

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И ПРАВОТВОРЧЕСТВО В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ ОБЩЕСТВА: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ СООТНОШЕНИЯ

© 2014 г. Мария Андреевна Матвеева¹,
Розалина Васильевна Шагиева²

Краткая аннотация: статья посвящена теоретическому обоснованию соотношения правового регулирования и правотворчества в современной правовой системе общества, в соответствии с которым ведущим социально-правовым процессом выступает правовое регулирование, а правотворчество рассматривается лишь как один из его способов обеспечения. Между правовым регулированием и правотворчеством существует субординация функций, при которой глобальный процесс организации всей общественной жизни порождает потребность в средствах его осуществления – социальных регуляторах, среди которых только правовые нормы на определенном этапе развития общества начинают создаваться цивилизованным способом – путем правотворчества.

Annotation: the article is devoted to the theoretical justification of the relation of legal regulation and law-making in the modern legal system of society, according to which the leading socio-legal process serves the legal regulation and law-making is seen as only one of his way to ensure. Between legal regulation and law-making, there is a pecking order of functions in which the global process of the organization of social life necessarily engenders the need for funds for its implementation – social regulators, among which only the rule of law at a certain stage of development of society begin to form a civilized way – by law-making.

Ключевые слова: правовое регулирование, правотворчество, правовая система, обычно-правовой способ правового регулирования, санкционирование обычаев.

Key words: legal regulation, law-making, the legal system, customary law method of legal regulation, authorizing customs.

Правотворчество относится к тем сложным понятиям, определение которого можно найти лишь на пути рассмотрения всех его политико-правовых характеристик в реалиях сегодняшнего времени. При изучении основных исследований, проведенных отечественными правоведами в области теории правотворчества в последние годы, можно констатировать, что в целом они по-прежнему предпринимаются в сторону расширения смысловых границ понятий правотворческой деятельности, правообразования, самого права. Как отмечается в научной литературе, такая тенденция заложена в самой логике преобразования правовой системы современного общества, так как она не может быть сведена только к некоторой корректировке законодательства, а затрагивает фундаментальные основы правоведения. Для последнего времени характерны отход теоретиков права при исследованиях проблемы правотворчества от жестких этатических позиций советского

периода и обращение их к иным аспектам природы правотворчества, а также смысла самого его понятия³.

Но не менее важным направлением в развитии теории правотворчества представляется сопоставление правотворчества с однородными либо органически взаимосвязанными по социально-правовой природе явлениями и процессами (правовым регулированием, формированием права, нормотворчеством и т.д.). На необходимость такого более широкого социального контекста исследований в области теории правотворчества прямо обращено внимание в юридической литературе: “Динамизм экономических, политических и социально-культурных запросов постсоциалистического общества выдвигает все новые и новые задачи правового регулирования фактических общественных отношений. Социальная обусловленность и многогранность этих задач обнаруживается уже простым перечислением проблем, встающих перед законодательством: исследование различных социальных причин, факторов, обуславливающих потребность в нормативно-правовом регулировании рыночных отношений

¹ Старший преподаватель кафедры “Транспортное право”, аспирант кафедры “Теория права и конституционное право” Московского государственного университета путей сообщения.

² Профессор кафедры теории и истории государства и права Финансового университета при Правительстве РФ, доктор юридических наук (E-mail: shagsas@mail.ru).

³ См.: Малинова И.П. Юридическая герменевтика и правопонимание. Екатеринбург, 1997. С. 33–37.

законом; выявление и учет интересов социальных и национальных образований, общественных групп и общества в целом, их особенностей, обычаев, традиций; сочетание обыденного, практического и теоретического сознания различных групп людей, элит, слоев в процессе создания закона; проведение сравнительного анализа проектируемого закона не только с аналогичными установлениями прошлых лет и действующих законодательных систем иностранных государств, но и с другими регуляторами: моральными, обычными, традиционными; научная разработка концепции, принципиальных положений закона; выявление общественного мнения относительно целесообразности принятия данного, того или иного закона”⁴.

Решению столь объемных и трудоемких задач призвано способствовать изучение соотношения правотворчества со смежными правовыми явлениями, которое предполагает по крайней мере раскрытие следующих моментов: а) общие черты данных правовых явлений; б) их различие; в) их взаимодействие (взаимосвязи) в правовой действительности. Конечно, эти моменты могут быть охарактеризованы с разной степенью полноты и последовательности, но их наличие с необходимостью очерчивает пределы осуществляемого сопоставления. Однако последнее, как показывает анализ общетеоретических работ в этой области, становится одним из ведущих направлений правовых исследований. Достаточно назвать работы: Нормография: теория и методология правотворчества / Под ред. Ю.Г. Арзамасова (М., 2007); Арзамасов Ю.Г. Введение в нормографию: теория и методология правотворчества (М., 2009); Осипов М.Ю. Понятие и соотношение правового регулирования и правотворчества (М., 2010); Черников В.В., Москалькова Т.Н. Нормотворчество (М., 2011); Придворов Н.А., Трофимов В.В. Правообразование и правообразующие факторы в праве (М., 2014) и некоторые др. И хотя отдельные аспекты таких сопоставительных процедур имели место и раньше, в других научных публикациях и общетеоретических исследованиях, само по себе появление специальных работ, в которых производится сопоставление правотворчества с однопорядковыми или взаимосвязанными социально-правовыми процессами, знаменует новый этап в формировании научных основ теории правотворчества.

Особенно значимым в указанном направлении представляется сопоставление правового регули-

рования и правотворчества. В отечественном правоведении уже давно сложилось представление о “родственности” правотворчества и правового регулирования, подчеркивается та органическая связь, которая существует между правовым регулированием и правотворческой деятельностью⁵. Тем не менее ряд исследователей полагают, что категория “правовое регулирование” носит более глобальный характер, чем “правотворчество”, так как “назначение правового регулирования – прежде всего функциональное, управленческое”⁶. В современном обществе, где государственная власть осуществляется правовыми способами, где законность является принципом деятельности всего государственного аппарата, управление выражается в первую очередь в целенаправленном властном воздействии на поведение людей при помощи общих и индивидуальных правовых актов. Происходит непрерывное двустороннее взаимодействие двух (регулирующей и регулируемой) подсистем, одна из которых выполняет роль субъекта властного воздействия, другая выступает как социальный объект такого воздействия.

Правовое регулирование может осуществляться различными субъектами, в разных сферах, неодинаковыми способами и при помощи отличающихся друг от друга средств – нормативных и индивидуальных правовых актов. Как справедливо писали теоретики права, оно пронизывает две области правовой действительности – полностью правотворчество и частично правореализацию. Соответственно, ему характерно двухступенчатое строение, позволяющее различать два вида правового регулирования, а именно – общее правовое регулирование и индивидуальное правовое регулирование. В контексте наших рассуждений особый интерес вызывает общее правовое регулирование, которое заключается в упорядочении, организации общественных отношений путем создания, изменения, дополнения или отмены правовых норм, а равно определения сферы их действия в пространстве, во времени, по кругу лиц и по юридической силе. Оно в отечественной литературе нередко называется нормативным или общим, поскольку его осуществляют правотворческие органы, каждый из которых принимает нормативно-правовое решение в пределах своей компетенции и вводит его в действие. Общее

⁵ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. В 2-х т. Т. 1. М., 1981. С. 306, 307; Дрейшев Б.В. Правотворчество и правовое регулирование // Правоведение. 1985. № 1. С. 31–39; и др.

⁶ Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права. Казань, 1987. С. 130–135; Монахова Ю.В. Правотворческая деятельность в современном российском обществе (Теоретический анализ). М., 2005. С. 50, 51.

⁴ Рассолов М.М. Теория государства и права. Учеб. М., 2010. С. 440.

правовое регулирование по своей сути означает **правотворческую деятельность**, которая чаще всего осуществляется уполномоченными на то органами и лицами, а при определенных условиях – народом (референдумы, выработка обычаев делового оборота или обычаев банковского дела)⁷.

Следует ли из этого, что можно отождествить правотворчество и общее (нормативное) правовое регулирование? Не хотелось спешить бы, дав утвердительный ответ на этот вопрос...

Попробуем подойти к этой проблеме с другой позиции. В частности, Г.В. Мальцев выделял в правовом регулировании три крупные стадии, на одной из которых можно обнаружить и правотворчество: а) создание проекта идеального образа порядка, переложение его на “язык целей” с постановкой стратегических и тактических задач; б) выработка норм, правил (нормотворчество) на базе представлений о должном, соответствующем данному порядку; в) реализация норм в соответствии с целями, стратегическими и тактическими задачами упорядочения общественных отношений⁸.

Действительно, общее правовое регулирование органически связано с правотворчеством, но характеризует его не столько в организационном, сколько в функциональном, регулятивном срезе. Оно невозможно без правотворчества так же, как последнее немислимо без общего правового регулирования тех или иных отношений. В юридической литературе обоснованно отмечалось, что лишь при рассмотрении правового регулирования, когда оно берется в единстве с правотворчеством, возможно предупредить гиперболизацию первой из указанных категорий, превращение правового регулирования в нечто самодовлеющее, оторванное от объективных факторов, его обуславливающих. В то же время и общетеоретическая характеристика вопросов правотворчества получает при таком подходе надлежащую ориентацию: они трактуются не вообще, не сами по себе, а в органической связи с той ролью, которую играет право в социальной жизни⁹.

Итак, можно констатировать объективно-необходимую, природную взаимозависимость правового регулирования и правотворчества. Как два взаимосвязанных социально-правовых процесса, имеющих общую организационно-упорядочивающую составляющую, они при первом приближении позволяют использовать их понятия как взаимозаменяющие, что часто встречается в трудах теоретиков права.

Наибольшая степень совпадения этих двух процессов связана с определенной разновидностью правового регулирования – так называемым общим или нормативным правовым регулированием (далее – ОПР), в ходе которого организационно-упорядочивающий эффект достигается при помощи создания или санкционирования общих масштабов поведения, придания им общеобязательной силы, доведения их до всеобщего сведения и введения их в действие. В той части, в какой этот процесс (ОПР) совпадает с совокупностью операций компетентного субъекта по формулированию правил поведения, возведения их во всеобщий ранг, придания им юридической силы, а главное – официального оформления в виде доступных адресатам государственных велений, он может рассматриваться и как правотворчество, т.е. как процесс *создания права (как с содержательной, так и с формальной стороны)* как главного средства правового регулирования.

Однако при более детальном рассмотрении обнаруживаются и определенные различия. Хотя конечные цели правового регулирования и правотворчества совпадают, но у правотворчества есть конкретная, “промежуточная” или непосредственная цель – создание правовых норм, необходимых и достаточных для достижения конечных целей – поддержания мира и порядка в упорядочиваемых сферах общественной жизни. В том аспекте, при котором правотворчество характеризуется в сопоставлении и взаимосвязи с общим правовым регулированием, на первый план выдвигается его значение как технологии по созданию нормативного правового акта или другого официального юридического источника, который как результат правотворческой деятельности и выступает в качестве предпосылки воздействия права на общественные отношения. При использовании телеологического подхода к рассматриваемой проблеме некоторые ученые-юристы утверждают, что “задачей-минимум нормотворческой деятельности является создание соответствующего нормативного документа, направленного на регламентацию конкретных отношений, а задачей-максимум – упорядочение

⁷ См.: *Фаткуллин Ф.Н.* Основы теории государства и права. Курс лекций. Казань, 1995. С. 73. Поддерживая данный подход, другой автор указывал, что следует употреблять термин не “вид”, а “уровень правового регулирования” (см.: *Пьянов Н.А.* Уровни правового регулирования // Материалы ежегодной науч.-практ. конф. преподавателей и студентов Юридического института ИГУ (апрель 1999). Иркутск, 1999. С. 4).

⁸ См.: *Мальцев Г.В.* Социальные основания права. М., 2007. С. 27.

⁹ См.: *Алексеев С.С.* Указ. соч. С. 307.

общественных отношений, установление правового порядка и режима законности”¹⁰.

Более точно показывает взаимосвязь и неполное совпадение правотворчества и правового регулирования Ю.В. Монахова: “Результат правотворческой деятельности связан с изменением существующих способов и средств правового регулирования общественных отношений, их развитием на основе имеющегося опыта правоприменения с учетом экономических, политических, социальных и иных условий и потребностей, сложившихся в обществе и государстве. Этим определяется главное предназначение правотворческой деятельности – способствовать преобразованию, развитию средств и способов правового регулирования общественных отношений. Результатом правотворческой деятельности является создание новой правовой нормы, иначе регулирующей те или иные общественные отношения”¹¹.

И лишь в конечном счете как определенная стадия правового регулирования, на которой создаются для этого необходимые предпосылки, правотворчество выступает, как отмечается в юридической литературе, основным направлением социальной деятельности, создающим условия для существования и воспроизводства самого общества¹². Только в таком контексте (а не само по себе) правотворчество может рассматриваться как главный канал воздействия государственной власти на социальную жизнь через механизм правового регулирования и в связи с этим как главный канал придания нормам юридической силы, значения критерия правомерности поведения. Имея это в виду, правотворчество и определяют как “деятельность государства по выявлению потребности в нормативном правовом регулировании общественных отношений и создании в соответствии с выявленными потребностями новых правовых норм, замене и отмене действующих”¹³.

Если с точки зрения непосредственной цели правотворчества оно вполне завершено, например, официальным опубликованием текста нормативного правового акта, содержащего новые правовые нормы, то для достижения конечной цели правового регулирования (и правотворчест-

ва в его составе) все еще только начинается: введение в действие правовой нормы, ее восприятие адресатом, согласование с ее требованиями его поведения, а при необходимости и дополнительное индивидуальное правовое регулирование.

Тем не менее, представляется, что этих теоретических положений недостаточно для современного научного осмысления соотношения правового регулирования и правотворчества, так как рассмотренный вариант их сопоставления относится только к современным условиям. Правотворчество в собственном смысле этого слова следует рассматривать только как *современный способ осуществления правового регулирования*, ставший возможным при установлении политического контроля государства над обществом, признании за государством ряда политических монополий, одной из которых является монополия на издание законов. Причем, как утверждается в юридической литературе, к этому своему доминирующему положению государственность шла долгим путем борьбы и противоречий.

Дело в том, что в период становления государства (в ранних государствах), который по времени был очень растянутым и по характеру разнообразным, преобладал иной – *обычно-правовой способ регуляции* при настойчивых и постоянно усиливающихся попытках публичной власти активно включиться (через суды и административный аппарат) в правовую жизнь общества и доминировать в ней. Смена стадий в правовой истории произошла с появлением *закона как формы (источника) права*, исходящего от государства, или с установлением в обществе *доминирующей роли форм государственного правотворчества*.

Государство, когда оно появляется, активно формирует систему позитивного права, установленного в виде законов, административных распоряжений, судебных прецедентов, санкционированных обычаев и т.д. Чисто внешнее различие между системами обычного и позитивного права заключается в том, что в первом случае нормы и институты права возникают органическим, стихийным способом, в порядке нормотворческой самостоятельности участников социального общения; во втором – они устанавливаются органами и лицами, на которых официально возложена такая функция и которые облечены специальной властью формулировать право (легислатура).

Соответственно, становится очевидным, что обычно-правовой способ регуляции не носил по своей сути *правотворческого* характера. Это был так называемый стихийный юридический реализм. Как справедливо отмечается в юридической

¹⁰ Нормография: теория и методология нормотворчества. Науч.-метод. и учеб. пос. / Под ред. Ю.Г. Арзамасова. М., 2007. С. 24.

¹¹ Монахова Ю.В. Указ. соч. С. 50, 51.

¹² См.: Венгеров А.Б. Теория государства. Учеб. для юрид. вузов. М., 2000. С. 416.

¹³ Научные основы советского правотворчества. М., 1981. С. 17.

литературе, ранние обычно-правовые системы складывались объективно путем полностью не осознаваемого, медленно ползущего процесса закрепления определенных форм поведения и адаптации их к природной и культурной среде с минимумом риска и срывов. Системы обычно-правовых норм, поскольку они формируются бессознательно и стихийно, трудно коррелируются со своими “создателями”, определенными социальными группами. В культурах со сложной структурированной социальной организацией могли одновременно действовать, перекрывая друг друга, несколько обычно-правовых систем. Особо важен вывод, сделанный Г.В. Мальцевым: “С появлением авторизованной государством формы права – закона – эра *господства обычного права заканчивается*, хотя само оно на протяжении всей человеческой истории продолжало непрерывно существовать и, как известно, действует на своем месте и в наши дни”¹⁴.

Данный подход позволяет четко обозначить социально-исторические параметры соотношения правового регулирования и правотворчества, исходя из которых можно установить определенное совпадение между этими социально-правовыми процессами лишь в одном случае. Речь идет о сознательном, целенаправленном процессе создания или санкционирования правовых норм со стороны государственной власти, при котором создатель этих норм начинает заботиться об их принудительном обеспечении и который становится возможным лишь на определенном этапе развития общества, преобладая в современных условиях.

Обычно-правовой способ правового регулирования предшествовал государственно-правотворческому способу правового регулирования. С точки зрения различия правотворческого и обычно-правового способов правового регулирования, которое сохраняется и в современном обществе, заслуживает внимания мнение Г.В. Мальцева о несостоятельности тезиса о том, что один способ правового регулирования исторически трансформируется в другой путем “государственного санкционирования обычая”, а “обычное право – это своеобразная переходная форма от обычая к закону”¹⁵. Если имеется в виду молчаливое согласие власти с действием обычаев, то в

таком скорее всего никто не нуждался, так как в общинах развивалась традиционная правовая жизнь. Если речь идет о переработке обычаев с целью их записи, то почему создаваемое таким образом право должно называться “обычным”, если его согласно преднамеренной программе “делает” государство, основываясь на материальных соображениях и собственной пользе?¹⁶

Не случайно среди современных способов правотворчества выделяют *санкционирование обычаев*¹⁷, имея в виду не существование обычного права, а именно преднамеренную поддержку государством определенных сложившихся в той или иной сфере правил поведения, что свидетельствует об активности законодателя, который счел возможным сделать в законе ссылку на тот обычай, который можно применять в данном случае. Как отмечается в юридической литературе, в законе дается только отсылка к действующим обычаям, сам же обычай в нормативном акте не приводится¹⁸. Отсылки к обычаю в гражданском законодательстве содержатся, например, в ст. 309 ГК РФ: “Обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями”.

В современных условиях указывают на более широкий перечень способов легального (официального) санкционирования обычаев с целью включения их в систему формально-юридических источников. Это признание их: а) государственными органами (законодательными, исполнительными, судебными и т.д.); б) органами местного самоуправления и другими негосударственными организациями; в) государствами и (или) международными организациями в сфере публичных и частных международных отношений¹⁹.

В плане подведения итогов сопоставления правового регулирования и правотворчества констатируем не только неполное историческое совпадение этих социально-правовых процессов, а также отражающих их определений понятий, но и определенное качественное различие между ними как по объему, так и по содержанию. Интересно

¹⁴ Проблемы общей теории права и государства. Учеб. / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 1999. С. 98, 101, 102, 131, 132, 134.

¹⁵ Бромлей Ю.В., Подольный Р.Г. Создано человечеством. М., 1984. С. 179; Першиц А.И., Монгайт А.Л., Алексеев В.П. История первобытного общества. М., 1982. С. 196, 197.

¹⁶ См.: Проблемы теории государства и права. Учеб. / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. С. 104, 105.

¹⁷ См.: Клименко А.В., Румынина В.В. Теория государства и права. Учеб. пос. М., 2006. С. 114.

¹⁸ См.: Актуальные проблемы государства и права. Учеб. пос. / Отв. ред. Р.В. Шагиева. М., 2011. С. 265.

¹⁹ См.: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. Учеб. пос. В 2-х т. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 157.

отметить, что в монографическом исследовании, исключительно посвященном сопоставлению правового регулирования и правотворчества²⁰, были представлены все возможные варианты соотношения этих понятий. Их разнообразие объясняется автором – М.Ю. Осиповым – неоднозначными подходами к трактовке как правового регулирования, так и самого правотворчества. Однако ни при одном из этих вариантов им не обнаружено полного совпадения этих понятий. Констатируя кризис юриспруденции понятий, М.Ю. Осипов предлагает искать выход в поиске новых подходов к этой проблеме, в частности пытается применить к анализу правовой действительности системный подход. Но, оставаясь в плоскости той же самой юриспруденции понятий (т.е. на уровне юридической догмы), он втягивается, по нашему мнению, в “дурную бесконечность” этих понятий: “В первом приближении можно сказать, что система правового регулирования представляет собой совокупность элементов правового регулирования, взаимодействующих и взаимосвязанных между собой. Система же правотворчества представляет собой совокупность правовых явлений, взаимодействующих и взаимосвязанных между собой, без которых осуществление правового регулирования оказывается невозможным”²¹.

Подобный (якобы “системный”) подход уже давно подвергался критике, так как широко распространенное отождествление системы с комплексом взаимосвязанных или взаимодействующих элементов (берущее начало от определения системы, данного Берталланфи²²) вызывает вполне обоснованные нарекания “потребителей”. П.К. Анохин, например, справедливо отмечал: «Что может... специфически системного извлечь исследователь... из выражения “система – это комплекс взаимодействующих компонентов”, если взаимодействие является даже для начинающего исследователя аксиоматическим фактором жизни?»²³.

Основной недостаток многих имеющихся в юридической литературе подобного рода определений правовых понятий заключается в том, что они сводят их существо к тому, из чего они складываются, состоят. Но, как точно отмечали обществоведы еще в советские времена, “элементы, из

которых складывается вещь, и элементы, составляющие ее сущность, – вещи различные”²⁴.

Не отрицая возможности использования системного подхода для исследования взаимоотношений правотворчества и правового регулирования, следует отрицательно отнестись к попыткам выдать за его применение элементарный компонентный анализ каждого из этих социально-правовых процессов. Уже давно ученые-философы установили, что адекватное представление о сложодинамической системе требует сопряжения трех плоскостей ее исследования – предметной, функциональной и исторической, которые и должны быть признаны необходимыми и достаточными методологическими компонентами системного подхода как целого²⁵.

Этого не наблюдается в рассматриваемом исследовании М.Ю. Осипова. Методологическая ущербность одностороннего использования системного подхода (не говоря уже о том, что его следовало бы применять в совокупности с другими методами²⁶) не позволила исследователю получить достаточно достоверных выводов по рассматриваемому вопросу. Так, он пишет: “Таким образом, можно сделать вывод о наличии связи между правотворчеством и правовым регулированием, поскольку последнее осуществляется на основе норм права, являющихся результатом правотворчества; в свою же очередь, правотворчество является объектом правового регулирования и, в свою очередь, предполагает наличие правотворчества. Тем самым обнаруживается существование цикла: правотворчество – правовое регулирование, который является динамическим и развивающимся во времени.

Данный цикл находит свое выражение также и в том, что правотворчество вносит определенные изменения в систему правового регулирования – в его регулируемую подсистему и, следовательно, представляет собой один из видов

²⁴ Науменко Л.К. Монизм как принцип диалектической логики. Алма-Ата, 1968. С. 79.

²⁵ См.: Каган М.С. Человеческая деятельность (Опыт системного анализа). М., 1974. С. 22, 23.

²⁶ Многие ученые, признавая важность системной методологии для исследования правовых явлений, в то же время считают, что не следует преувеличивать значение системного знания: “Системное знание – лишь этап в процессе познания, а системный подход – элемент в системе современной научной методологии” (см.: Тиунова Л.Б. Системные связи правовой действительности. СПб., 1991. С. 48). Аналогичную позицию занимает другой методолог, полагающий, что общая теория систем не может решить всех вопросов правовой науки (см.: Сырых В.М. Метод правовой науки: основные элементы, структура. М., 1980. С. 128).

²⁰ См.: Осипов М.Ю. Понятие и соотношение правового регулирования и правотворчества. М., 2010.

²¹ Там же. С. 27.

²² См.: Берталланфи Л. Общая теория систем // Исследования по общей теории систем. Критический обзор. М., 1969. С. 23, 24.

²³ Анохин П.К. Теория функциональной системы // Успехи физиолог. наук. 1970. № 1.

инновационных процессов в системе правового регулирования”²⁷.

Совершенно обоснованные суждения о связи правотворчества и инновационных процессов явно перекликаются с философскими идеями о правотворчестве как деятельности по созданию всего нового в праве²⁸. Однако, будучи вырваны из реального исторического контекста (исторический аспект), эти положения не могут претендовать на универсальность и затрагивают лишь некоторые современные аспекты взаимоотношений правового регулирования и правотворчества. К тому же они не раскрывают социальной природы их взаимосвязи и взаимообусловленности (функциональный аспект), а представляют собой такие же логические операции с понятиями, как и те, которые автор проанализировал в своем исследовании. Не раскрыв их объема и содержания, трудно объяснить характер этой взаимосвязи. Например, тезис о том, что “правотворчество является объектом правового регулирования”, с исторической точки зрения не состоятелен. До возникновения парламентаризма это вряд ли было возможно, а для обычно-правового способа правового регулирования это вообще не присуще. Само по себе правовое регулирование стало необходимым не для того, чтобы упорядочивать правотворческую деятельность, и сейчас существует не столько для этих целей. А вот правотворческая деятельность появилась именно из потребностей совершенствования правового регулирования на определенном этапе развития государственно-организованного общества²⁹. Но и с этого времени все начинается не с правотворчества, ибо это – не самодостаточный процесс, существующий сам по себе и сам для себя. “Ведущим” процессом выступает именно правовое регулирование. С этой точки зрения нелогично в качестве исходного брать цикл “правотворчество – правовое регулирование”, как это делает цитируемый автор. И исторически, и логически, и функционально, как это следует из обосновываемых теоретиками права стадий правового регулирования, такой цикл лишен всякого социального смысла. Даже

сейчас правовое регулирование вполне может начинаться ранее конкретных правотворческих операций и действий (например, на индивидуально-правовом уровне, в ходе правоприменительной деятельности, когда восполняются пробелы в законодательстве или юридические коллизии). И лишь по мере накопления казуального опыта упорядочения новых общественных отношений возникает осознанный юридический мотив, побуждающий к началу правотворческого цикла...

В исследовании М.Ю. Осипова не совсем понятно, к чему применен системный подход – к исследованию каждого из этих понятий (правотворчество как система; правовое регулирование как система или даже – система правового регулирования, что – не одно и то же) или же к исследованию взаимосвязи правотворчества и правового регулирования в рамках их системного целостного образования. Каждый из таких вариантов системных исследований возможен, но один вариант будет не совсем совпадать с другим.

Возвращаясь к проводимому нами сопоставлению, можно еще раз констатировать следующее. Правовое регулирование как процесс упорядочивающего властно-результатирующего воздействия на общественные отношения при помощи различных правовых средств в целях достижения мира и гармонии в обществе со стороны различных социальных субъектов осуществляется как в порядке управления, так и самоуправления. В современном обществе оно неизбежно сопряжено со специально и осознанно осуществляемой деятельностью компетентных органов и должностных лиц, которые не для себя, а в “чужих” интересах создают одну из разновидностей правовых средств – общеобязательные веления, необходимые для упорядочивающего властно-результатирующего воздействия на общественные отношения, так называемые нормы позитивного права, официально объективированные в различных официальных источниках (законодательных актах, судебных прецедентах, договорах нормативного содержания и т.д.). Следовательно, правотворчество органично “встроено” в современные процессы правового регулирования, является целенаправленным обеспечительным правовым процессом по созданию позитивного права как одного из необходимых элементов механизма правового регулирования. Оно осуществляется не спонтанно и самопроизвольно в порядке нормотворческой самостоятельности участников социального общения, а осознанно и планомерно, поэтому выступает серьезной альтернативой обычно-правовому способу правового

²⁷ Осипов М.Ю. Указ. соч. С. 38.

²⁸ См.: Малинова И.П. Указ. соч.

²⁹ В.Н. Протасов писал о парадоксальности этого вывода: “С одной стороны, правотворчество – это такая же регулируемая правом сфера деятельности, как и любая другая... Но, с другой стороны, не следует забывать и об относительности такого подхода. Ведь правотворчество – не просто регулируемая правом деятельность, а особый компонент системы правового регулирования, имеющий свою цель” (см.: Протасов В.Н. Юридическая процедура. М., 1991. С. 8).

го регулирования, который уступил свое ведущее место правотворчеству.

Между правовым регулированием и правотворчеством, если их рассматривать как обособленную целостную подсистему правовой системы общества, существует субординация функций, при которой глобальный процесс организации всей общественной жизни необходимо порождает потребность в средствах его осуществления – социальных регуляторах, среди которых только правовые нормы на определенном этапе развития общества начинают создаваться цивилизованным способом – путем правотворчества.

В связи с этим целесообразно для организации общетеоретического знания относительно правотворчества использовать категорию “правовая система” как наиболее содержательную и раскрывающую специфику процессов правового регулирования с учетом специфики определенного общества. Сразу отметим, что не ставили себе задачей в данной статье исследовать категорию “правовая система общества”. Будучи востребованной в последние десятилетия, в том числе особенно после обретения ею статуса конституционной (ст. 15 Конституции РФ), она до сих пор является, с одной стороны, небесспорной с точки зрения ее содержания (от глобально включающей в себя всю сложную и живописную палитру правовой материи во всех ее проявлениях и состояниях³⁰ вплоть до отождествления ее с системой права³¹), а с другой стороны, признание ее значения для теории государства и права колеблется от преувеличенного, когда всю эту науку требуют преобразовать в теорию правовой системы³², до уничижительного, когда делаются попытки вообще ее не принимать во внимание, поскольку ее появление в научном обороте объявляется ошибкой переводчика³³.

Все же представляется, что эта категория закономерно вошла в научный оборот и что у нее перспективное будущее, в том числе и применитель-

но к теории правотворчества. Идея о системном характере всего многообразия проявлений правового способа бытия здесь проявляется двояким образом. С одной стороны, речь идет о системных представлениях, касающихся всей правовой действительности, т.е. об изучении правовой системы конкретного общества. Не случайно некоторые исследователи отмечают: “Основной недостаток традиционной юридической литературы заключается в том, что комплекс объектов, составляющих правовую систему, изучается лишь в статическом состоянии. На протяжении длительного времени внимание правоведов концентрировалось преимущественно на организационно-структурных качествах правовой системы, т.е. на ее статике. Неудивительно, что и совершенствование правотворческой и правоприменительной практики осуществлялось в основном по линии организационных перестроек, а не в плане изменения содержания, методов и стиля правовой деятельности”³⁴.

С другой стороны, сама правотворческая деятельность иногда рассматривается как системный процесс: “В совокупности форм и средств правового обеспечения жизни современного российского общества правотворчество выступает как системообразующий элемент. Систообразующий характер правотворческой деятельности проявляется, во-первых, в том, что качество ее результатов является определяющим фактором в правовом регулировании всей совокупности общественных отношений, в государственном строительстве, в характеристике правовой культуры общества. Во-вторых, правотворчество в широком смысле этого слова является непрерывным процессом, атрибутивным для любого правового явления и процесса. Правотворчество – одна из универсальных характеристик общества с точки зрения его динамики”³⁵.

Думается, что эти два направления могут быть вполне востребованы, так как с их помощью всю совокупность научных представлений о правотворчестве удастся представить более скомпонованной и непротиворечивой. Как известно, *теория – не механическое соединение разрозненных сведений о ее предмете, а организованная*

³⁰ См.: Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 14.

³¹ См.: Соколова Н.С. Система законодательства и виды нормативно-правовых актов // Теория права и государства / Под ред. Г.Н. Манова. М., 1996. С. 180. По мнению проф. Ю.М. Марочкина, Н.С. Соколова не дает своего определения правовой системы, постоянно сбиваясь и употребляя категории “система права” и “правовая система” как взаимозаменяемые понятия (см. об этом: Марочкин С.Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. Тюмень, 1998. С. 9).

³² См.: Карташов В.Н. Указ. соч.

³³ См.: Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. Учеб. М., 1999. С. 449.

³⁴ Сорокин В.В. Концепция эволюционного развития правовой системы в переходный период. Автореф. дисс. ... доктора юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 7, 8.

³⁵ Фральцев В.С. Правотворческая деятельность как системный процесс: на примере субъекта Российской Федерации. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С данным суждением можно вполне согласиться, за исключением того, что правотворчество – не системообразующий, а системообуславливающий фактор правовой системы общества.

совокупность знаний, которая представляет собой систему взаимосвязанных суждений, категорий, понятий. Чтобы теория правотворчества могла претендовать на столь высокий статус, она неизбежно должна приобрести свою систематику. Одним из вариантов системного построения теоретического знания о правотвор-

*честве и выступает категориальный ряд правовой системы общества, который вполне может претендовать на статус ряда всеобщих правовых понятий*³⁶.

³⁶ См.: Шагиева Р.В. Правовая деятельность: эволюция теоретических представлений и ее современное осмысление // Гос. и право. 2014. № 6. С. 70.