести по юридической целине и, ориентируясь на принципы права и общие положения частного, гражданского права, формировать новые конкретные нормативные предписания.

Предписания локальных нормативных правовых актов, дословно или с некоторыми редакционными изменениями воспроизводящие предписания действующего законодательства, не могут восприниматься как результат непосредственного правотворчества организаций, учреждений, ибо большого творчества в этой ситуации нет, как его нет и в курсовой работе студента, скомпилированной из одного или двух источников. Лица, готовящие и принимающие локальный нормативный правовой акт, фактически переписывают положения законов, иных нормативных правовых актов, которые по своему непосредственному источнику не могут опускаться до статуса предписаний локального акта.

Дублирование законодательных положений в актах низшей юридической силы не лишает их действительного места в системе источников действующего права. Положения такого рода распространяют свое действие на организацию, учреждение в силу всеобщности, вытекающей из юридической силы их непосредственного источника, а отнюдь не потому, что они оказались воспроизведенными в локальном нормативном правовом акте, да еще нередко и в существенно модифицированном виде.

Собственное правотворчество организаций, учреждений проявляется в их оригинальных нормах, призванных преодолеть имеющиеся пробелы законодательства либо закрепить нормы по вопросам, составляющим непосредственный предмет локального правотворчества. В этих случаях организации, учреждения как субъекты гражданского общества самостоятельно творят нормы, которые отсутствуют в позитивном праве, установленном государством, его органами. Поэтому подобные конкретные предписания, выступающие плодом правотворческой деятельности членов гражданского общества, а не органов государства, хотя и с его санкции, представляют собой не позитивное, а предпозитивное право.

Значимость локальных нормативных правовых актов в том и состоит, что они содержат оригинальные нормы, создаваемые негосударственными органами в порядке восполнения пробелов позитивного права и потому действующие как нормы предпозитивного права. Факт государственного санкционирования организациям, учреждениям права на локальное правотворчество является внешним для принимаемых на этом уровне нормативных предписаний. По своей непосредственной сущности локальные нормативные правовые акты представляют собой результат правотворческой деятельности членов гражданского общества для регулирования отношений, нерегулируемых действующим законодательством. Общество, его члены сами для себя, для реализации своих имущественных интересов создают правовые нормы. Государство признает это право организаций и учреждений и даже готово защищать их от нарушений при условии, что созданные нормы не будут противоречить действующему законодательству.

Соответственно, санкция дается затем, чтобы легализовать правотворческую деятельность субъектов частного права и обеспечить обязательность действия локальных нормативных правовых актов мерами государственного принуждения. Сама же деятельность осуществляется непосредственно заинтересованными организациями, учреждениями по своей инициативе, для решения возникающих в их деятельности задач и во имя собственных интересов. Частный интерес практической деятельности обуславливает необходимость координации усилий членов организации, учреждения посредством издания соответствующих нормативных предписаний. Позитивное же право всегда преследует общественный интерес даже в том случае, когда оно закрепляет частноправовые отношения.

Предпозитивное право, формируемое организациями и учреждениями, не меняет своей сути от того, что оно защищается судом и иными мерами государственного принуждения. Истории известен большой исторический период существования правоохранительной деятельности при полном отсутствии норм позитивного частного права. В этот период государство весь свой правовой «запас» без какого-либо остатка расходовало на защиту обычного права общества, но от одного факта обеспечения мерами государственной защиты обычное право не превратилось в позитивное.

Именно поэтому по мере усиления правовых начал государство вынуждено было свои правоохранительные функции дополнить правотворческими. Равным образом в современный исторический период диктата позитивного права общество сохраняет свои правотворческие функции, творит для своих потребностей свое право, которые мы и предлагаем отличать от позитивного права как его предтечу, как предпозитивное право.

Таким образом, предпозитивное право — это совокупность норм действительного частного права, создаваемая гражданским обществом, его отдельными членами в целях восполнения пробелов действующего законодательства и реализуемая в конкретных правоотношениях до момента их закрепления позитивным частным правом.

Понимаемое подобным образом предпозитивное право следует четко и последовательно отличать от сходных с ним явлений: с одной стороны, от положений правовой науки и правовой идеологии, а с другой — от нормативных предписаний позитивного права, дублируемых в локальных нормативных правовых актах.

Общеизвестно, что правовая наука и правовая идеология могут содержать и содержат те же самые нормативные предписания, которые присущи предпозитивному праву. Ибо в этом выражается единство права, правовой науки и юридической идеологии. Правовая наука не только раскрывает и обосновывает закономерности развития права как органически целостного и относительно самостоятельного социального явления, но и формулирует конкретные нормы права, которые адекватно отражают существующую систему имущественных отношений и подлежат незамедлительному принятию государством в целях повышения роли права в деле прогрессивного развития общества. Правовая идеология, конкретизируя теоретические представления ученых-правоведов о закономерностях функционирования и развития права, формулирует конкретные правовые нормы, которые с позиции интересов тех или иных социальных групп государству следует принять незамедлительно, в первоочередном порядке. Предпозитивное право представляет собой дальнейшую ступень на пути конкретизации положений правовой науки и правовой идеологии.

Индивиды, иные участники частнопровых отношений, опираясь на достижения правовой науки и правовой идеологии, заимствуют их конкретные положения в качестве обязательных предписаний для целей регулирования отношений, по тем или иным причинам не урегулированных нормами позитивного права. Но до тех пор, пока предписание предпозитивного права не будет реализовано в конкретных отношениях, оно имеет статус положения правовой науки или правовой идеологии, оно есть знание должного поведения, но не более того. Действительным же предписание становится с того момента, как заинтересованные субъекты вступают в конкретное правоотношение и исполняют свои обязательства. Эту особенность предпозитивного права, в частности, точно уловили составители Рекомендаций по организации деятельности лиц в сфере Интернет-коммерции в Российской Федерации, специально указав, что Рекомендация не имеет юридической силы до тех пор, пока ее принципы и положения не будут использованы при организации процессов Интернет-коммерции<sup>16</sup>.

Предписание, воплощенное в реальной жизни, приобретает свою действительность, становится тем, чем оно должно быть по своей природе, — средством упорядочения наличных общественных отношений. После того, как участники конкретного правоотношения, действуя сообразно предписанию предпозитивного права, успешно реализовали свои интересы, они породили прецедент, желание следовать которому неизбежно возникает и у других лиц. В результате многократного повторения предписание становится знаемой и действующей нормой.

Таким образом, предпозитивное право как реально действующее средство формирования правовых отношений отличается от положений и правовой науки, и правовой идеологии тем, что оно выступает элементом непосредственной практики, средством перевода абстрактных положений о праве в реальную жизнь в виде конкретных правоотношений. Именно этот вид объективного права представляет собой живое, эффективное право, которое выступает локомотивом развития позитивного частного права. После того, как созданное и апробированное обществом предпозитивное право зарекомендовало себя положитель-

<sup>16</sup> URL: <http://www.duma.gov.ru>.

но, законодателю не остается ничего иного как санкционировать его в форме закона, придать ему общеобязательное значение и обеспечить мерами государственного принуждения.

Характерно, что коллизия между позитивным и предпозитивным правом решается в пользу последнего. Действительное предпозитивное право признается таковым независимо от степени соответствия конкретным нормам позитивного права. Наоборот, в подобной ситуации имеются все основания признать недействительными действующие нормы позитивного права, которые, если и сохраняются законодателем, то только в силу его неоперативности, неспособности поддерживать систему права в актуальном, соответствующем современному уровню развития экономических отношений состоянии.

Созданное обществом действительное предпозитивное право может первоначально признаваться государством правонарушением, а реализующие его лица могут привлекаться к ответственности как правонарушители. Однако прогрессивный ход развития общества неизбежно приведет к победе предпозитивного права, и чем дольше законодатель упорствует в его неприятии, сохраняет устаревшие законы, видит в них залог общественного благополучия, тем больший урон он наносит обществу, нерационально растрачивая материальные ресурсы и производительные силы. Поэтому логика развития правовой науки требует решительного поворота в сторону анализа практики формирования и действия предпозитивного права, опыта правотворческой деятельности общества, которое способно не только закрыть отдельные пробелы действующего законодательства, но и дать бесценные образцы, модели дальнейшего развития законодательства.

### **ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ ГАРМОНИЗАЦИИ ПОЗИТИВНОГО И ПРЕДПОЗИТИВНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА**

Современное государство — как демократическое, так и правовое, пока что не готово вести с обществом плодотворный диалог по вопросам совершенствования действующего позитивного права, устранения неизбежных коллизий между позитивным и обгоняющим его в развитии предпозитивным правом. Между тем государство должно быть в первую

очередь заинтересовано в том, чтобы максимально сократить период между появлением новых, соответствующих развившимся экономическим отношениям норм предпозитивного права и их переводом на уровень позитивного права и тем самым обеспечить оперативную отмену устаревших, малоэффективных нормативных предписаний.

Возведение новелл предпозитивного права на уровень позитивного права в целях придания им общеобязательного характера, осуществляемое законодательными или исполнительными органами государства, может состояться тем быстрее, чем теснее осуществляется живая, творческая связь правотворческих органов с населением, его делами и их результатами. Население, заинтересованное в максимально возможном удовлетворении своих материальных интересов и потребностей, будет принимать все меры к тому, чтобы новое, более совершенное право законодательный орган как можно быстрее принял в качестве закона, обязательного для всех и для каждого.

Чтобы всемерно демократизировать законодательный процесс и ускорить перевод норм предпозитивного права в позитивное, по нашему мнению, необходимо значительно расширить институты непосредственной демократии, создать надлежащие условия для того, чтобы сам народ определял свой строй, правопорядок и пути дальнейшего развития гражданского общества и построения правового государства. Для этого необходимо:

- 1) вернуться к мажоритарной системе избрания представительных органов государства, предоставив каждому ведущему социальному слою направлять в эти органы своих представителей в пропорции, соответствующей доле этого социального слоя в гражданском обществе России;
- 2) вернуть избирателям право отзыва депутатов представительных органов государства, не оправдавших их доверия;
- 3) ввести институт народной законодательной инициативы, наделяющий определенное число избирателей правом внесения в представительный орган проектов законов в порядке законодательной инициативы;
- 4) принимать законодательные решения по вопросам, затрагивающим интересы всех или большей части населения России (образование, здравоохранение, правовой режим земли, приватизация государственного имущества и др.) посредством референдума.

Представительные органы современных демократических государств — Европы, США, России состоят, как правило, из профессиональных политиков, представляющих интересы средних и зажиточных слоев населения. Подобная практика формирования представительных органов государства в первой половине XX в., когда значительная часть рабочих и крестьян (фермеров) не имела надлежащего образования и не была способна должным образом выразить свои экономические, политические и иные интересы в законах страны, признавалась оправданной и необходимой. Названные слои населения вынуждены были свои права на участие в представительном органе государства передавать профессионалам-политикам, состоящим в той или иной политической партии. Наиболее охотно трудящиеся массы избирали представителей той партии, обещания которой наиболее полно соответствовали интересам народа, но нередко оказывались невыполнимыми в процессе деятельности представительного органа.

Однако в настоящее время имеет место иная ситуация. Основная масса трудящихся благодаря всеобщему, а в ряде государств и бесплатному высшему образованию значительно повысила свою политическую и правовую культуру и способна весьма разумно понимать и оценивать современные политико-правовые процессы и явления. В этих условиях сохранение прежнего порядка выдвижения кандидатов в депутаты представительного органа государства становится заметным тормозом на пути политического и социального прогресса, обеспечивает прежнее преимущество профессиональных политиков от политических партий в представительном органе, тогда как представители от трудящихся в парламент попадают весьма редко. Как признает А. А. Мишин, степень представительства классов и социальных групп в парламентах зависит не столько от их численности, сколько от политической зрелости и сплоченности этих классов и групп. Многочисленный класс, если он политически не самоопределился, вообще может не иметь своего представительства в парламенте. Примером тому может служить рабочий класс («синие воротнички») США. Напротив, сравнительно немногочисленная, но боевая

и сплоченная социальная группа может обладать сильными парламентскими фракциями. Достаточно сослаться на парламентский опыт скандинавских стран<sup>17</sup>.

Понятно, что парламент, состоящий из профессиональных политиков, представляющих интересы представителей имущих слоев общества, чаще всего принимает законы в интересах этих слоев и не всегда учитывает интересы трудящихся и малоимущих. Ситуации, когда интересы значительной части народа оказываются не представленными в парламентах с позиций целей и задач правового и социального государства, на которое претендует большинство современных промышленно развитых государств, нельзя признать ни правомерными, ни справедливыми.

В целях обеспечения реального народовластия в представительном (законодательном) органе страны необходимо изменить систему избрания депутатов — перейти на сословный порядок их избрания. Каждое сословие само избирает в парламент наиболее достойных представителей своих интересов, как это имело место в дореволюционной России при избрании депутатов Государственной Думы, когда все избиратели были поделены на четыре курии: землевладельческую, земледельческую, городскую и рабочую. В современных условиях основные социальные слои (классы) российского общества сообразно роду их занятий могут быть дифференцированы как минимум на шесть групп:

- 1) рабочие;
- 2) жители сельской местности;
- 3) предприниматели;
- 4) государственные служащие;
- 4) работники умственного труда (сферы образования, здравоохранения, науки, литературы, искусства);
- 5) студенты образовательных учреждений высшего и среднего профессионального образования;
- 6) пенсионеры.

Выборы депутатов парламента должны быть всеобщими и равными. Право участия в них должно принадлежать всем лицам, достигшим определенного возраста (например, 18 лет), без какого-либо исключения. Имущественные или какие-либо иные цензы, ограничивающие избирательные права отдельных групп, слоев

<sup>17</sup> Мишин А. А. Конституционное (государственное) законодательство зарубежных стран // URL: <http://books.google.ru/books?id=1ZC4AAAAQBAJ&pg>.

населения, должны отсутствовать; все социальные слои общества должны быть признаны равноправными и обладать правом избрания в парламент своих представителей соответственно доле избирателей соответствующего социального слоя в составе всех избирателей страны.

Например, в Российской Федерации избирательным правом обладают около 108 млн человек, а один депутат Государственной Думы избирается от 240 тыс. избирателей (число всех избирателей, поделенное на 450 депутатских мест в Государственной Думе). Следовательно, каждое сословие правомочно представить в парламент своих представителей пропорционально численности избирателей сословия в составе избирателей населения всей страны. Предприниматели, которых согласно переписи населения 2010 г. в России насчитывается чуть более 1 млн, представляют в парламент 4 депутатов, тогда как сельское население общей численностью 33 млн человек — 135 депутатов.

Вполне целесообразно использовать опыт избрания депутатов дореволюционной России — не в ходе прямых выборов, а посредством выборщиков. Во-первых, в современной, как и дореволюционной России, отсутствуют партии, представляющие интересы какого-либо отдельного социального слоя и пользующиеся его поддержкой. Во-вторых, подобный порядок способен преодолеть многие несовершенства нынешней практики подсчета голосов и снять в значительной части справедливые нарекания избирателей в адрес счетных комиссий, когда победа той или иной партии обеспечивается не столько собранными головами, сколько применяемыми этими комиссиями технологиями подсчета голосов.

В целом высокий уровень общей, политической и правовой культуры россиян, большая часть которых имеет не только общее, но и профессиональное образование, служит надежной гарантией того, что представители социальных слоев справятся с обязанностями парламентариев ничуть не хуже бывших спортсменов, артистов, журналистов, избранных в ныне действующую Государственную Думу. В любом случае обязанность и желание оправдывать доверие избравшего социального слоя повышает ответственность депутата за свою деятельность, за активное участие в обсуждении и принятии федеральных законов. Традиционное для Государственной Думы отсутствие большинства депутатов на пленарном заседании, скорее всего, уйдет в прошлое.

Весьма актуальной предстает проблема законодательного закрепления устойчивой связи депутата Государственной Думы с избравшим его социальным слоем, населением. Конструкция абсолютного мандата ставит депутата в независимое положение от его избирателей, позволяет ему в течение срока депутатских полномочий исполнять свои обязанности, как говорится, «спустя рукава», даже не ходить на пленарные заседания Государственной Думы. Право избирателей досрочно отозвать своих депутатов, не справляющихся со своими депутатскими обязанностями, выступает мощным стимулом активизации деятельности избранного депутата, в обязанности которого входит не просто периодически отчитываться перед избравшими его избирателями, но и исполнять их наказы, данные в ходе избирательной кампании. Конечно, возможны ситуации, когда депутат могут отозвать досрочно безвинно, вследствие недостаточно активной деятельности по не зависящим от него обстоятельствам. Однако подобный эксцесс избирателей способен породить менее значимые вредоносные последствия, нежели конструкция абсолютного мандата, создающего питательную почву для полной независимости и никем не контролируемого бездействия депутата.

В России следует учесть передовой законодательный опыт ряда европейских государств по предоставлению избирателям права законодательной инициативы. Подобное право надлежит предоставить российским избирателям, если они вносят законопроект от имени 120 001 избирателя (число голосов, необходимое для избрания одного депутата Государственной Думы по мажоритарной системе). Институт народной законодательной инициативы расширит формы непосредственной демократии народа и существенно повысит его возможность непосредственного участия в подготовке проектов законов по наиболее актуальным вопросам социально-правовой практики общества и государства. Необходимо также вернуться к практике всенародных обсуждений законопроектов, подготовленных по вопросам, затрагивающим интересы большинства или всех членов общества.

В Конституции РФ следует четко закрепить абсолютное право народа на принятие федеральных законов в ходе референдума, в связи с чем именно в Конституции, а не в законе следует определить перечень вопросов, по которым не могут проводиться референдумы.

Неконституционные нормы конституционного Федерального закона «О референдуме», ограничивающие право народа на проведение референдумов, и постановления Конституционного Суда РФ, признавшие эти нормы конституционными, следует отменить как несоответствующие принципу народовластия. Решения народа о проведении референдума по вопросам принятия федерального закона подлежат обязательному исполнению. Одновременно в Конституции РФ надлежит четко определить формы ответственности федеральных органов государства за неисполнение или затягивание с исполнением результатов референдума.

Индивиды, как и общество в целом, непосредственно заинтересованные в действии за-

конов, позволяющих им максимально полно удовлетворять свои материальные и иные потребности, способны обеспечить прогрессивное развитие частного права намного успешней государства. Соответственно, предоставление правовых возможностей обществу успешно воплощать в законотворческой деятельности представительного органа государства свои правовые притязания в сфере частного права является одним из актуальных направлений современной правовой политики в Российской Федерации. Борьба общества за право выражать свое частное право в законе носит столь же объективный, закономерный характер, как и максимально полное соответствие позитивного частного права объективному.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Кленнер Г. От правовой природы к природе права. — М., 1988.
2. Коммерческое право зарубежных стран / под ред. В. Ф. Попондопуло. — СПб., 2005.
3. Кулишер И. М. История экономического быта Западной Европы. — Челябинск, 2008.
4. Мальцев Г. В. Социальные основания права. — М., 2007.
5. Ревина С. Н. Теория права и рынок. — Самара, 2008.
6. Селивнов А. И., Хабибулин А. Г., Шахрай С. М. Государство и экономика современной России: реальность и перспективы (политико-правовой анализ). — М., 2006.
7. Тилле А. Советский социалистический феодализм 1917—1990. — М., 2005.
8. Толстик В. А., Трусов Н. А. Борьба за содержание права. — Н. Новгород, 2008.

Материал поступил в редакцию 15 января 2017 г.

#### PROBLEMS OF HARMONIZATION OF POSITIVE AND SOCIAL (PRE-POSITIVE) PRIVATE LAW

**SYRYKH Vladimir Mikhailovich** — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of the Theory and History of Law and Judiciary of the Russian State University of Justice, Honored Worker of Science of the Russian Federation  
svm27@mail.ru

114418, Russia, Moscow, ul. Novocheremushkinskaya, d. 69.

**Review.** *Under the materialistic theory of law, positive law is capable of acting as a valid law not in any act of lawmaking, but only in an act, and to the extent, where it is consistent with universal principles of objective law: interdependence, equality, equivalence and free will. These principles taken together form the essence of the legal form of the first economic relation in the history, i.e. exchange, and of modern production, distribution and consumer economic relations. Contemporary law, like law at all previous stages of historic development, is valid provided that it possesses all the fundamental features of the legal form of economic relations. Otherwise, positive private law amounts to the transformed form of law. The society, its members refuse to abide by any law constituting a transformed form of law that prevents them from satisfying their interests and creates new legal norms. Rules of law established by the society constitute a pre-positive law – a set of rules of effective private law that are formed in order to fill in the gaps in existing legislation and that are exercised in specific legal relations until those rules are entrenched by positive law. In order to democratize legislative process and speed up transition of pre-positive rules into positive law, we believe that the institutions of direct democracy need to be considerably expanded, and that proper conditions should be created for the people to determine its own political system, rule of law and the way of further development of its civil society and form its rule-of-law state.*

**Keywords:** positive law, objective law, interdependence, equality, equivalence, free will, valid law, transformed form of law, pre-positive law, a direct people's democracy

#### BIBLIOGRAPHY

1. *Klenner, Herman*. From Law of Nature to the Nature of Law. M., 1988.
2. Commercial law of foreign countries / Ed. by V.F. Popondopulo. St. Petersburg, 2005.
3. *Kulisher, I.M.* History of economic life in Western Europe. Chelyabinsk, 2008.
4. *Maltsev G.V.* Social grounds of law. M., 2007.
5. *Revina, S.N.* The theory of law and the market. Samara, 2008.
6. *Selivnov, A.I., Khabibulin, A.G., Shakhrai, S.M.* A State and Economy of modern Russia: Reality and prospects (political and legal analysis). M., 2006.
7. *Tille, A.* Soviet Socialist feudalism of 1917-1990. M., 2005.
8. *Tolstik V.A., Trusov, N.A.* Struggle for the content of law. – Nizhny Novgorod, - 2008.