

Научная специальность

12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»

УДК 316.334.4+316.754

DOI <https://doi.org/10.26516/2071-8136.2020.4.19>

ПРОТРУЗИЯ ПРАВА КАК ПРАВОВОЕ ЯВЛЕНИЕ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

© Тирских М. Г., 2020

Иркутский государственный университет, г. Иркутск, Россия

Отмечается наличие универсального требования гармоничности права, нарушение которого вызывает негативные правовые последствия, в конечном итоге приводит к возникновению препятствий в правовом регулировании, нарушений в режиме законности и правопорядка. Утверждается, что длительное нарушение гармонии в праве, вызванное устойчивыми факторами, приводит к возникновению явления, именуемого «протрузией права», под которой понимается комплексное явление, существующее в правовой системе конкретного государства, связанное с негативным влиянием длительно существующих факторов дисгармонии в праве, проявляющееся в существовании совокупности правовых норм (а равно устоявшихся моделей правоприменения и позиций толкования права), по тем или иным причинам некогерентным общему, устоявшемуся, правовому порядку, которое вызывает совокупность негативных последствий в конечном итоге, что приводит к комплексному нарушению правового регулирования. Установлено, что протрузия имеет три основные формы – это нормативная протрузия (основанная на нарушении когерентности нормы права иным правовым нормам), правоприменительная (связанная с противоречием содержания правовой нормы и правоприменительной позиции, выработанной в ходе применения такой нормы) и герменевтическая протрузия (связанная с расхождением содержания нормы и официального ее толкования, применяющегося в правоприменительной практике). Отмечается, что протрузии характерны, как правило, для особых ситуаций и правовых режимов. Так, они в наибольшей степени проявляются в условиях особых административных режимов чрезвычайного и военного положения, правовых режимов функционирования определенных политических режимов (в частности авторитарного режима). В рамках сравнительно-правового анализа реализации протрузии права определяется, что это явление по-разному проявляется в правовых системах, относящихся к различным правовым семьям: в условиях романо-германской правовой семьи протрузия права, как правило, проявляется в нормативной сфере и связана с появлением правовых норм, некогерентных с иными нормами. Установлено, что основной формой преодоления протрузии является нормотворческая деятельность, направленная на выявление и устранение норм, приводящих к возникновению протрузии. Отмечается, что в условиях правовой системы англо-саксонской правовой семьи возникновение протрузии менее вероятно. Выявлено, что наличие нормативной некогерентности не приводит напрямую к негативным последствиям, а нивелируется действием суда, который посредством прецедентной практики может гармонизировать данную норму в контексте общего правопорядка, при этом протрузии могут возникать в самой правоприменительной практике, вызывая разрушение ранее достигнутой гармонии. Сделан вывод о том, что в условиях иных правовых систем возникновение протрузии, как правило, вызвано выявлением правовых предписаний, противоречащих базовому принципу формирования таких правовых систем (религиозному, доктринальному, традиционному).

Ключевые слова: правовая система, правовая семья, протрузия права, авторитаризм, правовое регулирование.

Праву как явлению свойственна гармоничность. Гармоничность в праве имеет одновременно несколько проявлений, формирующих в конечном итоге тот базис, с которым связана реализация основополагающих свойств права. Нарушение гармонии в праве приводит к возникновению негативных последствий, которые в крайнем своем проявлении способны разрушить правовое регулирование, не позволяя фактически пользоваться правовыми средствами для решения задач

нормирования социального поведения [1, с. 12]. Такие случаи, разумеется, являются исключительными и не возникают часто, однако менее значительные последствия дегармонизации права проявляются в социальной и правовой действительности и оказывают негативное воздействие на общественные отношения.

Дегармонизация права может проявляться в различных аспектах и принимать различные формы. Гармония в праве заслуживает самостоятельного пристального и всестороннего изу-

чения, и в рамках данной работы, безусловно, мы не можем описать все многообразие случаев дегармонизации права. Однако следует подчеркнуть, что гармония в праве подразумевает как минимум следующее:

во-первых, непротиворечие норм права друг другу во всех их проявлениях (как в вертикальной (между нормами различного уровня), так и в горизонтальной проекции (между нормами различных отраслей и институтов права));

во-вторых, непротиворечие отдельных правовых норм сложившимся правовым принципам;

в-третьих, непротиворечие правовых норм сущности сложившихся общественных отношений (речь в данном случае идет о тех ситуациях, когда законодатель, регулируя поведение субъектов в тех или иных общественных отношениях, неверно воспринимает сущность данных отношений, что вызывает негативное отношение к таким нормам участников таких общественных отношений);

в-четвертых, непротиворечие содержания правовых норм форме их выражения, которое, в частности, подразумевает регулирование общественных отношений только теми субъектами, которые имеют полномочия на такое регулирование;

в-пятых, непротиворечие содержания принятых правовых норм и практики их применения;

в-шестых, непротиворечие содержания принятых правовых норм официальному толкованию таких правовых норм;

в-седьмых, применение единообразных правил юридической техники для оформления правовых норм в текстуальные конструкции, не допускающие использования различных терминов в целях отображения одних и тех же процессов и явлений, избегание многозначных вербальных конструкций и т. д.

Безусловно, данный перечень не является полным, однако он дает представление о многообразии и сложности достижения гармонии в праве.

Нарушение гармонии права, связанное с возникновением какого-либо дегармонизирующего фактора, действующего длительное время, приводит к возникновению устойчивого состояния, которое до настоящего момента не получило должного описания и даже именованного в юридической литературе.

В числе последствий устойчивой дегармонизации в праве можно назвать:

во-первых, невозможность осуществить полномасштабное надлежащее регулирование иных, смежных общественных отношений, а

в некоторых случаях и фактическое приостановление, замораживание регулирования таких общественных отношений, что формирует в обществе состояние правовой неурегулированности и, соответственно, все последствия, возникающие вследствие нее;

во-вторых, формирование в обществе состояния правового нигилизма в связи с тем, что нормы поведения, по мнению граждан, «сдвигаются» в результате произвольного ее установления органами государственной власти и должностными лицами, участвующими в нормотворческом процессе, а следовательно, воспринимаются обществом как не отвечающие принципам и назначению права;

в-третьих, формирование специфического подхода органов государственной власти и должностных лиц к нормотворческой деятельности, в функционировании которых укрепляется принцип, связанный с допустимостью отступления от ранее принятых норм в угоду конъюнктурной целесообразности;

в-четвертых, возникновение в обществе состояния социальной неудовлетворенности и недоверия к решениям органов государственной власти и должностных лиц, связанной с невозможностью определить базис правильного (логически обоснованного и подтвержденного практикой правоприменения) поведения на фоне возникающих особых порядков регулирования, на которые не распространяются некоторые ограничения или которым предоставляются какие-либо правовые льготы.

На наш взгляд, такое явление целесообразно, по аналогии с медициной, назвать «протрузией права». Под протрузией в медицине понимают выбухание тканей из позвоночного канала, что приводит к болезненным эффектам, утрате человеком гибкости, угнетению функций нервной системы. Подобно протрузии в организме человека, протрузия в праве связана с возникновением массива правовых норм, которые являются по сути выходящими из общего порядка регулирования «выбухающими» и приводят к негативным последствиям, болезненным и потенциально опасным для общества. Со всей очевидностью утверждаем, что такое сравнение более чем корректно и оправдано потребностями анализа данного явления и описанием его свойств и последствий для общества и существующих общественных отношений.

Протрузии права могут возникать, как представляется, в трех вариантах, приводящих, что вполне естественно, к различным последствиям и требующих различных подходов к их устранению.

Первой и наиболее распространенной разновидностью протрузии является «нормативная протрузия», связанная с принятием или санкционированием нормы права, дегармонизированной с иными правовыми нормами, распространенными в данной правовой семье. Такая норма может, во-первых, не соответствовать распространенным принципам права, во-вторых, противоречить иным нормам, создавая ситуацию правовой неопределенности, а следовательно, и обосновывая необходимость прибегать к специальным средствам устранения такой неопределенности (от нормотворческих мер до официального толкования права в целях выработки единообразной позиции в рамках правоприменительного процесса).

Такая «нормативная протрузия» может возникать как вследствие правовых ошибок (когда законодатель, не учитывая те или иные факторы, фактически создает норму, имеющую дефект, не позволяющий реализовать регулятивный потенциал данной нормы в полной мере), из-за необоснованной рецепции правовых норм, являющихся чужеродными в рамках сложившейся правовой традиции (такие нормы, хотя и могут осуществлять правовое регулирование, не воспринимаются должным образом субъектами правоотношений, не образуют с иными нормами, задействованными в процессе правового регулирования, единого правового массива, не имеют устоявшейся правоприменительной практики их применения), а равно вследствие продуманных действий органов государственной власти, связанных с формированием новых механизмов правового регулирования. Это проявляется, в частности, в условиях чрезвычайных ситуаций и авторитарных политических режимов.

В условиях чрезвычайной ситуации принимаются экстренные решения в том числе по установлению новых норм и правил поведения, призванных предупредить негативные последствия чрезвычайной ситуации и обеспечить осуществление их ликвидации. Однако, с учетом ограничений временного характера, такие меры не могут по определению иметь высокой степени и качества проработки, зачастую страдают низким правовым качеством и использованием неудачных формулировок. При условии, что такие, вновь сформулированные и принятые в экстренном порядке, нормы и правила устанавливаются значимые для общества правила поведения (преломляющиеся в жизни общества, а не только в сфере деятельности органов государственной власти или местного са-

моуправления) и функционируют достаточно длительное время, общество начинает испытывать негативный эффект от внедрения таких чужеродных норм. Очевидно, что необходимость таких норм вызвана в первую очередь текущим моментом устранения последствий чрезвычайной ситуации. Однако правовые последствия от их введения могут распространяться в течение длительного времени и влиять на широкий круг регулируемых общественных отношений.

В условиях авторитарного политического режима (авторитарный, тоталитарный режимы) попытка без изменения законодательства (а даже в национал-социалистической Германии 1933–1945 гг. базис действующего законодательства практически не менялся со времен Веймарской республики, за исключением отдельных институтов права, действовало Германское гражданское уложение, большая часть ранее созданных нормативных правовых актов) установления новой нормы (правила поведения), не соотносимой с прежним порядком, позволяющая обеспечить продолжение осуществления властвования конкретному авторитарному лидеру или обеспечивающая уменьшение возможности легального применения методов общественной реакции (митинги, забастовки, петиции и т. д.), приводит к формированию таких инородных («выступающих») норм, которые очевидно для общества не соотносятся с ранее созданной правовой материей.

В обоих случаях имеет место возникновение ситуации дегармонизации права, возникновения устойчивой «протрузии права», а равно возникновение неблагоприятных правовых последствий, болезненных реакций, когда весь массив законодательства в данном государстве и отдельные конкретные нормы не соотносятся друг с другом, вызывая отторжение и возмущение широких слоев общества.

Вторым видом протрузии права можно назвать «протрузию правоприменения», при которой поведение субъектов в рамках общественных отношений, хотя и урегулировано должным образом нормами права, не может в полной мере быть реализованным из-за формирования правоприменительными органами правовых позиций, которые не в полной мере соотносятся с правовыми нормами, регулирующими общественные отношения.

В таком случае правоприменительная практика оказывается некогерентной правовым нормам, однако в силу мнения органов государственной власти воспринимается ими как оправданная и обоснованная. При этом в обще-

стве формируется негативное отношение к такой правоприменительной практике, генерируется восприятие суда не как органа, в котором можно разрешить возникшие противоречия и добиться справедливого решения по делу, а как органа государственного произвола.

Такая ситуация крайне негативная и формирует отторжение широких слоев общества от государства, права и государственно-правовых механизмов разрешения споров, в крайнем случае это может привести к попыткам создания в обществе альтернативных механизмов разрешения споров, что является безусловным посягательством на основы государственного строя. При этом, в условиях сформированной и функциональной судебной системы, должной работы органов прокуратуры, ситуация, при которой могла бы возникнуть протрузия правоприменения, не должна возникнуть. Однократное принятие судебным органом решения, некогерентного к действующим нормам права, не приведет к такому результату, поскольку, во-первых, не является широко распространенным, а во-вторых, может быть пересмотрено надзорными судебными инстанциями. Однако иногда в рамках механизма правоприменения формируется практика, отклоняющаяся от требований правовых норм, но поддерживаемая государством. Так, например, в Республике Беларусь при проведении судебных процессов по делам о незаконном проведении массовых мероприятий суды допускают дачу показаний сотрудниками правоохранительных органов без идентификации данных лиц (сотрудники находятся в балаклавах, полностью скрывающих лицо). Такая практика стала общераспространенной, несмотря на то, что противоречит процессуальному законодательству. В таком случае сложившаяся практика может вызвать возникновение протрузии, связанной с противоречием между распространенной правоприменительной практикой и действующими правовыми нормами.

Третьим видом протрузий являются «протрузии толкования», или «герменевтические протрузии». Они возникают тогда, когда орган государственной власти, уполномоченный давать официальное толкование нормам права, принимает акт толкования права, в котором содержится положение, очевидно искажающее смысл содержания правовой нормы. В таком случае длительное действие такого разъяснения и формирование на основании него правоприменительной практики может вызвать негативную реакцию общества, послужить ос-

нованием для формирования в обществе отторжения права и его ценностей.

Хотя из представленных видов протрузий наиболее распространенными, что очевидно, являются «нормативные протрузии», можно констатировать факт гипотетической вероятности существования и иных протрузий (правоприменительной и толковательной). В таком случае любая из представленных разновидностей протрузии приводит к возникновению болезненного для общества и разрушающего сложившийся правопорядок состояния общества, в том числе характеризующегося массовым правовым нигилизмом и допустимостью в обществе противоправной деятельности как следствия сложившейся неблагоприятной ситуации.

Важно отметить, что протрузии в праве в условиях различных правовых систем проявляются дифференцированно. Причиной проявления такой разнородности протрузий в праве является разность характеристик права как системы. Более того, в некоторых из правовых систем протрузии проявляются болезненней, вызывают больше негативных последствий для всей системы правового регулирования, в некоторых сглаживаются и нивелируются механизмами, позволяющими устранить негативное действие протрузий.

Наиболее показательное действие протрузий в праве в правовых системах, относимых к романо-германской правовой семье. С учетом того, что правовое регулирование общественных отношений в рамках данной правовой семьи осуществляется на основании позитивно-правового регулирования общественных отношений, наличие нормативной протрузии приводит к невозможности ее полного блокирования или исправления иными методами. Кроме принятия нормативного акта, отменяющего или изменяющего нормы, вызывающую протрузию. При этом формирование правоприменительной или толковательной протрузии в романо-германской правовой семье менее вероятно и вряд ли будет иметь такой же эффект, как нормативная протрузия.

В отличие от правовых систем романо-германской правовой семьи в условиях англо-саксонской правовой семьи принятие нормы права, некогерентной иным правовым нормам, не приведет, вероятнее всего, к возникновению протрузии. Дело в характерной для данной правовой семьи практике подтверждения силы правовой нормы правоприменительным решением. Пока норма права не «обрастет» судеб-

ными прецедентами, ее интерпретирующими в контексте конкретных общественных отношений, она будет действовать только номинально. В случае же формирования прецедента, наличие некогерентности к другим правовым нормам будет исправлено когерентностью правовой позиции, отраженной в прецеденте сложившейся общей прецедентной традиции.

Гораздо большей проблемой для стран англо-саксонской правовой системы может стать правоприменительная протрузия, когда суды, гипотетически, могут закрепить в качестве базовой позицию, которая противоречит как нормативным основаниям, так и иным прецедентам, устоявшимся с течением времени. Такая протрузия, например, возникает в настоящее время в американской судебной системе, в рамках которой формируется прецедентная практика, деформирующая принцип равенства, искаженно толкуя его в пользу приоритета защиты права меньшинства перед обеспечением прав большинства. В данном случае очевидным является факт равновесности прав граждан, невозможности дискриминации по тем или иным признакам. Однако создание устойчивого приоритета прав отдельных меньшинств перед правами большинства (в рамках преломления их в конкретных правоотношениях) создает в обществе атмосферу отчуждения и неприятия такого подхода, что в конечном итоге может привести к росту правового нигилизма и отторжения гражданами системы правосудия, опирающейся на очевидный приоритет неравенства.

В условиях иных правовых систем, например социалистических, религиозно-традиционных, философских, обычно-правовых, протрузии могут возникнуть во всех описанных формах, однако к каким-либо последствиям они могут привести только в случае возникновения одного типа некогерентности, а именно противоречий между нормой (правоприменительной практикой, толкованием права) и базовыми принципами построения правовой системы, которыми являются для социалистического права принципы и нормы политической идеологии социализма, для религиозно-традиционных правовых систем – нормы и принципы доминирующего религиозного учения, для философской правовой системы – доктринальные основания, для правовой системы обычного права – сложившаяся правовая традиция.

В случае, если в данных правовых системах будет иметь место противоречие тех или иных норм права между собой, не затрагивающих вопросов функционирования базового основания

правовой системы, протрузия будет ликвидирована посредством формирования правоприменительной практики, основанной на доминирующем основании таких правовых систем.

При этом нужно отметить, что восстановление нормального порядка функционирования права в таком случае возможно лишь двумя способами, либо прекращением действия нормы (правоприменительной практики, акта толкования права), приводившей к возникновению протрузии, либо к осуществлению комплексного изменения правовой системы, связанной с отказом от принципов ранее действовавшей правовой системы и перехода к новой системе, основанной на иных принципах и основаниях. В качестве примера такого рода изменений можно назвать вестернизацию права [3] в традиционно-религиозных правовых системах мусульманского права или переход к романо-германскому праву в Японии в период революции Мэйдзи [2].

При любых обстоятельствах очевидно, что протрузия в праве является комплексным и сложным явлением, связанным с возникновением в праве некогерентных образований (норм, правоприменительной практики, толкования права), приводящих к длительному воздействию на общество и к социальной реакции в виде правового нигилизма и отторжения правовых форм реализации общественных отношений. 

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Жбырь О. Н. Категория «гармония права» и основные формы ее выражения: теоретико-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2011. 174 с.
2. Полохало Ю. Н. Революция Мэйдзи и реформы управления в Японии // Управленческое консультирование. 2006. № 4. С. 195–205.
3. Рассказов Л. П. Возникновение и развитие мусульманского права и его основных источников. Влияние вестернизации на правовые системы мусульманских стран и исламизации на страны романо-германской и англосаксонской правовых семей // Научный журнал КубГАУ. 2015. № 111. С. 173–191.

REFERENCES

1. Zhbyr' O.N. *Kategoriya "garmoniya prava" i osnovnye formy ee vyrazheniya: teoretiko-pravoy aspekt* [The category of "harmony of law" and the main forms of its expression: theoretical legal aspect. Cand. dis. sci.]. Krasnodar, 2011, 174 p. (in Russian)
2. Polohalo YU.N. *Revoluciya Mejdzi i reformy upravleniya v Yaponii* [The Meiji Revolution and Management Reforms in Japan]. *Upravlencheskoe konsul'tirovanie* [Management Consulting], 2006, no. 4, pp. 195-205. (in Russian)
3. Rasskazov L.P. *Vozniknovenie i razvitie musul'manskogo prava i ego osnovnyh istochnikov. Vliyanie vesternizacii na pravovye sistemy musul'manskih stran i islamizacii na strany romano-germanskoj i anglosaksonskoj pravovyh semej* [The emergence and development of Muslim law and its main sources. The influence of westernization on the legal systems of Muslim countries and Islamization on the countries of the Romano-Germanic and Anglo-Saxon legal families]. *Nauchnyj zhurnal KubGAU* [Scientific Journal of KubSAU], 2015, no. 111, pp. 173-191. (in Russian)

Protrusion of Law as a Legal Phenomenon: Comparative Legal Aspects

© Tirskih M. G., 2020

Violation of the universal requirement of harmony in law causes negative legal consequences. In the end, this leads to the emergence of obstacles in legal regulation, violations of law and order. Long-term violation of harmony in law, caused by stable factors, leads to the emergence of "protrusion of law." "Protrusion of law" is a complex phenomenon that exists in the legal system of a particular state, associated with the negative influence of long-standing factors of disharmony, manifested in the existence of a set of legal norms (established models of law enforcement and positions of interpretation of law), which for one reason or another is not coherent to the general one, established, legal order, which causes a set of negative consequences in the end, leading to a complex violation of legal regulation. Protrusion has three main forms: normative protrusion (based on a violation of the coherence of a rule of law to other legal norms), law enforcement (sacred with the contradiction of the content of a legal norm and a law enforcement position developed in the course of applying such a norm) and hermeneutic protrusion (associated with

a discrepancy between the content of a norm and its official interpretation used in law enforcement practice). Protrusions are typical, as a rule, for special situations and legal regimes. They are manifested to the greatest extent in conditions of special administrative regimes of emergency and martial law, legal regimes of functioning of certain political regimes (in particular, an autocratic regime). Protrusions are manifested in different ways in legal systems belonging to different legal families. So, in the conditions of the Romano-Germanic legal family, the protrusion of law, as a rule, manifests itself in the normative sphere and is associated with the emergence of legal norms that are not coherent with other norms. The main form of overcoming protrusion is rule-making activity aimed at identifying and eliminating norms that lead to protrusion. In an Anglo-Saxon legal family, protrusion is less likely to occur. The presence of normative non-coherence does not lead directly to negative consequences, but is leveled by the action of the court, which, through case-law, can harmonize this norm in the context of the general legal order. At the same time, protrusions can occur in the very law enforcement practice, causing the destruction of the previously achieved harmony. In the context of other legal systems, the emergence of protrusion, as a rule, is caused by the identification of legal regulations that contradict the basic principle of the formation of such legal systems (religious, doctrinal, traditional).

Keywords: legal system, legal family, protrusion of law, authoritarianism, legal regulation.