

*Розовский Б.Г.,
зав. кафедрой правоведения ВНУ им.В.Даля
доктор юридических наук, профессор*

ПРАВО: ВЕЧНЫЙ ПОИСК СОДЕРЖАНИЯ

*Добровольные рабы производят больше
тиранов, нежели тираны – рабов.
О. Мирабо*

«Право и общество должны говорить на одном языке». Цитата взята из работы, посвященной языку юриспруденции. Здесь, действительно, нужна «точность, терминологическая определенность, отказ от двусмысленности, единообразное определение»¹. Но несовершенство нашего права не столько в нарушении семантики (что, безусловно, плохо), сколько в прямом и скрытом расхождении предписаний закона с интересами преобладающей части общества, которая вынужденно говорит на языке, отличающемся от языка закона в прямом и переносном смысле.

В период существования социалистического лагеря французский правовед Р. Давид писал: «Пересечь границу социалистической страны – это значит попасть в новый мир с другой постановкой проблем, в мир, где такие понятия, как демократия, выборы, парламент, федерализм... приобретают часто другой смысл». Характеристику институтов советского права Р. Давид начинает с подзаголовка: «Обманчивый характер терминологии», отмечая, что «понятия советского права – это практически нечто иное, чем соответствующие понятия буржуазного права»².

Ну, ликвидировали советское право, выкладываясь из сил, творим буржуазное право. И что, стало лучше жить, превысили уровень советской экономики, создали совершенный правопорядок? Есть крылатое выражение: «Оптимисты смотрят телевизор, пессимисты смотрят интернет, реалисты смотрят в холодильник». Как не грустно, при любой идеализации человека его бытие в конечном итоге определяется содержанием социального

¹ Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции: монография. - М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. - С. 38-39.

² Давид Р. Основные правовые системы современности. - М., 1967. – С. 235.

«холодильника», выражением которого и является право. В абсолютном большинстве исследований авторы рассыпают праву массу панегириков. Не буду отрицать, в истории право сыграло значительную организующую роль общества. Однако в преобладающей части оно было инструментом диктатуры власти. За всей идеализированной шелухой философско-теоретических блужданий нельзя не видеть, нельзя отрицать, что действующее огосударственное право, коим именуется законодательство, есть не что иное, как клетка с мощными железными прутьями, куда помещают человека как зверя, якобы опасного для общества. Это жизне-трудовая колония, где граждане обязаны владеть существованием по жестко регламентированным государством правилам под неусыпным его контролем. Значительная же часть продуктивной жизни человек осуществляет, правдами и неправдами выходя из этой клетки, за ее пределами.

Если непредвзято посмотреть на направленность деятельности правоведов, на действующее законодательство, становится очевидным, что право в их интерпретации последовательно и методично зеленый покров земли жизни закатывает в асфальт и затем размещает на нем искусственные «экологические» образования. Непонятно, почему на протяжении тысячелетий мы пытаемся пользоваться правом, сконструированном как бы в перевернутом виде, где в основе лежит безоговорочный запрет, а не дозволение, стимулирующее поиск новаций, прогрессивных преобразований на пути цивилизованной эволюции человека и общества. У нас же даже само дозволение является своеобразной формой запрета, ибо разрешает действовать только в четко ограниченных пределах.

В философии и теории права законность преподносится как синоним справедливости. Осмелюсь утверждать прямо противоположное: законность, как и право в целом, в массе предписывающие запреты, в принципе не может быть справедливым. Азбучно: запрет трактуется как невозможность возможного¹. Он предполагает существование субъектов, чьи интересы не совпадают с оценкой законодателя, пытающихся воспользоваться возможностью, но не имеющих на то право. Уже само это противоречие свидетельствует о неоднозначной оценке тотальной справедливости закона. Постулируется, что свобода одного кончается там, где начинается свобода другого. Или, наоборот, свобода одного начинается там, где она кончается у другого. Здесь действует принцип «сообщающихся сосудов». Но любой запрет исключает достижение равновесия, как условие нормальных согла-

¹ Из народного юмора: «Самое большое преимущество любовницы заключается в том, что с ней можно поговорить о недостатках жены. Попробуйте поговорить с женой о недостатках любовницы».

сованных действий людей в обществе, превращает в фикцию провозглашенный принцип равенства их прав, заставляет идти в одну сторону по начертанной узкой дорожке. Показательный факт. При проведении социологического опроса среди сотрудников органов правопорядка были получены потрясающие результаты: из 700 опрошенных следователей и оперативных работников 502 заявили, что при расследовании и раскрытии преступлений, борьбе с преступностью в высшую справедливость верят больше, чем в нормы закона¹.

Удельный вес запретов можно рассматривать как коэффициент справедливости права, воплощенного в законе. Запрет служит препятствием при проведении переговоров заинтересованных сторон. Оценку его вреда можно сделать, используя разработанную на базе теории игр американским математиком Доном Нэшем концепцию ведения переговоров, получившую название «равновесие по Нэшу». Вкратце она сводится к тому, что во время ведения переговоров (неважно, политических, экономических или бытовых) обе стороны должны учитывать интересы друг друга. Если переговорщики стремятся сотрудничать, а не наносить друг другу ущерб (добавим, в том числе путем использования запретов, препятствующих достижению результата, желаемого одной из сторон), то в выгоде в итоге останутся все участники, а общая эффективность переговоров возрастает в разы. За разработку концепции Нэш был удостоен Нобелевской премии.

«Равновесие по Нэшу» с научной точки зрения продемонстрировало всю неэффективность и вред дикого капитализма, когда каждый стремился «утопить» конкурента любыми средствами. Здесь правомерна аналогия. Историческая мифология хорошо готовит к войне, но плохо объясняет, как жить и строить партнерские отношения в мире, где войны, хотя и происходят, считаются чем-то экстраординарным и нежелательным. Имперская идентичность мыслит себя в кольце врагов в то время как современный мир требует скорее навыков торговой кооперации, умения договариваться с другими, действуя на равных. Просто «победить и присоединить» уже невозможно.

Отметим, что недавно была выдвинута идея использовать компьютер в качестве независимого переговорщика в ситуации, когда процесс зашел в тупик. Такие программы, будучи независимым агентом, могут сдвинуть процесс с мертвой точки, не нарушая баланса интересов разных сторон².

¹ Захарцев С.И. Некоторые проблемы теории и философии права / Под ред. В.П. Сальникова. – М., 2014. – С. 130-131

² Подробнее на FB.ru: <http://fb.ru/article/56726/teoriya-igr-v-ekonomike-i-drugih-oblastyah-chelovecheskoy-deyatelnosti>

Сказанное не означает полный отказ от запретов. Здесь, как и во всем нужна мера. Не всякое возможное полезно человеку и обществу, многое чревато опасностью причинения вреда. Для его предотвращения и регламентируется запрет. Но любые оценки зависят от времени, уровня знаний и сознания его утверждающего¹. В подавляющем большинстве ущерб (вред), наступающий при нарушении запрета, имеет социальную и экономическую оценку. (По Пифагору «Все есть число»). Законодатель должен стремиться дать понятную гражданам экономическую или социальную оценку необходимости запрета и возможности отступления от него. Не исключение, когда выгода, получаемая при нарушении запрета, многократно превышает ущерб, полностью его компенсирует. Во все времена находились люди, действующие вопреки запрету и получающие социально и экономически полезный результат. Все достижения прогресса – результат нарушения тех или иных запретов. Однако угроза ответственности была и есть фактором, тормозящим развитие, порой приводящим к коллапсу. Поэтому принцип: «Купите изменение в законе» в прямом и переносном смысле должен быть основополагающим в правоприменительной практике, как условие обеспечения справедливости права и законодательства.

Ставить вопрос о коренной реконструкции права ни теоретически, ни практически невозможно, не определившись с перспективами развития нашего общества. Здесь, как не пытайся прыгать через ступени, не уйти от решения уже существующих, имеющих тысячелетнюю историю земных проблем. Я не обладаю даром ясновидения и не хочу обсуждать, произойдет в перспективе смена капитализма каким-либо вариантом социализма, или нет. Буду исходить из анализа тех тенденций, которые нарастают в повседневной действительности, требуют раскрепощения человека от чрезмерных правовых оков.

Английский писатель Олдос Хаксли написал: «А что, если наша Земля – ад какой-то другой планеты?» Невероятно? А почему? Что, если без ссылок на внеземные цивилизации, посмотреть непредвзято на себя, на свое окружение, на условия быта и работы, на свои устремления, надежды и возможность их достижения. Сопоставить философский идеал, так упорно рисуемый поколениями высоколобых, и обыденную реальность. Оку-

¹ Культуролог М. Швыдкой, например, справедливо утверждает: «Невозможно жить при капитализме, требуя социалистических гарантий безопасности и комфорта... С годами стало ясно - не надо грезить о «социализме с человеческим лицом», так как «человеческое лицо» может быть безо всякого социализма. Впрочем, мне с трудом удастся разглядеть это человеческое лицо в реальном капитализме. Наверное, потому, что с годами ослабевает зрение».

нуться в хаос экономики, проникнуть в дебри идеологии. Оценить нравственные и культурные устои преобладающей части населения. Охарактеризовать наших правителей и взвесить уровень раболепства обывателей. Определить по Диогену, чего больше – народу или людей? - Не окажется ли ад с котлами с кипящей смолой детской забавой в сравнении с нашей действительностью?

Имеет ли мы право именоваться цивилизованным обществом? В чем наше отличие от далеких предков? В том, что одежду из невыработанных звериных шкур и птичьих перьев сменили на наряды от мировых кутюрье? (Кольца в носу кое-кто носит и сейчас на самых высокосветских раутах). Сырое мясо сменили на фаст-фуд и поп-корн? Горы книг по философии написали, в космос слетали? - Да, это есть. Но не в другом ли главное?

Первобытные племена сражались друг с другом за территорию, за самобытность. Это было основой их выживания. А мы? Не уподобились ли им, а точнее – не сохранили ли их статус и первобытные инстинкты, сосредоточив усилия на огораживании государственных границ, борьбе за ресурсы и влияние? И еще вопрос, кто цивилизованнее: первобытные племена со временем отказались от использования отравленных стрел и копий, а наши современные дикари соревнуются в создании оружия массового поражения – атомного, бактериологического, климатического и др., наращивают у себя потребительские корзины, тогда как в других странах миллионы людей гибнут от голода. Так ад это или не ад?

Вся история человечества – история больших и малых, длительных и скоротечных кровавых войн и сражений. Наверняка, нет, и не было поколения без многочисленных сирот, вдов и инвалидов вследствие этих войн. Наивно полагать, будто война – это только материальные потери. Война разрушает психику человека, негативно влияет на его морально-нравственные убеждения, существенно снижает барьер противоправного поведения.

Вдумайтесь: мы практически всю мужскую половину населения при вступлении во взрослую жизнь учим, прежде всего, убивать, убивать сознательно и профессионально, для чего законодательно регламентируем всеобщую воинскую повинность. (Американский писатель Джон Стейнбек очень точно сказал: «Солдат – последнее звено эволюции животного мира»). Человек смолodu готов стать убийцей, насильником, грабителем – таковы условия войны. Он воспитывается безоговорочно выполнять приказ убивать, убивать не только солдата вражеской армии, но и женщин, детей, стариков. В Англии рассекретили аудиозаписи разговоров пленных немецких солдат – они говорили об этом без эмоций: был приказ, и его выполняли.

Честно скажу, для меня зверства немецких фашистов в годы Великой отечественной казались верхом человеческого безумия. Но появилась книга американского медика, социолога и журналиста Ника Тореса «Убей все, что движется: настоящая американская война во Вьетнаме», написанная по материалам рассекреченных архивов министерства обороны США, и я в шоке. Мы превозносим Западное, прежде всего американское, общество, готовы чуть ли не целовать его во все места, трубим о необходимости глобализации – и вот факты.

Оказывается, американских солдат учили не считать вьетнамцев за людей. Для этого было создано так называемое правило гук (англ. *Gook - грязь, деревенщина, на американском военном жаргоне пренебрежительное прозвище азиатов*). Слово «гук» в годы вторжения полностью заменило слово «вьетнамец». Бойцам сразу старались привить, что местные жители полулюди, которых можно убивать без суда и следствия.

Главным показателем успешности действий того или иного американского подразделения во Вьетнаме было количество убитых им «гуков». Счет велся по представленным командованию телам или их частям.

Командиров на местах вынуждали становиться хладнокровными убийцами, чтобы «показатели» работы были «хорошими». Расстреливая задержанных, пленных и просто мирных жителей, военные поднимали рейтинг своих отделений, взводов, рот и батальонов. Самым распространенным доказательством служили отрезанные уши. Солдаты, у которых их было больше, получали бонус — медали, пиво, поездки на несколько дней на пляж. **Поэтому** части человеческих тел стали со временем еще и предметом бойкой торговли. «Более успешные» в бою солдаты продавали уши вьетнамцев менее везучим сослуживцам, желавшим продемонстрировать другим свою «доблесть».

В одном из подразделений было принято рубить врагам головы. Каждый, кто приносил кровавый трофей командиру, получал дополнительную порцию пива. Один сержант сварил голову убитого в кипятке, очистил ее и пытался обменять череп на пиво. Среди солдат бытовало мнение, будто вьетнамцы верят, что если тело убитого лишили какой-либо части, то душа никогда не попадет на небеса. Поэтому издевательства на трупами считались еще и формой психологического воздействия на местное население.

Было «модно» делать ожерелья из зубов, носов, пальцев убитых и даже гениталий. Трупы часто одевали так, чтобы придать им комический образ для «фото на память». Головы насаживали на колья, а тела бросали на армейские автомобили и колесили по вьетнамским деревням.

«Мясник дельты» — такое прозвище получил один из самых одержимых сторонников борьбы за «кровавый рейтинг» командир 9-й дивизии

генерал-лейтенант Джулиан Эвелл. Он, не задумываясь, отдавал приказы артиллерии и авиации наносить удары по самым густонаселенным районам дельты реки Меконг — рисовой «житнице» вьетнамцев. От подчиненных генерал требовал постоянного роста «рейтинга». Кто не соглашался, того немедленно смещали с должности.

За содеянное никто не ответил. Генерал впоследствии получил высокую награду и повышение (и с почестями был похоронен среди других героев на Арлингтонском национальном кладбище)¹.

Человек имманентно противостоит войне психологически, интеллектуально. Давно подмечено, чем печальнее эпоха для современника, тем продуктивнее она для философа, историка, писателя, художника. Воспитание слепого подчинения военному приказу в определенной мере трансформируется в повседневную мирную жизнь, приводит в обществе к снижению уровня критики и самокритики, дефициту самоорганизации граждан в решении жизненных проблем.

Но и мирный человек еще не вышел из своего первобытного состояния. Для него жизнь — это работа, жизнь ради работы, которая создает соответствующие условия для существования, превращая по законам экономики, как «однеженного хозяйства», всё живое в мертвое. (Ю. М. Осипов). Человек не представляет себя вне работы. Работа в его жизни на первом месте. Он и письменность-то придумал, чтобы вести хозяйственные записи. Даже словари толкуют досуг как время, не занятое работой². Его крайне мало, большая часть уходит на поддержание условий существования, заботы о потомстве. Попытки самосовершенствования — удел немногих, да и, в основном, опять-таки в целях работы, возможности получать большую оплату труда. К тому же они нередко принимают извращенную форму: в иностранных вузах студенты платят, за то, чтобы учиться, а в наших — за то, чтобы не учиться. Цель — диплом, а не знания.

Ныне большинство отраслей права — это княжеские замки, куда другие венценосцы в гости ходят редко. Даже каждая из таких неразрывно связанных отраслей, как хозяйственное и трудовое право регламентирующие первооснову нынешнего общества — экономического отношения, закованы в жесткие скафандры, рассогласованы в целях регулирования. Понятно, задача трудового права — обеспечить максимальную защиту наёмного работника. Но работника, занятого в системе общественного хозяйствования (в

¹ Цит. по: Белоус Н. Вьетнам — вторжение мясников и психопатов. / Еженедельник «2000». — 2013. — № 19 (653).

² Сатирики отмечают: только в русском языке слово «работа» образовалось от слова «раб», а «увольнение» от слова «воля».

широком смысле). Его права не могут противоречить целям хозяйствования. А на деле? Что означает фиксированная минимальная оплата труда? Не надо ссылаться на Запад. У нас чуть ли не каждый наниматель сталкивается с проблемой «прохладного» отношения к работе некоторых сотрудников, а уволить их на этом основании - ещё одна проблема. Есть социальная функция: государство должно обеспечить прожиточный минимум своим гражданам. Но это обязанность государства, а оно переложило её на нанимателя, игнорируя принцип оплаты по результатам труда.

Не меньшая нелепость - многочисленные льготы, выслуга лет. Их установили в целях привлечения кадров для работы в относительно неблагоприятных условиях. Но надо улучшить эти условия или компенсировать в зарплате сегодня, а не переносить на будущее. Человек по ряду причин «выдохся», не в состоянии работать в полную силу, но смена сферы деятельности, где мог бы дать большую отдачу, принести большую пользу обществу - это потеря в сумме пенсии. Вот и домучивает он себя и работодателя.

Современным исследователям отечественного права трудно преодолеть сохранившиеся в памяти стереотипы трудовых отношений в социалистических предприятиях, где был весомой фигурой профсоюз, существовали советы трудовых коллективов, товарищеские суды, коллектив мог взять на поруки работника, обвиняющегося в совершении преступления, и контролировать его поведение. Подавляющее большинство конфликтов разрешалось в самом коллективе, а если стороны не приходили к соглашению, за поддержкой можно было обратиться к депутату, в райком партии - обычно реакция была своевременная и весомая.

Сегодня всего этого в общей массе предприятий нет, наступила эра почти тотальной атомизации человека. Постулируется, что свободен лишь человек - атом, преследующий свой собственный интерес, имеющий атом - голос в обществе. Кардинальные изменения концепций, революции в праве, в отдельных его отраслях, болезненны, особенно если осуществляются в отрыве от реально происходящих в обществе процессов. Данный процесс не мог не затронуть трудовое право. Представление, будто трудовое право регулирует отношения между работником и работодателем у конкретного субъекта хозяйствования, мягко говоря, примитивно. Трудовое право - составляющая, и весьма весомая, системы регулирования общественных отношений в экономике, в народном хозяйстве в целом любого государства. Наивно ограничивать трудовое право стенами предприятия. Форма регулирования трудовых отношений напрямую зависит от состояния, сформированности гражданского общества. Не будет преувеличением утверждение, что трудовой коллектив и гражданское общество - это сообщающиеся со-

суды. Нельзя ослаблять государственно-правовую защиту работника, если за воротами предприятия незрелое гражданское общество.

Понятно, рождение нового политического и экономического строя требует законодательного регулирования. Но разработка законодателем желаемых политических и экономических нормативов, которые сегодня еще не являются естественными продуктами общества, оправдана лишь при условии, если они синхронизируются с зарождающимися социальными процессами, предусматривают комплексное на них воздействие. Дореволюционный классик Б.С. Кистяковский полагал: «С точки зрения правовой политики право есть совокупность правил, помогающих находить решения или устанавливать нормы для удовлетворения вновь возникающих потребностей или осуществления новых представлений о праве». Когда правовая норма предписывает одно, а социально-экономические условия жизни – другое, решающую роль в выборе линии поведения, в конечном счете, сыгрывают именно социально-экономические факторы. Произошедшее обвальное имущественное расслоение общества, какими бы благими целями оно не оправдывалось вестернизированными властными элитами, есть результат по - Ф. Ницше «реформирования молотом». Нужен этап инструментальной доводки. Отечественное трудовое право, будь оно самое совершенное, и именно потому, что оно совершеннее реалий жизни, в существующей форме должно ждать своего времени.

В отсутствие гражданского общества возрастают требования к качеству права, его эластичности, актуализируется его роль в регулировании трудовых отношений. Трудовое законодательство независимой Украины, как рождественского гуся, систематически нашпиговывают новыми нормами, меняют содержание существующих. Идет безоглядная ориентация на западные образцы без учета отечественных реалий. В итоге получили во многом зеркальное их отражение. Различия где-то есть – невнимательно списывали, но эффект – мизерный.

Причин много, основная – это отсутствие или незрелость в Украине того самого гражданского общества, которое на Западе якобы исчезает. Сейчас модное направление в науке – исследование различий между частным и публичным. Предлагают даже ликвидировать существующую отраслевую систему права, установив градацию только права частного и публичного. В отличие от частного, публичный интерес определяется в юридической литературе как «признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит гарантией ее существования и развития»¹. В этом направлении строится и

¹ Тихомиров Ю.А. Публичное право. - М., 1995. – С. 55.

система отечественного трудового права. Государство – вершитель судеб, оно по идее держит в узде нанимателя рабочей силы, защищая при необходимости работника от его произвола. Теоретически – все идеально. Но на деле государство – это что-то далекое и эфемерное. Есть конкретный чиновник, однако у него своих хлопот полный рот, а если уж припечет, с ним можно «договориться». Иметь дело с судами – себе дороже, здесь и объяснять не надо.

На Западе государственная машина работает, можно сказать, без сбоев. Но, как не странно, зарубежное трудовое право, в отличие от нашего, куда меньше ориентировано на государственный авторитет. В этом нет особой необходимости – для каждого руководителя куда страшнее любого государственного наказания потеря общественного престижа. Если достоянием общности станет нарушение на предприятии регламентированных законом чьих бы то ни было прав, неисполнение возложенных обязанностей – неизбежна активная реакция: бойкот покупателями производимых товаров, отказ от дальнейших отношений партнеров – субъектов хозяйствования. А это – потеря доходов, угроза разорения. Невыплата или несвоевременная выплата предпринимателем заработной платы работникам расценивается в бизнесе как весомый признак финансовой несостоятельности предприятия со всеми вытекающими отсюда последствиями. Наличие конфликта между нанимателем и работником воспринимается как ненадежность его в партнерских отношениях и т.д.

У нас же все «свое». Так, безнаказанность увольнения недовольного стала нормой. До российской агрессии на одной из шахт Донбасса (название ее в публикации корреспондент сообщить не пожелал, известно только, что ее владелец – народный депутат) трудовые контракты заключались на один месяц. Каждый раз шахтеры в тревоге: возьмут – не возьмут? – бегают по отделам переоформлять документы. Каких-либо оснований не перезаключать контракт, естественно, нет. В условиях, когда шахта является градообразующим предприятием, столь же естественно нежелание работников заявлять какие-либо претензии нанимателю. У них, как в тоталитарном государстве, осталось лишь право публичного выражения солидарности с начальством. Социальное свойство человека – не стоять безропотно в стороне, когда другие лица угрожают твоему существованию, нивелировано до нуля. Прокуратура, профсоюзы создают видимость активности без видимых результатов.

Не выплачивают зарплату месяцами, даже годами – люди терпят, надеются на будущее – куда денешься. Выборочно возбуждаются уголовные дела, но ситуация не меняется, статистика неутешительная.

Правопорядок – это когда люди живут так, как они зарабатывают. Хроническая материальная необеспеченность, порой на грани бедности, заставляет работников жить сегодняшним днем. Отсюда согласие получать якобы бóльшую зарплату «в конверте», забывая, что завтра будет мизерная пенсия. Отсюда закрываются глаза и на другие нарушения правопорядка, санкционируется любой правовой произвол. Права человека и существуют для того, чтобы ставить преграды произволу и беззаконию. И если в обществе права эти не уважаются, то, стало быть, и преграды для своеволия государства и его должностных лиц не существует.

Наивно полагать, что люди, обреченные на безысходность, на полную зависимость от работодателя могут стать реальными обладателями статуса субъекта права, в том числе и права трудового. Их реальный статус – субъект крепостного права в номинально цивилизованном, но не гражданском обществе. Трагедия в том, что, как и в прошлом, многие не хотят расставаться с «баринством», боятся неизвестности¹, не видят другого пути.

Правовые начала и законность – важное условие жизни цивилизованного общества. Однако значение юридических норм переоценивать не стоит. Правовой фетишизм, придание закону магической силы, превращение его в икону может вредить нормальному развитию общества. Нет, и не может быть идеальных законов «на все случаи жизни». Более того, нет необходимости, чтобы гражданин каждый свой шаг согласовывал с законом. В идеале, подобно тому, как известный герой не знал, что он говорит прозой, так и гражданин может не знать, что он во всех случаях поступает по закону, является субъектом правоотношений. Хороший закон тот, который регламентирует линию поведения, наиболее удобную, наиболее приемлемую, я бы сказал – обыденную для пользователя. К. Маркс был прав, утверждая: «Общество основывается не на законе. Это – фантазия юристов. Наоборот, закон должен основываться на обществе, он должен быть выражением его общих ... интересов и потребностей...»². Обращение к закону необходимо тогда, когда возникает потенциальная угроза конфликта, предотвратить или разрешить который наиболее удобно в рамках действующих предписаний. Но давайте будем объективны и честно ответим на поставленный вопрос: удобно ли наше законодательство, насколько быстро и справедливо оно

¹ Термин «боязнь неизвестности» заимствован из американской социологии организаций, в частности из работ Джеймса Г. Марча. См.: Cyert R.M., March J.G. A Behavioural Theory of the Firm // Englewood Cliffs. New Jersey, 1963. Inkels A., Levinson D.J. National Characters: The Study of Modal Personality and Sociocultural Systems // The Handbook of Social Psychology. Massachusetts, 1969. Vol. 4.

² Маркс К. и Энгельс Ф. Полное собрание сочинений. – Т. 6. – С. 259.

позволяет предотвратить или разрешить конфликт? Не удивительно, что хозяйственная практика пестрит примерами деятельности, основанной на «домашнем» нормотворчестве. И это нужно только приветствовать.

Так, в Великобритании существуют аналоги наших обществ с ограниченной ответственностью. Однако есть и отступления от стандарта. В отнюдь не единицах полученный доход является достоянием всех учредителей, но в случае убытков материальную ответственность несет тот, по чьей вине они наступили.

Можно вспомнить, еще в древности, по словам Софокла, Антигона, невзирая на гнев Креона, добилась погребения своего брата, опираясь только на «закон богов, неписанный, но прочный, ведь не вчера был создан тот закон»¹. В хозяйственном, гражданском и других отраслях права существуют свой закон богов – писаная и прочная форма, по которой оформляются имущественные и ряд других отношений, именуемая договором (контрактом). Сама форма контракта ориентирована на «механическое» решение арбитром потенциально возникшего спора, поэтому детально расписываются все условия сделки.

Чрезмерный акцент на потенциально возможных нарушениях устанавливаемого правопорядка и разработка соответствующих мер ответственности – одна из особенностей постсоветской теории и практики нормотворчества.

Например, считается, что «основной целью правового регулирования обязательственных отношений в сфере хозяйствования является обеспечение всесторонней защиты участников рынка, а также создание благоприятных условий для предотвращения неисполнения или ненадлежащего исполнения хозяйственных обязательств»². Предотвращение вероятных сбоев в исполнении договоров – задача важная. Но нельзя ее отождествлять с основной целью правового регулирования, считать приоритетной задачей. Вполне понятно, что в реальной действительности стороны, заключая договор, рассчитывают на беспрепятственное его завершение и потому оговаривают в первую очередь конструктивные условия исполнения.

Отсюда логично и систему правового регулирования строить на регламентации стандартных бесконфликтных процедур выполнения обязательств, ставить именно это целью правового регулирования договорных отношений. Столь же логично уделять первоочередное внимание разработке и правовой регламентации оптимальных условий формирования опять-

¹ Софокл. Антигона, стих 471-473.

² Герасименко А.А. Обеспечение исполнения хозяйственных договорных обязательств по реализации продукции : Дис.... канд. юрид. наук. - Донецк, 2003. - С. 4.

таки стандартных договорных обязательств и режима их исполнения. К сожалению, цитированная формулировка объясняется не только специфической темой диссертационного исследования. Она отражает преобладание общей направленности наук юридического профиля.

Однако жизнь полна неожиданностей. Так, при сделках, заключаемых на длительный срок, условия их выполнения подвижны: меняются цены, курсы валют, сроки и объемы поставки и т.д. Может вообще измениться спрос на изготавливаемую продукцию, потребуется ее модификация. Формализованное право требует в таком случае дополнительных согласований и внесения их в контракт, что задерживает выполнение договорных обязательств, требует привлечения квалифицированных юристов, иногда - специальных обоснований. Отнюдь нередко заключенные договоры не выполняются из-за сбоев в работе одной из сторон, расторгаются по причине несогласованности действий.

За всю историю существования права написаны, наверное, сотни тысяч работ, посвященных совершенствованию различных контрактов. Однако все они исходят из посыла самостоятельности субъектов договорных обязательств и индивидуализации усилий каждого по их выполнению. Не буду вдаваться в исторические причины такой парадигмы. Но насколько вечно основанная на «законе богов» такая обособленность?

Ныне в ряде стран набирает силу принцип всенародной собственности природных ресурсов. В Украине он гарантирован Конституцией. О формах его реализации особый разговор. Важно одно: если каждый гражданин является собственником природных ресурсов, то он объективно заинтересован в эффективной их эксплуатации любыми владельцами, в получении доли их доходов. Неисполнение договора, тем более судебный спор разрешения конфликта – патология хозяйственной деятельности, хозяйственного процесса. Нарушение договорной дисциплины (потери, связанные с судебными процессами, во многих организациях составляют от 3 до 10% годового дохода¹) означает неполучение или недополучение запланированной продукции, утрату прибыли, ущемление интересов каждого гражданина - пока каждой страны, в перспективе - всего мира.

В. Бернхем, ссылаясь на американскую судебную практику, заявил: «Не следует думать, что стать банкротом – это частное дело корпорации, здесь должны учитываться и общественные интересы». В большинстве штатов США, констатирует автор, в числе других вопросов, «внимание уделяется недостаточной капитализации, когда значительные капиталы

¹ Sweeney P. Keping Legal Costa Down // Financial Executive. - Desember 2001. - P. 47-48.

компания тратятся впустую, недостаточно средств направляется на основную деятельность и есть опасность причинения больших убытков»¹. В Украине, и в теории, и в практике деятельности хозяйственных судов такой подход широкого распространения не получил, хотя ч. 1 ст. 90 ХПК прямо регламентирует: «Хозяйственный суд, выявив при разрешении хозяйственного спора нарушения законности или недостатки в деятельности предприятия, учреждения, организации, государственного либо иного органа, выносит частное определение».

В этих условиях логично ставить вопрос об изменении существующей идеологии хозяйствования и, соответственно – системы правового регулирования. Сегодня сущность хозяйственного договора хорошо отражает одесский анекдот. Построили корабль. Но не успели покрасить. До сдачи комиссии осталось два дня. Никто красить его не берется. Тут появляется мужичок: я покрашу корабль. – Приезжает комиссия. Корабль блестит белоснежно. Сели на катер, объехали с другой стороны – а он ржавый. К мужику, а он говорит: внимательно читайте контракт: «Одесское пароходство, с одной стороны, и Иван Львович, с другой стороны, заключили контракт на покраску корабля...»

По большому счету при всей индивидуализации прав и задач субъектов хозяйствования, фактически все они осуществляют разбитую на этапы, но единую по конечному результату хозяйственную деятельность. Подчеркиваю: при юридической обособленности, субъекты договорных отношений *осуществляют совместную хозяйственную деятельность*. Но коль так, то тогда насколько логичны правовые разграничения договорных отношений субъектов этой деятельности?

Да, сравнительно недавно расстояние в десяток километров было препятствием для повседневных контактов. Но сегодня, даже если одно самостоятельное предприятие будет в Антарктиде, а второе на Северном полюсе – современные информационные технологии позволяют организовать их управление в едином режиме². Каждая из сторон может осуществлять взаимный контроль за движением сырья, соблюдением технологий, наличием финансовых ресурсов и пр. Произошла какая-то заминка, - контрагент придет на помощь. Разумные не предусмотренные договором затраты эффектив-

¹ Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. – К.: Україна, 1999. – С. 132.

² Уже существует целая энциклопедия по «новой экономике» - «инновационной», «информационной», «цифровой», «виртуальной», «высокотехнологичной», «экономике знаний», «экономике внимания», «сетевой экономике» - Encyclopedia of the New Economy //<http://www.hotwizecl.com/special/ene/>.

тивнее, чем убытки при неисполнении договора, компенсация которых связана с судами, замораживанием средств, да и само возмещение зачастую проблематично. Если помощь не оправдана, то хоть своевременное реагирование позволяет избежать больших потерь.

Работа под прозрачным стеклом исключает доведение до банкротства, срыв технологического процесса и т.д. Ситуация не меняется, если договор и их участников много – коллегиальные решения не новость в хозяйственной практике. Если задача технически решается - а с внедрением роботов она становится элементарно простой и экономически выгодной – почему отсутствует новаторский подход в праве?

Догматический консерватизм присутствует в оценке многих правовых институтов. Давайте оценим гипотетическую ситуацию. Ученые разработали препарат, излечивающий 80% больных, страдающих ранее неизлечимой болезнью. Изобретение запатентовали, на него распространили статус коммерческой тайны. Другие ученые параллельно продолжают поиск более эффективного препарата. Через пять лет нашли, добились излечения 95% больных. Оказалось, в него входят те же составляющие, что и в ранее изобретенный, но в иных соотношениях и добавлено два новых компонента. По оценке специалистов, будь рецептура первого препарата общеизвестна, его модификация заняла бы считанные месяцы, спасла жизнь многих людей. Но и новый, модифицированный препарат запатентовали.

Причина элементарно проста. Патент, коммерческая тайна призваны обеспечить компенсацию расходов изобретателя и получить желаемую прибыль. Стремление закономерно, посягательство на него может выступить антистимулом научно-технического прогресса. Но нет безальтернативных ситуаций. Не так уж сложно построить экономно-математическую модель, по которой в сумме прибыли рационализатора рассчитывалась бы доля первоизобретателя. Не сложно организовать и систему распределения между ними доходов. Социальная «овчинка», безусловно, стоит «выделки». Основополагающий, я бы сказал классифицирующий показатель цивилизованного общества – это, наряду с критериями культуры, морали и нравственности – уровень совокупной общественной выгоды от результатов деятельности субъектов хозяйствования. Попросту говоря, каждый должен стремиться работать на уровне лучшего, а государство обязано организационно обеспечивать повсеместное достижение передовых результатов. В этом плане, чтобы не говорили, СССР не было равных. Передовой опыт работы трудовых коллективов централизованно изучался и обобщался, широко пропагандировался, организовывалось посещение передовых предприятий представителями других хозяйствующих субъектов соответствующих отраслей хозяйствования. Легендой становились люди, достигшие

высоких положительных результатов в организации работы, переходивших в отстающие бригады и поднимавшие там производительность труда. Гагановское и другие движения были символом данной новации. Это именно тот случай, когда обычай становится обычным правом, получает широкое (теоретики права, на мой взгляд, излишне широко именуют его народным) признание и распространение в соответствующих сферах хозяйственной и иной деятельности. Вполне очевидно, по этому показателю капитализм, прямо регламентирующий и защищающий право коммерческой, банковской и иной тайны проигрывает социализму.

Обсуждая проблемы повышения эффективности хозяйственного права, нельзя обходить вопрос о его тесном взаимодействии с правом процессуальным.

В основу выделения в самостоятельную отрасль бывшего арбитражного, а ныне хозяйственно-процессуального права был положен традиционный критерий – предмет правового регулирования. Однако водораздел между хозяйственным и гражданским процессами на деле не столь велик и не столь строг, чтобы исключить диффузию, а то и прямое отождествление норм этих отраслей. Например, трудно четко определить различие в процессуальном порядке разрешения споров о не возврате кредита между двумя юридическими лицами и аналогичного спора о не возврате долга между лицами физическими. И подобных ситуаций немало.

Очевидно, при выделении хозяйственного процесса в самостоятельную отрасль учитывалась какая-то специфика, ставились какие-то цели, оправдывающие неизбежные издержки, порождаемые несвойственным в целом системе права частичным дублированием норм. Но какие? К сожалению, в теории права ответ на этот вопрос найти трудно. А без него мы можем получить практически неограниченное поле для всякого рода околонучных фантазий с предложением создать брачно-семейное процессуальное право, авторское процессуальное право и кучу других отраслей. Почему бы нет? Ведь предмет регулирования, безусловно, специфичен. Существующая неопределенность, а точнее – отсутствие определенности привело к тому, что в реформированной судебной системе арбитражный процесс и гражданский процесс оказались спроектированными по единому шаблону, с одинаковым порядком рассмотрения споров и обжалования решений, с одинаковыми сроками и т.д.

Не претендуя на полное решение проблемы, попытаюсь предложить для обсуждения несколько отправных моментов.

Если цели и задачи гражданского процесса множественны и их, в принципе, допустимо формулировать даже с привлечением набора философских категорий, то цель хозяйственного процесса одна и сугубо прагма-

тичная – обеспечить беспрепятственное эффективное функционирование экономики. Поэтому принцип конкуренции вполне обоснованно должен быть распространен на отношения сторон не только в хозяйственном праве, но и в хозяйственном процессе, где в судебном заседании выясняют отношения не дилетанты, а профессионалы. Это означает, что хозяйственный суд должен быть не только правым (что обсуждению не подлежит), но и *скорым*, ибо даже правильное, объективное судебное решение, вынесенное с затяжкой, может уже не реанимировать предпринимательскую деятельность, парализованную судебной тяжбой.

Вспомним, Магдебургское право, применявшееся в Украине, имело такой институт, как «горячее право». Так называемые гостиные суды рассматривали споры иногородних купцов во время проведения ярмарок и споры местных купцов с приезжими, руководствуясь принципом: решение должно быть вынесено, «когда ноги купцов еще были в пыли»¹.

Обладает ли хозяйственный процесс какими-то «ускорителями», которых нет в процессе гражданском? Полагаю, да. Стороны, участвующие в процессе хозяйственном, обладают одной специфической особенностью: в повседневной деятельности они априори *обязаны* соблюдать некий набор *стандартных процедур*, априори *обязаны* соблюдать установленный *стандартный порядок* юридического оформления своих действий. Если старушка, обращаясь в суд, может просить вызвать свидетелей в подтверждение того, что она одалживала ответчику деньги, то в хозяйственном процессе перечень источников доказательств должен быть самый минимальный, а судье там отводится роль наблюдателя за соблюдением честных условий игры.

Еще раз обратимся к практике применения Магдебургского права. Сторонам в процессе (согласно актовым документам украинских судов «сторона поводная», «укривжоний», «сторона жалобливая», позже «челобитчик», «кистец» и «сторона отпорная», «ответчик») предоставлялось право пользоваться услугами уполномоченных-адвокатов. Последние должны были безукоризненно соблюдать соответствующие процессуальные формулы, ибо даже в случае ошибки в слове дело можно было проиграть. Не случайно «Саксонское Зеркало» требовало, чтобы после каждого выступления «уполномоченного» («говорителя») суд выяснял у стороны, подтверждает ли она его слова. И, наверное, самое показательное: источники Магдебургского права устанавливали, что адвокат, который действовал

¹ Харитонов О.І., Харитонов С.О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х., 2002. – С. 368.

непрофессионально, карался смертной казнью¹. Комментарии, полагаю, излишни.

Целесообразно разработать перечень критериев, при несоблюдении которых рассмотрение иска может осуществляться по упрощенной процедуре. Если истец настаивает на рассмотрении ущербного дела на общих основаниях, судебная пошлина устанавливается в кратном исчислении.

Предъявление необоснованного иска означает подрыв деловой репутации субъекта хозяйствования – ответчика, что автоматически должно влечь компенсацию причиненного ему морального вреда. В отличие от уголовного процесса, где существует презумпция невиновности, в хозяйственном процессе действует презумпция вины ответчика. На нем лежит обязанность тратить силы и средства, доказывая, что он не слон. Понесенные при этом материальные затраты по закону возлагаются на инициатора необоснованного иска без ограничений. Для обеспечения равенства прав сторон целесообразно распространить предлагаемый порядок и на ответчика, бесосновательно возражающего против иска.

Было бы полезно расширить полномочия сторон еще на стадии подготовки дела к судебному разбирательству, вменив им в обязанность обмениваться информацией об имеющихся у каждой из них доказательствах и с учетом этого внести, при необходимости, коррективы в занимаемую позицию².

Трагедия – я не боюсь этого слова, именно трагедия – заключается в том, что, уходя из социализма, мы не продумали не только в деталях, но даже по-крупному механизм перехода к капитализму. Взяли в качестве образца какую-то общую, абстрактную модель, хотя и на Западе, и на Востоке не все однозначно. Есть южная и северная Европа, есть Азиатские тигры, США, и там многое свое, есть своя история, свои традиции, свой менталитет народа. Без учета всего этого не реформировали, а развалили экономику, отбросили страну на последние ступени мировых рейтингов. Сейчас то же делаем с отечественным правом.

Мы потратили бездну времени и усилий на размежевание гражданского и хозяйственного права и в итоге отстаем в регулировании хозяйственной деятельности, не можем четко определить грань между регулированием торговли семечками на базаре и отношений, затрагивающих общие экономические интересы общества. Например, определили, что все земель-

¹ Groicki B. *Porradek sadow i spaw mieyskich prawa majdeburskiego ц Koronie Polsiej.* – Warszawa, 1953. – S.44-45.

² Николаенко Л.Н. *Доказывание в хозяйственном судопроизводстве.*: дис. канд. юридич. наук. – Донецк, 2003. – С.76-77.

ные споры отнесены к гражданско-правовой юрисдикции. А где и какой специалист будет решать вопрос о нерациональном использовании земельных ресурсов? Не буду утверждать, что только из-за такой неопределенности значительная часть плодороднейших земель Украины не обрабатывается и используется не эффективно, но связь есть. И таких примеров много.

Люди в большинстве стремятся избежать дополнительной работы. (У следователей первый закон: «Получив дело, подумай, кому его спихнуть»). Одно время в СССР был популярен метод ролевых игр для решения сложных практических задач. Согласно методике составлялись голубая и розовая таблицы. На одной участники указывали перечень работ, которые они должны выполнить сами, а на второй – те, что по их мнению, надо возложить на других. За всю историю ролевых игр не было случая, чтобы голубая таблица была больше или хотя бы равнялась первой. А цивилисты почему-то составляют исключение, тянут одеяло на себя.

Может у них недостаточно поля для своих исследований? Не думаю. У них своих проблем предостаточно. Очень похоже, что причина в другом: судебная практика по хозяйственным делам в коррупционном плане куда прибыльнее, нежели по делам гражданским. Имея такую судебную практику, стоит ли удивляться, что в Японии, где численность населения 127 млн. человек, всех судей две тысячи человек, тогда как в Украине с ее населением по официальной статистике 45 млн. человек, а фактически (с учетом находящихся на заработках за ее пределами) 37 млн. только в системе хозяйственных судов трудятся около тысячи судей и несколько тысяч работников технического персонала, обеспечивающих деятельность судов.

*И почему, наряду с такой судебной статистикой мы не ведем учет народно хозяйственных потерь от судебной волокиты, от коррупции в судах? Почему, пусть это звучит парадоксально, не ставится вопрос о возмещении судьями ущерба, причиненного вынесенными **заведомо** незаконными решениями, которых, как свидетельствует практика, отнюдь не мало.*