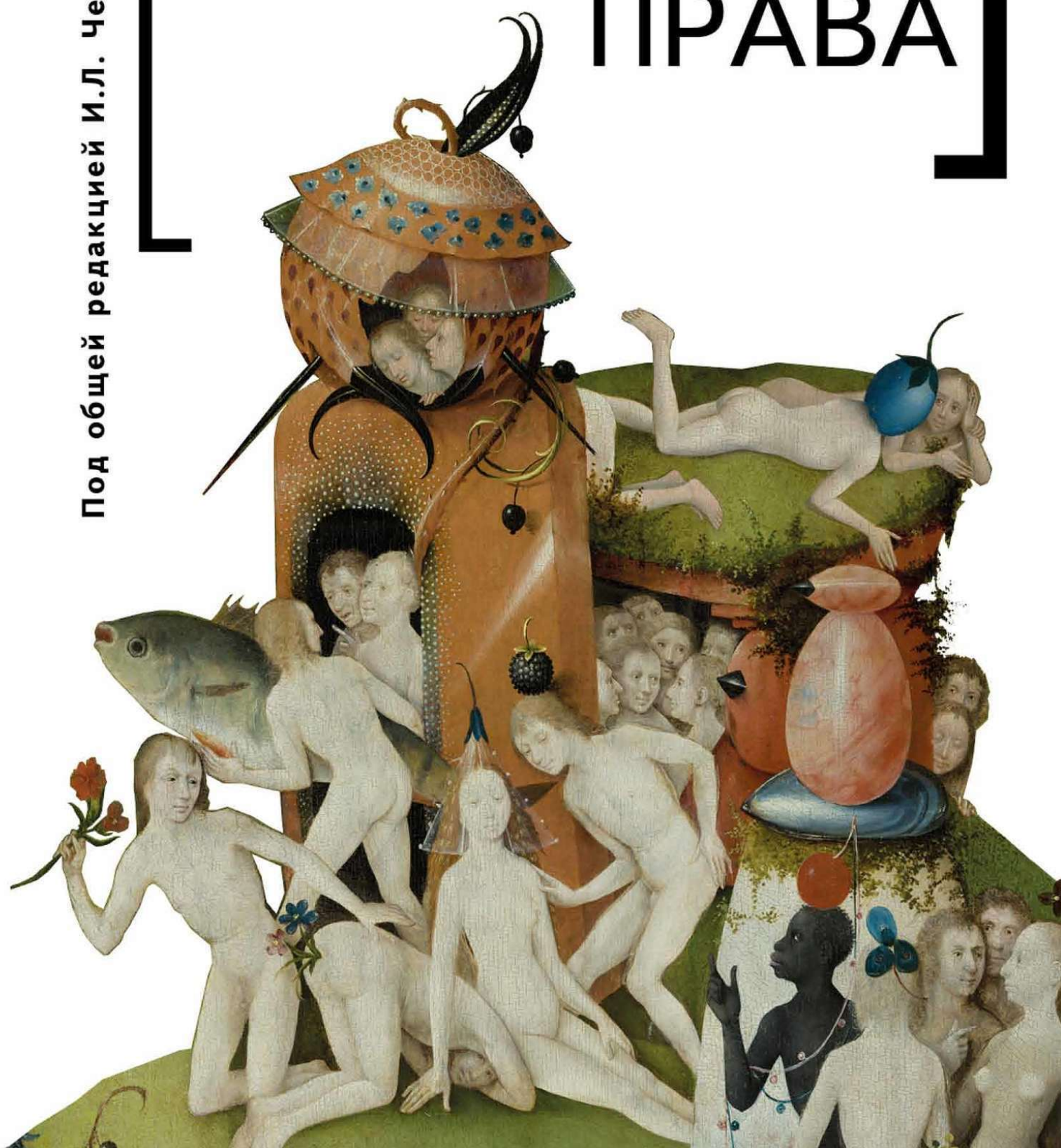


ПОСТ- КЛАССИЧЕСКАЯ ОНТОЛОГИЯ ПРАВА

Под общей редакцией И.Л. Честнова



Толкование источников права

Коллектив авторов

**Постклассическая
онтология права**

«Алетейя»

2016

УДК 340.112
ББК 67.0

Коллектив авторов

Постклассическая онтология права / Коллектив авторов —
«Алетейя», 2016 — (Толкование источников права)

ISBN 978-5-906860-66-8

В коллективной монографии представлены исследования онтологии права ведущих отечественных (включая ближнее зарубежье) теоретиков права, объединенных постклассической парадигмой. Это первая коллективная работа, посвященная постклассической юриспруденции, можно сказать, это «манифест» постклассической онтологии права. Авторы рассматривают право с точки зрения коммуникации, диалога, реализма, интерсубъективности, а также знаково-дискурсивного, антропологического, темпорального его измерений. Представленные подходы отличаются значительной новизной по сравнению с классическим правопониманием, и в этом состоит главная особенность книги. Работа, как можно надеяться, будет интересна научному юридическому сообществу, аспирантам, магистрантам и студентам, всем, кто неравнодушен к новому слову в правоведении.

УДК 340.112
ББК 67.0

ISBN 978-5-906860-66-8

© Коллектив авторов, 2016
© Алетейя, 2016

Содержание

Предисловие	6
Постклассическая интерпретация ускользающего бытия права:	7
Концепция правовой реальности	13
1. Что есть право?	13
2. Соотношение естественного и позитивного права	16
3. Отличие права и морали	20
4. Отличие философии права от теории права	22
5. Право и свобода	26
6. Как соотносятся должное и сущее в праве?	27
7. Почему человек должен подчиняться праву?	29
8. Как возможно осмысление правовой реальности?	31
9. Кто является (может быть) субъектом права?	34
10. Универсальное и культурно-специфическое в праве	37
Постклассическая диалогическая онтология права	40
Диалогичность социальности	41
Еще раз о постклассической парадигме права	50
Диалогичность правовой реальности. Человекоразмерность бытия права	51
Знаково-символическая опосредованность, дискурсивность права	60
Конец ознакомительного фрагмента.	64

И.Л. Честнов

Постклассическая онтология права

© Коллектив авторов, 2016

© Гуманитарный фонд «Тюрьма», 2016

© Издательство «Алетейя» (СПб.), 2016

Предисловие

У настоящего начинания имеется своя предыстория. Замысел книги вырос из «Неклассической философии права», задуманной одним из авторов настоящего издания А.В. Стовбой. Результат, воплощенный в 2013 г. в тексте¹, немногочисленными (из-за ограниченного тиража) читателями и авторами был признан удовлетворительным. При этом по прошествии некоторого времени всегда возникает идея усовершенствования или переделки созданного: многие согласятся, что если бы автору была предоставлена возможность исправить написанное, то ни один текст не был бы доведен до конца. Благодаря заинтересованности издательства «Алетейя» и Гуманитарного фонда «ТЮРЬМА», которым авторский коллектив выражает искреннюю благодарность, эта задумка все же оказалась реализованной.

Основная идея настоящей работы – показать отличия пост-классической онтологии права от классической и предложить свое видение того, «что есть право» (основной вопрос «Неклассической философии права»). При этом следует заметить, что онтология как учение о бытии не существует отдельно от представления о бытии, более того, само бытие определяется точкой зрения наблюдателя. Социальное бытие, как и познание², неотделимо от ценностей, детерминирующих и то, и другое³. Поэтому онтология включает гносеологию, методологию и аксиологию (вместе с этикой) как взаимодополняющие стороны единого знания. Над этой и другими проблемами постклассической онтологии права размышляют авторы настоящей работы, перечень которых был расширен по сравнению с монографией «Неклассическая философия права». Конечно, взгляды ученых, собранных под одной обложкой настоящего издания, не во всем совпадают, порой расходятся по некоторым важным вопросам онтологии права. Однако все они (мы) едины в том, что классическая теория права нуждается в обновлении, в переменах, диктуемых социокультурными трансформациями (пост)современного общества. О том, насколько нам удалось реализовать эту идею – судить, конечно, читателю.

Научный редактор, д.ю.н., проф. И.Л. Честнов

¹ Неклассическая философия права: вопросы и ответы / Под ред. А.В. Стовбы. Харьков, 2013. Отдельные фрагменты части авторов (А.В. Полякова, С.И. Максимова, И.Л. Честнова, А.В. Стовбы) опубликованы в: Известия вузов. Правоведение. 2012. № 6; Известия вузов. Правоведение. 2013. № 1; Известия вузов. Правоведение. 2013. № 3; Известия вузов. Правоведение. 2013. № 4.

² Известный американский философ Х. Патнем полагает, что всякое утверждение является одновременно и фактуальным, и конвенциональным. Так, утверждение: автомобиль движется по шоссе со скоростью 60 миль в час является констатирующим, фактуальным утверждением, но зависящим от измерения скорости и, добавлю от себя, оценки измерения (является ли такая скорость допустимой или превышением, квалифицируемым как правонарушение). – Putnam H. Realism and Reason. Cambridge, 1983. P. 178.

³ По мнению Ю. Хабермаса, социальное бытие предполагает или включает в себя притязание на значимость. Поэтому организация общественных отношений основывается на формально-процедурном дискурсе, коммуникативном действии, которым «авторитет священного последовательно замещается авторитетом консенсуса». – Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 2. Frankfurt am Main, 1995. S. 118.

Постклассическая интерпретация ускользающего бытия права: (Вместо введения) И.Л. Честнов

*Призрак бродит по аудиториям, конференциям и публикациям –
призрак постклассической юриспруденции.
Из ненаписанного С. Жижеком в «Щекотливом субъекте».*

Пришествие постклассики в качестве новой картины мира, веяния времени, философии, пожалуй, наиболее значимое событие в мире науки конца XX – нач. XXI вв. Ее приход обусловлен, с моей точки зрения, радикализацией постпозитивитской эпистемологии и критическим запалом постмодернизма⁴, и, как следствие, осознанием сложности, многогранности, непредсказуемости мира. Во 2-м пол. XX в. произошли три «поворота», переопределивших социо-гуманитарное знание: лингвистический, практический и антропологический. Эти повороты – ответ на усложнение или осознание усложнения мира и признание ограниченности человеческого разума. Законодательный разум сменился интерпретационным (З. Бауман). Кардинально изменилась картина мира, ценности (Р. Инглхарт), детерминизм сменился стохастичной неустойчивостью, человек и общество из самоочевидной данности превратились в «наиболее спорные понятия» (Б. Латур), непознаваемые (полностью и аподиктично), незавершенные и неустойчивые феномены. В результате происходит трансформация юридической науки⁵ и практики⁶. Собственно, в этом осмыслении перемен, происходящих в мире и в бытии права – задумка книги.

Нельзя не заметить, что идеи постклассической теории или философии права стали относительно заметным явлением в современной отечественной юриспруденции, в которой практически растворилась референтная группа ученых, выступающих авторитетами для научного сообщества и невозможно назвать те события, которые привлекают внимание читающей публики. Вот какую картину состояния социологии в 2001 г. обрисовал Ю.Л. Качанов. «Сейчас многие научные книги даже не открывают. Иным публикациям везет больше: за счет выверен-

⁴ Возможны и другие интерпретации формирования постклассической (или неклассической) философии и юридической теории. Е.В. Тимошина переход от классической к неклассической философии и, соответственно, философии права, связывает с неокантианством, феноменологией и полагает избыточным выделять постклассический этап, радикализирующий идеи неклассики. – См.: Тимошина Е.В. Классическое и постклассическое правопонимание как стили мышления // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: К 60-летию Андрея Васильевича Полякова. Коллективная монография: в 2 т. т. 1. Коммуникативная теория права в исследованиях отечественных и зарубежных ученых / Под ред. М.В. Антонова, И. Л. Честнова; Предисл. Д.И. Луковской, Е.В. Тимошиной. СПб. 2014. С. 63–100, особ. С. 77. Не вдаваясь в дискуссию по этому вопросу (он требует, с одной стороны, специального рассмотрения, а с другой, гораздо важнее выяснить содержание, а не терминологию предмета научного спора), полагаю, что периодизация истории идей – всегда оспоримое занятие, которое зависит от критериев оценки, даваемой автором тем или иным событиям. На мой взгляд, постпозитивизм, а тем более постмодернизм – это значительное изменение мировоззрения в социогуманитарном знании, как бы к ним не относиться. Именно эти идейные течения, их радикальность и критичность требуют сформировать позитивную программу науковедения, чем, собственно говоря, и призвана заниматься постклассическая научно-исследовательская программа.

⁵ «Теория должна, – пишет А.В. Поляков, – как минимум, отвечать на запросы своего времени, как максимум – стремиться перейти границы своего хронотопа в пределах отведенного ей коммуникативного потенциала. Это предполагает изменения в теоретических представлениях о праве наряду с изменениями социокультурных условий жизни общества; именно поэтому существует то, что можно назвать развитием правовой теории». – Поляков А.В. Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Известия вузов. Правоведение. 2006. № 2. С. 26 (перезд.: Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб., 2014. С. 70).

⁶ При этом практики высказывают серьезные претензии в догматичности, оторванности от практических нужд юриспруденции классической юридической науке.

ного маркетинга они на мгновение показываются на поверхности социологической коммуникации, иногда даже «производят впечатление», но все одно: почти всегда низвергаются в «мир теней». Подавляющее большинство социологических книг в России сейчас не рассчитаны на долгую читательскую жизнь. Все они «эфмериды», поскольку утрачена социально гарантированная инстанция «вечности». ...Появилась ли в последнее десятилетие хотя бы одна книга с большой буквы? Нет. ...К сожалению, этот «высокий» идеал не срабатывает, и статус социолога во многом определяется институциональным признанием, учебными и издательскими программами и их докторскими диссертациями, «на все проливающими свет». Поставим вопрос несколько иначе, заострим; можно ли стать «великим социологом» после падения Берлинской стены? После гибели Атлантиды СССР, гибели, которая, по словам Гераклита, одних объявила богами, других людьми, сотворила свободными, других рабами? Скорее всего, нет. В основе опыта потери институциональной «вечности» покоится скорбь. Прошло, прекратилось, прервалось все, что поддерживало исследователя, ориентировавшегося на «вечные ценности». ... «Великие» научные идеи как «действенная действительность всего действительного» в социологии лишились своей действенной силы. Стремление сделать «великое открытие» перестало быть действенно-действительным принципом научных практик. Мир собственно научных идеалов и идей (не путать с технологиями и другими «приложениями») сделался неправдоподобным, он уже не подает признаков прежней жизни»⁷.

Но, тем не менее, именно «постклассика» в «сонном болоте» современной юриспруденции⁸ вызывает некоторый интерес у читателя, как позитивный, так и критический⁹. В этой связи весьма симптоматично и отчасти анекдотично, что в предисловии к монографии с весьма звучным названием «Частное право: философские и исторические основания и проблемы современной цивилистической доктрины» автор – доктор юридических наук, профессор Уральской государственной юридической академии М.И. Семякин – на двух страницах (с. 4–5) воспроизводит (своими словами) часть предисловия к моей монографии «Постклассическая теория права» без ссылок на оригинал (хотя в самом тексте моя фамилия упоминается)¹⁰, высказывая тем самым согласие с теми изменениями, которые привносит постклассическая юриспруденция¹¹. Однако, словно спохватившись, в заключительной главе монографии, посвященной современной частнопредметной юриспруденции, проблемам ее теории, методологии и практики, автор обрушивается с критикой (возможно, забыв о чем было написано в предисловии) на постклассическую теорию права за ее «достаточно абстрактный, во многом весьма неопределенный характер, облеченный в форму спекулятивно-схоластических категорий и конструкций – «интерсубъективная объективность», «референтные группы» и т. п.» (спекулятивная схоластичность референтных групп – это, конечно, сильно), за «идентичность между “научным знанием” и “здоровым смыслом”», за то, что «никогда не отрицалось и, более того, носит аксиоматический характер в рамках догматической юриспруденции» «положение о “принципиальной незавершенности, неполноте” научного знания о правовой реальности,

⁷ Качанов Ю.Л. Социология социологии: антитезисы. М.; СПб. 2001. С. 142–143, 144–145.

⁸ Так характеризуют современную юриспруденцию известные теоретики уголовного процесса А.С. Алксандров и В.В. Терехин: «Сообщество неклассической философии права... напоминает «кулибиных», «самопальные проекты» которых периодически падают на поверхность нашего юридического болота, исчезая без следа в его пучине». – Александрова А.С., Терехина В.В. Текст-Закон-Право – Судие // Российский журнал правовых исследований. № 4 (1). 2014. С. 14.

⁹ См. обзор основных критических замечаний в адрес постклассической коммуникативной теории права: Поляков А.В. 1) Нормативность правовой коммуникации // Известия вузов. Правоведение. № 5. 2011. С. 27–45 (переизд.: Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб., 2014. С. 139–155); 2) Современная теория права. Ответ критикам // Известия вузов. Правоведение. № 6. 2011. С. 6–39 (переизд.: Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб., 2014. С. 394–439).

¹⁰ В этой связи вспоминается афоризм Игоря Губермана: когда тебя цитируют – это известность, когда воруют – это уже слава.

¹¹ Семякин М.И. Частное право: философские и исторические основания и проблемы современной цивилистической доктрины: монография. М., 2014. С. 4–5.

”относительности” права, то есть его обусловленности социальными явлениями, ориентации права на ”простого среднего человека” и т. п.» (весьма интересное представление о догматической юриспруденции, очень хочется ознакомиться с такого рода работами), за «механическое, неадаптированное заимствование из иных областей знаний философии, социологии, антропологии, синергетики и т. д. категорий и конструкций, имеющих специфические смысловые контексты...»¹² (замечу, что буквально на следующей странице автор пишет: «Сегодня, как представляется, вполне допустимо и, более того, необходимо актуализировать проблему, касающуюся возможности использования в развитии частноправовой науки некоторых приемлемых методов исследования из других, смежных областей знаний, в особенности экономики, социологии, философии»¹³, а в предисловии – без ссылок на оригинал – следующее: «Научная новизна качественно иного, концептуального уровня, по мнению ведущих современных философов (В.Л. Иноземцева, В.С. Степина) связана, как правило, с исследованиями междисциплинарного характера или «на стыке» смежных областей знаний. В любом случае это должен быть выход за пределы онтологической основы и методологии соответствующей научной сферы в метасистему – трансцендирование»¹⁴. Разве не понятно в таком случае для чего требуется привлечение не-юридических знаний? Далее заявляется буквально следующее: «В-третьих, частное право – это социальное явление (в чем вряд ли могут быть сомнения); обладая относительной автономностью, оно существует только вместе с другими социальными явлениями – государством, обществом, экономикой, культурой, политикой и т. д. – как органическая часть (элемент) данного социального организма; оно обусловлено социумом как целым и в свою очередь оказывает влияние на него и, следовательно, изучать его необходимо во взаимосвязи с ними». (Как же после этого заявления возможна критика относительности права?) «В-четвертых, к описанию и объяснению явлений частноправовой реальности необходимо привлечь последние наработки постклассической эпистемологии теории права – трех «поворотов» в гуманитарном знании – лингвистического, антропологического и прагматического (И.Л. Честнов)»¹⁵. Думаю, дальнейшие комментарии излишни.

Но, тем не менее, на поставленный вопрос надо отвечать: так что же привносит в юридическую науку постклассика, что она дает нового? Прежде всего, постклассическая юридическая теория – это критика классической юриспруденции с точки зрения постклассической философии права¹⁶. Постклассика признает потенциальную неисчерпаемость, отсутствие единого референта у любого сложного социального явления или процесса, в том числе, и права¹⁷. Это вытекает из постулата неисчерпаемости, постоянной изменчивости и непознаваемости всей полноты социального мира в силу как его (мира) предельной сложности, так и ограниченности человеческого познания, что не отрицает возможность и необходимость его познавать¹⁸.

¹² Там же. С. 408.

¹³ Там же. С. 409.

¹⁴ Там же. С. 4.

¹⁵ Там же. С. 5.

¹⁶ По мнению А.В. Полякова именно односторонность классических типов правопонимания – главный их недостаток: «... каждый из этих вариантов правопонимания (нормативистский этатизм, юснатурализм, психологизм или социологизм) имели дело с важными, но односторонними интерпретациями права. Ни одну из них нельзя игнорировать, но нельзя и абсолютизировать. Однако именно абсолютизация одной из сторон права служит «визитной карточкой» «вчерашнего» правопонимания». – Поляков А.А. Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды СПб., 2014. С. 73.

¹⁷ «Права “как такового” не существует. Это означает, что у данного слова нет определенного эмпирически узнаваемого референта. Слово “право” не привязано жестко к какому-либо внешнему эмпирическому объекту». – Поляков А.В. Коммуникативный подход к праву как вариант постклассического правопонимания // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе: сб. науч. тр. / Редкол.: А.Л. Савенок (отв. ред.) и др. Минск, 2012. С. 19.

¹⁸ К. Мангейм в сер. XX в. писал: «Наши требования сводятся, следовательно, к тому, чтобы мы всегда проявляли готовность признать частичный характер любой точки зрения и понять, в чем этот частичный характер заключается...». – Мангейм К. Диагноз нашего времени. М., 1994. С. 79.

Отсюда – отказ или, по крайней мере, переосмысление с позиций постклассической эпистемологии сущности, истины, рациональности и т. п. онтических категорий права и в праве. Это не означает полный разрыв с классикой, но предполагает демонстрацию ее неполноты, ограниченности, односторонности¹⁹. Только человек, вооруженный «единственно правильным» «всепобеждающим» учением марксизма-ленинизма, которое, как известно, «всесильно, потому что верно», может претендовать на позицию божественного наблюдателя и утверждать, что знает и может доказать объективность бытия права и представить неопровержимую его сущность на всеобщее обозрение. Представители пост-классической эпистемологической программы гораздо скромнее в своих претензиях на восприятие, описание и объяснение правовой реальности.

«Позитивная программа» постклассической онтологии права²⁰ состоит в том, что она задает новое представление о праве, значительно отличающееся от «классического». Наивный объективизм, реифицирующий правовое бытие заменяется интерсубъективизмом²¹; бессубъектность юридического нормативизма трансформируется в человекоцентризм²²; контекстуализм, историческая и социокультурная обусловленность права или релятивизм приходят на смену универсализма; конструируемость правой реальности как механизм ее воспроизводства, задающее практическое измерение, включающее процессуальность заменяют статичность права; все эти модусы бытия права имеют внутреннюю основу – правовую коммуникацию²³ содержанием которой, с моей точки зрения, выступает диалогичность. Все это – более адек-

¹⁹ Постклассические концепции сегодня сосуществуют с классическими. Прав А.В. Поляков, утверждающий: «Впрочем, различие между классической теорией права и теорией права постклассической не стоит ни преувеличивать (тем более, абсолютизировать), ни преуменьшать. Переход к постклассическому правоведению, по нашему мнению, не означает полного разрушения основ классической теории, включая ее составную часть – юридическую догматику. /.../ Постклассическое правоведение, как и классическое естественно-правовое, проблематизирует само понятие права, саму возможность его беспроблемного нахождения в текстуальном пространстве «позитивного»». – Поляков А.В. Коммуникативные стратегии современной теории права // Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб., 2014. С. 136–137. По мнению В.С. Степина возникновение «каждого нового типа рациональности не приводит к исчезновению предшествующих типов, а лишь ограничивает сферу их действия. При решении ряда задач неклассический и постнеклассический подходы могут быть избыточными и можно ограничиться классическими нормативами исследования. Научная рациональность на современной стадии развития науки представляет собой гетерогенный комплекс со сложными взаимодействиями между разными историческими типами рациональности». – Стёпин В.С. Научная рациональность в техногенной культуре: типы и историческая эволюция // Рациональность и ее границы: Материалы международной научной конференции «Рациональность и её границы» в рамках заседания Международного института философии в Москве (15–18 сентября 2011 г) / Рос. акад. наук, Ин-т философии; Отв. ред.: А.А. Гусейнов, В.А. Лекторский. М., 2012. С. 18.

²⁰ Онтология права, как уже отмечалось выше, включает гносеологию, методологию и аксиологию. – См.: «...правовая онтология, которая сама гносеологична и аксиологична и потому предполагает и соответствующую гносеологию и теоретическую аксиологию...». – Поляков А.В. Право и коммуникация // Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб., 2014. С. 20–21.

²¹ Интерсубъективность – главное отличие постклассики, по мнению С.И. Максимова. Он пишет: «Онтологической основой права выступает межсубъектное взаимодействие, но не как некоторая субстанциальная реальность, а как его идеально-смысловой аспект, когда совместное существование людей грозит обернуться произволом, а потому содержит момент долженствования для ограничения такового. Поэтому правовая онтология оказывается онтологией интерсубъективности, а «первореальностью» права выступает смысл права, заключающийся в определенном долженствовании». – Максимов С.И. Концепция правовой реальности // Право Украины. 2013. № 4. С. 26.

²² О том, что классические теории права, включая юснатурализм, реифицировали человека, см.: Честнов И.Л. Субъект права: от классической к постклассической парадигме // Известия вузов. Правоведение. 2009. № 3; Поляков А.В. Антрополого-коммуникативное обоснование прав человека // Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб., 2014. С. 33–54.

²³ А.В. Поляков справедливо задает вопрос: «Что связывает эти модусы (массовое поведение, знаковую форму и ментальный образ – И.Ч.) и делает невозможным существование права без них? Почему знаковая форма, указывающая на определенный смысл и, таким образом, представляющая собой текст, невозможна вне ментальных (эмоционально-рациональных) проявлений человеческой сущности и их отражения в поведении? Единственно возможный ответ, на мой взгляд, заключается в том, что все обозначенные моменты определяет суть того, что называется в постклассической науке социальной (а в данном случае – правовой) коммуникацией. Нет знака и текста без воспринимающего и понимающего сознания, а без такого понимающего сознания невозможны осмысленное поведение и право. Трансляция текста через осмысление и понимание в поведение и есть социальная коммуникация». – Поляков А.В. Еще раз о правовой коммуникации и других необходимых объектах научного изучения, без которых невозможно понять право // Известия вузов. Правоведение. 2012. № 5. С. 6.

ватная картина правовой реальности²⁴. Конечно, и ранее представители неклассического правоведения и даже классической юриспруденции (например, представители социологии права или психологического правопонимания) акцентировали внимание на некоторых из перечисленных моментах, аспектах онтологии права. Так, социология права, а ранее – историческая школа права – постулировала динамику права, психологическое правопонимание – роль эмоций в функционировании права, правовой реализм обращал внимание на вопросы правовой политики. Но адекватного (пост) современным условиям механизма правогенеза или точнее – воспроизводства правовой реальности – предложено, тем не менее, не было. Кроме того, как уже подчеркивалось выше, всем им свойствен монизм, монологизм, односторонность, а не диалогичность бытия права.

Несколько слов по поводу приведенных выше аспектов правовой реальности. Принцип неопределенности как невозможности полного, объективного, аподиктично-универсального описания и объяснения всей полноты права (хотя можно спорить с его аутентичностью – это сугубо авторский концепт) постулирует отказ от единственно верной точки зрения и эпистемологический плюрализм. Одновременно он ставит ограничения «законодательному разуму» (термин З. Баумана) в претензии на формирование беспробельной, завершенной, непротиворечивой системы права²⁵. В то же время это не означает равенства или равноправия любой точки зрения – они могут быть более убедительными, аргументированными или менее. Другое дело, что то, что сегодня представляется более верным, не обязательно останется таковым и завтра. Пересмотр устоявшихся, принимаемых как самоочевидные аксиом, догм – важнейшее требование постклассической науки.

Антиобъективизм (критика вульгарного объективизма) – это признание социокультурной обусловленности научного познания, интерсубъективности процесса его воспроизводства. Об этом достаточно подробно пишет Ю. Хабермас: «Объективность мира, которую мы подменяем в языке и действиях, скрепляется с интерсубъективностью соглашения относительно чего-либо в мире столь крепко, что мы не можем отстраниться от этой связи, не можем вырваться из раскрытого в языке горизонта нашего интерсубъективно разделяемого жизненного мира»²⁶. В другом месте он пишет:

«Субъекты, способные к речи и действию... подменяют (unterstellen) “мир” как совокупность независимо существующих предметов, которые можно оценивать или как-то с ними обращаться. “Доступными оценке” являются все предметы, о которых вообще возможны фактические высказывания. Но лишь с предметами, идентифицируемыми в пространстве и во времени, можно “обращаться” в смысле целенаправленной манипуляции. “Объективность” мира означает, что мир “дан” нам как “для всех идентичный”. При этом именно языковая практика

²⁴ Можно отчасти согласиться с тем, что эти признаки или модусы бытия права выглядят (по крайней мере, в первом приближении) достаточно абстрактно. Однако задача постклассической юриспруденции как раз и состоит в том, чтобы наполнить их конкретным содержанием. И такие исследования уже имеют место быть. См.: Поляков А.В. 1) Антрополого-коммуникативное обоснование прав человека // Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб., 2014; 2) К понятию юридической техники // Там же; 3) Язык нормотворчества и вопросы юридической техники // Там же; Честнов И.Л. 1) Правовая политика в ситуации постмодерна // Юридическая техника. 2015. № 9; 2) Интерсубъективность права // Вестник Академии права и управления. № 2 (39). 2015; 3) Постклассическая социокультурная антропология права как направление в современной юриспруденции // Вопросы правоведения. 2014. № 4; 4) Постклассическая методология изучения правонарушаемости // Общество и человек. № 3 (9). 2014; 5) Юридическая догматика в контексте постклассической парадигмы // Криминалист. 2014 № 2 (15); 6) Критический дискурс-анализ как метод постклассической теории права // Вестник МГПУ, Сер. «Юридические науки» № 1 (13), 2014; 7) Практическая, человекоцентристская юриспруденция – выход из тупика догматизации права // Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания: Материалы седьмых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсисянца / Отв. ред. В. Г. Графский. М.: Норма, 2013.

²⁵ Это хорошо понимали реалисты США и Г. Харт, утверждавший, что у правовых понятий есть не только некоторая неопределенность значения, но иногда, в некоторых случаях их употребления, невозможно даже установить их значение. – Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. С. 130.

²⁶ Хабермас Ю. Коммуникативное действие и детрансцендентализированный разум // Хабермас Ю. Между натурализмом и религией. Философские статьи. М., 2011. С. 43–44.

– прежде всего практика употребления единственных в своем роде терминов вынуждает нас к прагматической подстановке общего для всех объективного мира. Встроенная в естественные языки система референции обеспечивает говорящим формальное предвосхищение возможных соотносящихся между собой предметов. Посредством этой формальной подмены мира коммуникация о чем-либо в мире пересекается с практическими вмешательствами в мир. Для говорящих и акторов это один и тот же объективный мир, о котором они могут договариваться и в который они могут вмешиваться»²⁷. С этой точки зрения «"реально" все, что может быть представлено в истинных высказываниях, хотя факты интерпретируются на таком языке, который в данном случае является "нашим". Сам мир не навязывает нам "свой" язык; сам он не говорит, а "отвечает" лишь в переносном смысле. "Действительным" мы называем существование высказанных положений вещей. Но это "веритативное бытие" фактов – соответственно репрезентационной модели познания – нельзя представить как отраженную действительность и тем самым приравнять к "существованию" предметов»²⁸.

Релятивность права – это его относительность, хотя и не абсолютная, к другим социальным явлениям и обществу, как социальному представлению о целостности социального мира, доминирующему в обыденном сознании человека. Тем самым провозглашается относительная автономность права, его обусловленность экономикой, политикой и другими социальными явлениями и процессами, формой которых, по большому счету, и является право. В этом смысле нет «чистых» правовых явлений, которые не были бы одновременно психическими, экономическими и т. д. феноменами. Но такая релятивность права не отрицает его универсальности. Универсальным в праве, можно считать правовую коммуникацию, по мнению А.В. Полякова, диалог и, с моей точки зрения, функциональную значимость права²⁹. В принципе, нельзя отрицать универсальности таких модусов бытия права, как мера свободы, формальное равенства, справедливости, на чем настаивают сторонники либертарного правопонимания. Однако конкретное содержание меры свободы, формального равенства и справедливости всегда контекстуально – обусловлено историческими и социокультурными факторами, а потому относительно.

Авторы, относящие себя (и относимые другими) к постклассическому направлению акцентируют внимание на разных аспектах бытия права: А.В. Поляков на коммуникации как соединении многогранных «модусов бытия» права; И.Л. Честнов – на диалоге как содержании правовой коммуникации; Е.В. Тимошина – на стиле юридического мышления; С.И. Максимов – на разработке концепции правовой реальности как многогранного, многоаспектного явления; В.И. Павлов – на субъекте и субъективации; М.В. Ульмер-Байтеева и Н.В. Андрианов – на знаковости и интерпретации права; А.С. Александров и его коллеги – на дискурсивной природе права; А.В. Стомба – на темпоральной экзистенции права (да простит он мне такую формулировку его концепции); Е.Н. Тонков – на «реалистической» трактовке права. Несмотря на некоторые различия во взглядах, всех авторов объединяет, повторяюсь, стремление к переосмыслению классической юриспруденции с учетом изменений, происходящих в (пост)современном социуме.

²⁷ Там же. С. 32–33.

²⁸ Там же. С. 33–34.

²⁹ Подробнее эта точка зрения обосновывается автором на страницах настоящего издания.

Концепция правовой реальности

С.И. Максимов

1. Что есть право?

Вопрос: «Что есть право?» является основным вопросом философии права и правоведения в целом. За любым вопросом о том, что является правом в каждом конкретном случае, стоит фундаментальный вопрос: что есть право как таковое. Это обстоятельство свидетельствует о внутренней философичности всего знания о праве – правоведения. Вопрос «что есть право» является, с одной стороны, и вечным, и неразрешимым³⁰. Но с другой стороны, потребность в его постановке и нахождении приемлемых на данный момент для теории и практики решений, также является непреодолимой (что подтверждается наличием множества концепций правопонимания).

Право не является некой вещью, на которую можно указать: вот это и есть право. Право – это особый мир, мир права. Для выражения особенностей этого мира во всем богатстве его проявлений и была предложена категория «правовая реальность» (подобно концептам физической, социальной, культурной, нравственной, психологической и т. п. реальности)³¹. Следует отметить, что довольно часто онтологическая категория «реальность» подменяется ее обыденной интерпретацией – как эмпирические проявления права, тем, как право функционирует «на самом деле» (в таком смысле более правильно употреблять понятие «правовая действительность»). Поскольку же реальность – это свойственное феноменам качество иметь бытие, независимое от нашей воли и желания, то и правовая реальность – не только то, что существует в институтах права и правоотношениях, но также и те очевидности, которые хотя и не имеют предметного бытия, но с которыми мы не можем не считаться. Данное понятие позволяет соединить вопрос о том, что такое право с вопросом: как оно существует, каков способ его бытия, к какому типу реальности оно относится. При этом правовая реальность должна восприниматься не как внешняя для человека (субъекта ее осмысления) действительность, а как такая, в которую вовлечен он сам в процессе общения с другими участниками правовой жизни.

Различаются широкий (вся совокупность правовых феноменов) и узкий (базисный правовой феномен – правовые нормы и институты для юридического позитивизма, правоотношения для социологической юриспруденции, правосознание для теории естественного права или психологической концепции права) смыслы понятия «правовая реальность». Я же предлагаю интегральную концепцию правовой реальности как мира права, который конструируется из правовых феноменов, упорядоченных в зависимости от отношения к базисному феномену как некой «первореальности» (собственной реальности) права.

Правовая реальность не представляет какую-то субстанциальную часть реальности, а является лишь способом организации и интерпретации определенных аспектов социальной жизни, бытия человека. Но этот способ настолько существенен, что при его отсутствии распадается сам человеческий мир. Поэтому мы представляем его как реально существующий. Уже в этом обнаруживается отличие бытия права от бытия собственно социальных объектов. Ибо мир права – это в основе своей мир должноствования, а не существования.

³⁰ Эту загадочность понятия права выразил Г. Флобер в «Лексиконе прописных истин»: «Право. – Неизвестно, что это такое».

³¹ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков, 2002. – 326 с.

Введение в контекст методологических и мировоззренческих проблем правоведения категории «правовая реальность» дает возможность рассматривать право не просто в качестве надстроечного явления, живущего лишь отраженной жизнью экономической структуры общества (как это представлялось в марксистской теории права), а как особый мир, относительно автономную область человеческого бытия, имеющую собственную логику и закономерности, с которыми нельзя не считаться. Главной здесь оказывается проблема бытия права, включающая вопрос о его онтологических основаниях, т. е. о его укорененности в человеческом бытии. При этом следует учитывать специфичность онтологии права, поскольку бытие права – это особый модус бытия – «бытие-долженствование». Таким образом, реальность права устанавливается не в качестве факта, а в силу его значимости для человека.

Онтологической основой права выступает межсубъектное взаимодействие, но не как некоторая субстанциальная реальность, а как его идеально-смысловой аспект, когда совместное существование людей грозит обернуться произволом, а потому содержит момент долженствования для ограничения такового. Поэтому правовая онтология оказывается онтологией intersубъективности, а «первореальностью» права выступает смысл права, заключающийся в определенном долженствовании.

Таким образом, право представляет собой деонтологическую реальность, т. е. идеально сконструированное бытие, суть которого состоит в долженствовании, и хотя оно не замыкается на самом себе, находит проявление в эмпирическом мире, но все же не сводится к социальным фактам. Правовая реальность имеет смысловое строение. Правовые смыслы опредмечиваются в ментальных установках, идеях и теориях, в знаково-символической форме норм и институтов, в человеческих действиях и отношениях, т. е. в различных проявлениях правовой реальности.

Как сложная многоуровневая система право представляет собой не статичный набор элементов, а динамический процесс собственного становления. Источником саморазвития выступают противоречивые взаимодействия его сторон, находящие отражение в полноте и дополнительности различных подходов к праву. Относительно автономными уровнями правовой реальности (формами бытия права) являются: а) мир идей (идея права); б) мир знаковых форм (правовые нормы и законы); в) мир социальных взаимодействий (правовая жизнь). Они представляют собой уровни становления права, которые выражаются в разворачивании концепции правовой реальности от абстрактных ко все более конкретным определениям.

Логически исходным компонентом правовой реальности, содержащим масштаб истинности права, выступает идея права. Представляя абстрактно-общие определения права и выражая смысл права, она содержит допозитивный масштаб для законодательных и судебных решений. Выражая момент долженствования она обладает потенциальной действительностью, но в то же время задает нормативную силу действующему праву. Значимость идеи права задает операция логического признания права, или его обоснования.

Позитивное право как система санкционированных государством норм, представляет собой конкретно-общие определения, реализацию идеи права. Будучи формой эмпирического бытия, оно носит исторический (временной) характер, его отличают требования осмысления закона для всех случаев и учета социальных интересов, указывающие на его связь с жизнью. Средством перехода от недействующей идеи права к действующему праву выступает процесс правотворчества, феноменологический смысл которого заключается в соединении идеи права (принципов справедливости) с конкретными социальными условиями, выражающимися через категории потребности и интереса. Сложное противоречивое сочетание справедливости и целесообразности составляет отличительную особенность позитивного права.

Мир социального взаимодействия представляет собой наиболее конкретный уровень бытия права. Моментом перехода от законов к материально-конкретным определениям выступает процесс правореализации. Основным элементом этого процесса выступает субъект в его

взаимодействии с другими субъектами. Условием перехода к бытию права в правильных решениях и действиях людей выступают такие факторы как признание нормы, принуждение и власть. Наиболее важной формой выступают судебные решения, в которых аккумулируется весь опыт осмысления права. Принимаемые профессионалами самой высокой квалификации они являются повышением квалификации для всех юристов и граждан. В отношении к правосудию происходит объединение усилий всех ветвей власти в борьбе за право.

Все элементы правовой реальности пронизаны единым началом, особым правовым этосом (способом мышления и деятельности), логический строй которого предполагает такие рефлектирующие друг на друга элементы, как субъект права (с присущей ему «способностью признания») во взаимодействии с другими субъектами, система правовых ценностей, интегральным выражением которой является справедливость и должная модель поведения, предполагающая единство прав и обязанностей.

Подлинной реальностью права оказывается не столько жесткий механизм властного принуждения, сколько тонкая паутина особых ментальных состояний – правовых смыслов. Основополагающими правовыми смыслами (установками правосознания) выступают фундаментальная обязанность уважать чужое право и дополняющая ее обязанность отстаивать собственное право. Результатом следования этим принципам оказывается утверждение в отношениях между людьми – добросовестности, честности и точности в выполнении обязательств, в образе мысли – правовой установки, которая выражается: по отношению к другим – в примате справедливости над состраданием, по отношению к себе – в идее правомочия, или в стремлении к независимому достижению выгоды и благополучия. Метафизическим условием возможности права и обоснованием внутренней независимости (автономии) выступает установка отрицания рабства и признания свободы высшей ценностью; морально-антропологическим условием возможности – позиция неподкупности (приоритет гражданской честности над другими добродетелями – профессиональными, семейными, патриотическими). Следование этим установкам правосознания ведет к утверждению устойчивой системы правового поведения – правового этоса. Однако в реальной жизни осуществление всех правовых смыслов оказывается невозможным, поэтому для компенсации этого несовершенства человеческого поведения и для того, чтобы те, кто действует в соответствии с установкой уважения к праву, не оказывались в проигрыше, и существует правовое принуждение.

2. Соотношение естественного и позитивного права

Проблема соотношения естественного и позитивного права может рассматриваться в двух аспектах: как взаимодействие фундаментальных структурных элементов права (онтологический аспект проблемы), и как полемика между теорией естественного права и правовым позитивизмом, которые односторонне отображают эту структуру (эпистемологический аспект проблемы).

Право как социально-культурный феномен (творение человека) представляет собой единство двух основных измерений: смыслового и предметного. По отношению к правовой реальности ее идеально-смысловой и предметно-институционный аспекты как раз и отвечают традиционному делению на естественное и позитивное право, а их противоречивое единство и составляет фундаментальную структуру права. При этом классические теории естественного права акцентируют внимание на морально-ценностном измерении права, рассматривая естественное право как моральный критерий для оценки и образец для формирования позитивного права, в то время, как классический правовой позитивизм рассматривает право лишь как систему норм, установленных государством и обеспеченных его принудительной силой. Однако право не может быть сведено ни к моральному долженствованию, ни к принудительности. Оно является единством отображенных отмеченными концепциями граней, или измерений, поэтому более адекватно природа права может быть отображена интегральными концепциями права, которые стремятся не к противопоставлению, а сочетанию этих различных аспектов права.

Существуют различные модели выражения единства естественного и позитивного права. В онтологических концепциях (концепция онтологической структуры права А. Кауфмана³², моя концепция правовой реальности³³) право представляет собой единство естественно-правовой справедливости с позитивно-нормативной легальностью, которые соотносятся как сущность и существование. Правовой позитивизм и классические концепции естественного права односторонне-монистически трактуют природу правовой реальности.

Правовой позитивизм, считая позитивность решающим признаком права, по сути, сводит сущность права к его существованию и во имя безопасности стремится освободиться от духовного содержания права, связанного со свободой, что приводит к опасному тезису, будто для природы права безразлично, какое содержание позитивируется. Классические концепции естественного права переносят акцент с существования права на его сущность, но трактуют ее как трансцендентальную реальность, содержание которой абсолютно правильно и легитимно для всех людей.

Синтез различных позиций выражается в интегральной концепции структуры правовой реальности, в рамках которой естественное право (смысловой уровень) и позитивное право (предметно-институциональный) соотносятся как сущность и существование права. Действительность права, его подлинная реальность представляет собой единство и дополнительность естественно-правовой справедливости и позитивности, так как без справедливости право оказывается без собственной сущности, а без позитивной объективации – не имеет возможности взаимодействовать с эмпирической реальностью человеческой практики. Считаем, что данная концепция онтологической структуры права имеет важное мировоззренческое значение, поскольку позволяет представить целостный и динамичный образ права, при этом связав его с образом человека как единственного существа, существование которого не совпадает с его

³² Кауфманн А. Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008 / Под ред. А. В. Полякова. СПб., 2009. С. 151–174.

³³ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. С. 162– 174

сущностью³⁴. Подобно тому, как это внутреннее противоречие выступает мотивом для саморазвития человека, оно же, рефлексивно отраженное человеком, является стимулом для совершенствования права.

Против употребления термина «естественное право» существуют предубеждения, которые затрудняет адекватное понимание его сути и предназначения. Ввиду множественности взглядов на этот феномен, целесообразно говорить о естественно-правовом мышлении как об определенной парадигме правопонимания. В основе любого учения о естественном праве лежит идея о том, что все существующие правовые нормы должны основываться на некоторых основаниях, не зависящих от человеческого произвола. Поскольку образцом таких объективных оснований считалась природа, то и право, которое не зависит от человеческой воли и желаний, было названо природным, или естественным.

Теория естественного права направлена на поиски особенной реальности права, не сводимой к реальности государственно-властных установлений. Поскольку под естественным правом в его обобщенном значении понимается сверхпозитивная инстанция, то и особенность естественно-правового мышления заключается, говоря более привычным языком, в разграничении и сопоставлении права и закона с позиций принципов справедливости. Оно ориентируется на поиск справедливости как сущности права и критерия оценки закона и иных правовых решений.

В силу заложенной в нем критической установки, естественно-правовой способ мышления приобретает особенную социальную значимость в переходные периоды развития общества, которые характеризуются обострением противоречий между идеалом и действительностью, новыми прогрессивными стремлениями и старым позитивным правом, или, другими словами, опытом переживания несправедливости. Поэтому наиболее активно и плодотворно естественно-правовые концепции развиваются в периоды реформ и изменений.

Естественно-правовое мышление в известной мере содержит элемент утопии, поскольку исходит не из того, что есть, а из того, что должно быть, отрицая тем самым существующий порядок вещей. Однако хотя утопические проекты в действительности не сбываются, человек, находясь под впечатлением новой действительности и воодушевленный этой картиной, своими поступками изменяет социальный мир, пользуясь при этом символами и категориями утопического проекта. Именно естественно-правовое мышление оказало влияние на американскую и французскую революции и привело к возникновению общности современного типа – демократического конституционно-правового государства³⁵. Интегрально смысл многообразных теорий естественного права может быть выражен формулой: «через критику государства и права к гуманизации правопорядка».

Естественно-правовое мышление не является однородным. Можно выделить различные типы концепций естественного права.

1. На основании того, на каком из ключевых понятий делается акцент («природа», «разум», «природа человека»), выделяются космологические (натуралистические и теологические), рационалистические и антропологические концепции естественного права.

2. В зависимости от понимания смысла права следует различать «старое» и «новое» естественное право. Первое характерно для традиционных обществ, где предполагалось природное неравенство людей, а второе – для модернистских обществ, основанных на идее равенства и свободы, а потому представляет собой теорию прав человека.

3. По способу обоснования идеи права концепции естественного права могут быть разделены на натуралистические, деонтологические и логоцентрические, различающиеся трактовкой онтологического статуса естественного права: оно понималось в качестве существующего

³⁴ Максимов С. И. Правовая реальность. С. 168–171.

³⁵ Хейфе О. Политика, право, справедливость. Основоположения критической теории права и государства. М., 1994. С. 52.

до позитивного права, как закон природы (Дж. Локк), над позитивным правом, как моральный идеал (И. Кант), и в самом позитивном праве, как его разумное ядро (Г. В. Ф. Гегель).

4. В зависимости от выделения различных эпох в развитии философии и всей культуры в целом (классика и современность) концепции естественного права могут быть разделены на классические и современные (неклассические).

Понимание разнообразия концепций естественного права важно для того, чтобы не упрощать его сущность и не сводить концепт «естественное (природное) право» к его буквальному содержанию, т. е. не трактовать его как законы природы³⁶.

Противники теории естественного права довольно часто свое неприятие этого понятия обосновывают тем, что с его употреблением возникает «дуализм» права, якобы разрушающий монолитность правопорядка. Однако такой «дуализм» может быть лишь результатом неправильной интерпретации смысла рассматриваемых феноменов. На самом деле признание единства естественного и позитивного права вовсе не означает «дуализма» права, т. е. признание существования двух параллельных нормативных систем – реально-действующей и идеально-должной, а означает признание его «двусоставности»³⁷, «двойственности» или «дуальности»³⁸ как необходимого выражения его природы.

Именно на такой дуальности делается акцент в дискурсивных концепциях природы (структуры) права, которые ориентируясь мировоззренчески на онтологические концепции права, дополняют их, раскрывая новые методологические возможности (Р. Алекси)³⁹. Основным положением концепции Р. Алекси является тезис о том, что право имеет дуальную природу, то есть имеет два измерения: реальное, или фактическое, которое в определении права представлено элементами авторитетного установления и социальной эффективности, и идеальное, или критическое, которое выражается в элементе моральной правильности⁴⁰. Дуальная природа права (как согласование идеального и реального измерений) проявляется – явно или неявно – во всех фундаментальных вопросах права: в сбалансированности принципов справедливости и юридической определенности, в анализе различных версий позитивизма и непозитивизма⁴¹ с точки зрения адекватности выражения ими природы права (при этом приоритет отдается «мягкому непозитивизму», согласно которому моральные дефекты приводят к отрицанию юридической действительности права лишь тогда, когда нарушен порог крайней несправедливости). В процедурном аспекте связь позитивности и правильности реализуется в форме демократического, или дискурсивного, конституционализма, главными элементами которого являются демократия и конституционные права. Требование сбалансированного соотношения идеального и реального измерений права присутствуют также в юридической аргументации (интерпретации) и правоприменении (как соотношение принципов и норм)⁴².

В заключение следует отметить, что признание дуальной природы права не является признанием дуализма права, т. е. существования двух самостоятельных реальностей: естественного и позитивного права, а представляет собой признание двух измерений единого фено-

³⁶ Максимов С. И. Мировоззренческо-методологические подходы к осмыслению права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. СПб., 2009. С. 128–130.

³⁷ Соловьев Э. Ю. Философия права // Философия: Учебник / Под. ред. В.Д. Губина, Т.Ю. Сидориной. – 3 изд., перераб. и доп. – М.: Гардарики, 2003. – С. 496–525.

³⁸ Алекси Р. Дуальная природа права // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. СПб., 2011. С. 19.

³⁹ Алекси Р. Дуальная природа права // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. СПб., 2011. С. 19–33.

⁴⁰ Алекси Р. Дуальная природа права. С. 19.

⁴¹ Следует заметить, что современное (неклассическое) естественно-правовое мышление имеет интегральный характер и выражает себя как непозитивистские теории, сохраняющие при этом приоритетное значение естественно-правового (идеального) измерения. Так, по Алекси – идеальное измерение права выражает деонтологическую необходимость, т. е. выражает природу права, а реальное – естественную необходимость, обусловленную целесообразностью.

⁴² Более подробно анализ дискурсивной концепции права см.: Максимов С. Дуальность права // Право Украины. 2011. № 11–12.

мена права. Эти измерения воспроизводятся при решении всех правовых вопросов и являются онтологической основой любых правовых концепций, которые стремятся к адекватному отображению природы права, включая и интегральные концепции. При этом степень адекватности концепции права непосредственно зависит от того, насколько полно удастся отобразить такую дуальность.

3. Отличие права и морали

Вопрос о соотношении права и морали есть продолжение и углубление вопроса о соотношении позитивного и естественного права. Так, в современном философско-правовом дискурсе считается общепризнанным критерием различения концепций естественного права и юридического позитивизма как концептуальное соединение (включение морали в право для концепций естественного права) и концептуальное разделение права и морали (исключение морали из права для юридического позитивизма). Однако подобный формальный подход, характерный для современной аналитической философии права еще ничего не говорит о природе самих феноменов права и морали. Тем более ничего не говорит о природе этих феноменов известная формула из учебников по теории права о том, что правовые нормы предполагают применение государственного принуждения для их осуществления, а моральные нормы – нет. Ибо здесь не дается ответ на вопрос: почему правовые нормы предполагают государственное принуждение, а моральные нормы не только не предполагают его, но применение такого принуждения противоречило бы самой их природе, а выражение «принудительная мораль» вообще имеет вид перформативного противоречия.

При этом следует заметить, что хотя В. С. Соловьев и определяет право как минимум морали (принудительно обеспечиваемый), но этот минимум добра он трактует как недопущение зла, что вполне совпадает с пониманием смысла права как гарантированного недопущения нанесения ущерба другому человеку.

Это означает, что проблема соотношения права и морали предполагает нахождение как общих для них характеристик, так и отличий. В самом общем виде такое единство в различии заключается в следующем.

Наряду с моралью право относится к деонтической реальности, или миру долженствования, минимальным условием возможности которого является признание свободы воли (отсутствие чего означало бы невозможность ответственности человека за свои поступки) и принципиальной возможности оценки человеческого поведения с точки зрения «критерия должного» (добра и зла, справедливого и несправедливого, правомерного и неправомерного). В то же время долженствование в праве отличается от морального долженствования по онтологическому статусу – наличием предметной формы воплощения (законодательно-институциональной) и по содержанию – неразрывным единством прав и обязанностей (что соответствует его определению Л. И. Петражицким как двусторонних «императивно-атрибутивных эмоций» в отличие от однонаправленных «императивных эмоций», характеризующих мораль).

Правосознание и моральное сознание объединяет единый смысловой центр – понятие автономии (которое основывается на понимании человека как безоговорочно свободного существа) и категорическая обязательность их требований, отвергающая соображения общественной пользы или целесообразности, противоречащие их требованиям. Разнонаправленность же их как форм долженствования заключается: а) для морали – в ориентации на непосредственные отношения между людьми как ближними (чему, по П. Рикеру, соответствует такая лингвистически-философская структура выражения субъекта морали, как «ты»); и б) для права – в ориентации на отношения между людьми (как дальними), опосредованные институтами (чему соответствует такая лингвистически-философская структура выражения субъекта права, как «любой», т. е. в своей социально-типической форме). При этом смысловая направленность морального сознания выражается как антиутилитарность (никогда не позволяй относиться к человеку только как к средству), а правосознания – как антиавторитарность (никогда не позволяй относиться к человеку только как к существу опекаемому и заведующему).

В силу отмеченной смысловой направленности (антиавторитарность) правосознание противоположно патерналистскому сознанию. В каждом из моментов оппозиции идеологии патернализма и правового образа мышления – моральная или правовая регламентация власти, несовершеннолетний гетерономный агент властных предписаний или зрелый автономный субъект права, сострадательная человечность (милость) или человечность исходного доверия (справедливость) – неподопечность (автономия) человека противопоставляется государственному попечению и трактуется в качестве основного смыслового выражения права.

Праксеологический аспект дополнительности права и морали может быть выражен применительно к сфере правового воспитания в положении о том, что правовые смыслы одновременно являются и установками морального сознания. Вследствие этого правовое воспитание не может иметь своим началом простое усвоение норм права, правил внешнего поведения. Его основы должны закладываться раньше, еще до всякого знакомства с собственно правовым материалом. Оно должно осуществляться на уровне житейских правил поведения, установок, определяющих выбор в той или иной ситуации. Поэтому предпосылкой любого правового воспитания является воспитание нравственное. Для того чтобы быть восприимчивым к «духу права», необходимо обладать определенными качествами, усвоить установки правосознания, а следование им считать безусловной нравственной обязанностью. Лишь с позиций таких жизненных ориентаций принципы идеального правопорядка окажутся очевидными для субъекта и получат духовные условия для своего бытия. Однако не любое нравственное воспитание задает условия усвоения правовых смыслов. Это должны быть такие нравственные требования, которые формируют субъекта правосознания.

При этом следует различать ситуации, когда право, соответствующее своему понятию, уже утвердилось и прочно подчинило себе деятельность политических и правоохранительных органов и когда его господство еще только устанавливается. В первом случае не предполагается непременно внутреннее участие граждан в предписываемых им нормах, во втором – перед ответственным человеком встают совершенно особые обязанности. Данные обязанности закрепляются в соответствующих установках сознания, содержащих смыслы права (о которых уже упоминалось выше).

4. Отличие философии права от теории права

Соотношение между философией права и общей теорией права может быть рассмотрено как отношение между философским осмыслением права и его специально-научным познанием с точки зрения, как их предмета, так и их метода.

Известно, что любая наука, сосредотачивается на собственном предмете исследования, которым является определенный фрагмент бытия, и оставляет в стороне вопрос о его месте в общей картине мира и о его человеческом предназначении. Известно также, что в фундаменте любой науки лежат некоторые исходные аксиоматические положения (основоположения), которые не обосновываются в рамках этой науки, а берутся как таковые: для классической физики, например, это принцип причинности, для экономической науки – принцип пользы. Однако частные науки принципиально не могут «заглянуть» за свои основоположения.

Что же касается философии, то сфера ее интересов начинается именно там, где заканчивается сфера интересов отдельных наук. Философия обосновывает базовые положения отдельных наук, подводя под них «предельные основания», выявляя их смысл (человеческое предназначение). Например, аксиомой юридической науки является утверждение о том, что право – порождение воли носителя государственной власти, с требованием обязательного подчинения установленным нормам. Это положение выражает сущность позитивного права. Но постичь истинный смысл правовых явлений мы можем, лишь заглянув за пределы этого положения, то есть, пытаясь отыскать собственные основания права.

Исходя из этого, предмет философии права можно определить как внеюридические, или предельные основания права – онтологические (бытийные), аксиологические (ценностные), гносеологические (познавательные), антропологические (человеческие) и другие. Теория же права, является обобщающим уровнем юридической науки, близкой к философии права научной и учебной дисциплиной, и представляет собой, главным образом, учение о действующем праве.

Само по себе позитивное право не является предметом философии права. Позитивное право интересует философию права главным образом лишь в соотнесении с естественным правом, с позиции которого оценивается действующее право. В данном случае естественное право, оценивая позитивное право, играет роль «права в праве». Более точным будет утверждение, что философия права изучает «мир права», или «правовую реальность» как философский аналог понятия «правовая система». Здесь под правовой реальностью понимается вся совокупность правовых феноменов в единстве предметной формы и идеальной сущности, то есть в их всеобщности и целостности.

Различие по методу между философским осмыслением права и его научным познанием заключается в различии понимания и объяснения. Любая частная наука, в том числе правовая, рассматривает свой предмет как объект, находящийся вне познающего субъекта и пребывающего в относительном противостоянии ему. Философия стремится к пониманию, осмыслению не сущего, а должного (ценностей и смыслов), раскрывает мир таким, каким он должен быть с точки зрения ценностных постулатов или ориентаций человека. Этот мир ценностей и смыслов дает человеку стимул для изменения бытия, поскольку то, что должно быть, воспринимается им как идеальное относительно того, что существует в действительности. Поэтому правовая наука, изучая закономерности функционирования действующего права, описывает право таким, каким оно есть, а философия права таким, каким оно должно быть.

Обобщенно особенность метода философии права (как и философии вообще) выражается понятием «рефлексия». Рефлексия – это анализ субъектом познания оснований собственных мыслей, «мысль о мысли». Она является методом обращения к основам путем постановки вопросов о том, почему это осуществляется, или как это возможно.

Частные науки (включая и юридическую) по своему методу догматичны, не занимаются критической проверкой своих основ, философия же по своей природе критична, она постоянно оценивает собственные основания. Такая оценка и представляет собой философскую рефлексию. Рефлексия является обязательным элементом философско-правового познания. Будучи критической и систематической, она направлена на поиски ответов о предельных основаниях права: онтологических, антропологических, аксиологических, гносеологических и т. д. На основе философской рефлексии строятся определенные модели права и анализируются последствия их применения в обществе. Это метод «мысленного эксперимента». Именно этот метод применяли при конструировании своих философско-правовых теорий Т. Гоббс и Дж. Локк, И. Кант и Г. Гегель, его применяют и современные философы права (Дж. Ролз, Р. Дворкин, Р. Алекси и др.). Другой стороной философско-правовой рефлексии как критического анализа принципов права является дискурс (аргументированный обмен мнениями по определенным правилам с целью достижения взаимопонимания). Именно рефлексию и дискурс можно назвать важнейшими особенностями метода современной философии права⁴³.

Таким образом, как философия права, так и общая теория права являются формами теоретического познания права, они тесно связаны друг с другом и дополняют друг друга, между ними трудно провести четкую разграничительную линию, хотя различие между ними заключается в том, что первая подходит к исследованию права с позиции философской рациональности (ценностно нагруженной), а вторая – научной рациональности (ориентированной на объективность знания, стремящейся к ценностной нейтральности), главная же особенность философии права заключается в ее методе – рефлексии.

Как подчеркивает украинский правовед Н.И. Козюбра: «общая теория права обеспечивает философию права специально-юридическими знаниями, без опоры на которые она способна превратиться в умозрительные, оторванные от правовой жизни конструкции. В свою очередь, философия права является мировоззренческим фундаментом для общей теории права. Она вооружает ее фундаментальными ценностями, категориями, и интеллектуальными средствами, без которых невозможно представить как современное правоведение, так и любую практическую деятельность в сфере права»⁴⁴.

Для определения места философии права в структуре правоведения следует исходить из того, что позиции, согласно которым философия права является частью философии, самостоятельной научной дисциплиной или частью (уровнем) правоведения (или общей теории права) не исключают, а взаимно дополняют друг друга. Благодаря своей рефлексивности философия права, безусловно, является частью философии, а именно – практической философии, которая ориентируется на проблемы человеческого действия (наряду с социальной, политической, моральной, антропологической философией). Вместе с тем опыт показывает, что исследованием проблем философии права преимущественно занимаются юристы. В этом нет ничего удивительного, так как она так или иначе является необходимой частью правоведения в целом. Поэтому следует согласиться с выделением в системе правоведения его верхнего, метатеоретического уровня, или уровня философских основ (философии права), его среднего уровня (теории права) и нижнего, эмпирического уровня – правовой доктрины (отраслевые дисциплины)⁴⁵. Таким образом, можно утверждать, что философия права является необходимой частью (уровнем) правоведения как науки о праве. В то же время философия права как знание интегральное, целостное обладает относительной автономией в рамках, как философии, так и правоведения, что позволяет охарактеризовать ее как самостоятельную сферу исследований на стыке философии и правоведения, которая занимается осмыслением природы права. Ее прин-

⁴³ Лекция профессора С. Максимова: Введение в курс «Философия права» // Право Украины. 2011. № 11–12. С. 249–253.

⁴⁴ Козюбра М. Загальнотеоретичне правознавство: стан та перспективи // Право України. – 2010. – № 1. – С. 42.

⁴⁵ Честнов И. Л. Методология и методика юридического исследования: Учебное пособие. – СПб, 2004. – С. 40–41.

ципиальное отличие заключается в том, что она не просто применяет философские методы и категории к праву, а направлена на решение основной правоведческой проблемы: что есть право вообще? Как «общая территория» для философов и юристов, философия права имеет свои специфические черты, проблемы и способы их решения, которые следует учитывать, а не переносить механически из другой смежной области знания.

Очень плодотворную концепцию природы философии права и ее соотношения с теорией права предложил Р. Алекси. Согласно его концепции, философия права это относительно автономная часть философии, которая представляет собой общую и систематическую рефлексию онтологических, морально-аксиологических и эпистемологических вопросов относительно права. Подлинная философия права стремится к «идеалу полноты», т. е. включает: 1) решение общефилософских вопросов, 2) учитывает специфику права как единства институционально-властной и идеально-нравственной структур, 3) имеет особенно тесную связь с моральной и политической философией. Нижняя граница философии права составляет «ограничивающий принцип», который предусматривает: 1) отказ от решения философских вопросов, 2) сосредоточение только на институциональном измерении права, 3) делегирование всех критических (нормативных) вопросов моральной и политической философии, дистанцирование от них. Последовательное проведение «ограничительного принципа» представляет собой исследовательскую программу юридической теории права. Между философией права и теорией права существует, по его мнению, принципиальное отличие (хотя и нет грани, которую невозможно перейти, она является динамической, подвижной) – разница между выбором «идеала полноты» и «ограничительного принципа», то есть между философским и нефилософским (научным) подходами. Теория права представляет собой продукт радикального применения «ограничительного принципа» к сфере философии права, которая, в свою очередь, существует в пространстве между «идеалом полноты» и «ограничительным принципом» как «максимумом» и «минимумом». Верхняя граница философии права это требование когерентности (целостности) теории и ее адекватности объекту – природе именно права. Этот предел позволяет, как считает Р. Алекси, отличить философию права как от других философских дисциплин, так и от псевдофилософско-правовой рефлексии, которая «утрачивает почву права»⁴⁶.

В системе правоведения философия права наиболее тесно связана с общей теорией права и социологией права. Вместе все эти три дисциплины составляют комплекс общетеоретических и методологических правовых дисциплин. Их наличие связано с существованием в самом праве, как минимум, трех аспектов (измерений): ценностно-оценочного, формально-догматического и аспекта социальной обусловленности. Философия права акцентирует внимание на рефлексии основ права, юридическая теория на конструировании понятийного каркаса позитивного права, социология права на вопросах социальной обусловленности и социальной эффективности правовых норм и правовой системы в целом.

В связи с этим возникает вопрос, являются ли эти дисциплины автономными, или они представляют собой разделы общей теории права? Можно предположить, что в определенном смысле термином «теория права» могут быть охвачены все три дисциплины, поскольку они касаются общетеоретических аспектов права: философских, социологических, юридических. Однако в чисто научном смысле слова этот термин мы применяем только к юридической науке. На наш взгляд, соединение этих учебно-исследовательских направлений в рамках одной дисциплины – общей теории права в принципе возможно, но при определенных условиях (т. е. весьма проблематично). Такая теория права должна отказаться от присущего науке аналитического, т. е. ценностно-нейтрального, подхода и трансформироваться в критическую теорию права, т. е. такую, которая включает идеологический аспект – обоснование определенной иерархии ценностей и критику права и других систем ценностей. Это является очень

⁴⁶ Алекси Р. Природа философии права // Проблемы философии права. – Киев-Черновцы, 2004. Т. II. С. 19–26.

сложной задачей, поскольку такая теория права должна сочетать в себе различные методологические позиции (профессиональные ипостаси): юриста, философа и социолога. Поэтому существует большой риск негативных последствий, если такое сочетание приведет не к «симфонии», а к «какофонии» различных методологических подходов. Более реалистичной представляется такая модель соотношения теории права (в ее аналитическом, ценностно-нейтральном варианте), философии права и социологии права, когда бы они взаимно обогащали и взаимно дополняли друг друга как автономные дисциплины. Объединение же их теоретического потенциала с целью обеспечения целостности системы знаний о праве осуществлялось бы путем фундаментализации подготовки самих юристов, которые должны видеть право не только с позиции своей дисциплины, но и с позиции философии и социологии.

5. Право и свобода

Для современного правового мировоззрения характерною является необходимая связь права и свободы. «Право есть мера свободы», «право – математика свободы» и т. д. – таковы известные экспликации этой связи, получившие распространение не только в научной литературе, но и в массовом сознании (хотя на уровне повседневности мы все же связываем право с ограничением нашей свободы как некоторым порядком).

Обоснование тесной связи свободы и права может осуществляться как при помощи антропологических аргументов (т. е. выводится из единого начала, именуемого природой человека), так и при помощи этических (легитимационных) аргументов, когда предположение о свободе как цели человеческого существования может быть рассмотрено в качестве условия возможности нормального функционирования правовой системы.

Если право в самом общем плане понимать как совокупность правил, которыми люди руководствуются в повседневной жизни и неисполнение которых дает право на принуждение со стороны властвующего субъекта, то антропологической основой пользования людьми определенными правилами будет «открытость миру», универсальная способность человека к свободным действиям.

«Открытость миру», т. е. отсутствие жесткой привязки к определенному способу деятельности, является результатом того, что у человека, в отличие от животных, отсутствует завершенная система инстинктов, которая могла бы жестко регулировать его отношения с природной средой и другими людьми. Именно недостаточная специализация человеческих способностей, оборачивается такими позитивными качествами, как открытость миру и способность к динамическому саморазвитию. Человек оказывается существом, наделенным самыми разнородными задатками и способностями, «поликомпетентным». В этой открытости миру и поликомпетентности заключена физиолого-психическая основа свободы действий человека.

Однако, в силу открытости структуры побудительных мотивов и реакций человека, он не только может динамично развиваться, но и подвергаться угрозе насилия со стороны других людей, вплоть до самых крайних его форм. Это требует создания регуляторов поведения на иной, нежели инстинкты, основе. В числе таких регуляторов – социальных институтов – оказывается и право. Таким образом, свобода как универсальная способность человека делает право и необходимым, и возможным (необходимое ограничение свободы, делающее ее возможной).

В легитимационном аспекте свобода понимается, как свобода поступать по собственной воле, т. е. возможность самому решать к чему стремиться и как достигать своих целей. Таким образом понятая свобода становится центральным пунктом того представления о человеке («образа человека»), на который ориентируется правопорядок. Такое понимание свободы заложено И. Кантом в его известном положении: «Свобода (независимость от принуждающего произвола Другого), ... и есть это единственное первоначальное право...»⁴⁷. Здесь свобода получает, прежде всего, отрицательное выражение: как «независимость от принуждающего произвола Другого». Однако негативная свобода как «свобода от», с которой непосредственно коррелирует право, не может рассматриваться вне учета определенного позитивного момента свободы как «свободы для», однако этот аспект выражается в его «минимальном требовании» как формулировка задачи права – обеспечение условий для реализации способностей каждого.

⁴⁷ Кант. И. Метафизика нравов // Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4, ч. 2. – С. 240.

6. Как соотносятся должное и сущее в праве?

Особенностью права как правовой реальности является напряженность между должным и сущим, которая проявляется в двух аспектах: а) во внешнем – соотношении фактического поведения и права, как выражения идеи должного; б) во внутреннем – соотношении позитивного (права, какое оно есть) и естественного права (права, каким оно должно быть).

По сути, эти два аспекта данной проблемы уже раскрывались, при ответе на вопрос о том, что есть право и на вопрос о соотношении позитивного и естественного права.

В первом случае фактическое поведение как социальная реальность, с одной стороны, и право как нормативная система – с другой, представляют собой два разных типа реальности: реальность фактического и нормативного. Первое мы идентифицируем как осуществившееся, историческое, второе – как значимое. Не случайно, именно через оппозицию фактичности и значимости излагает свою теорию права Ю. Хабермас. Момент единства этих противоположностей, т. е. сбывшегося, имеющего временные характеристики существования, и того, что имеет значимость, состоит в том, что право как должное имеет «претензию» на осуществление, оно стремится стать сущим, воплотиться в реальном поведении людей. Здесь право рассматривается как таковое, во всей его многосторонности и одновременно как нормативный, идеальный компонент любого человеческого взаимодействия.

Универсальным определением действительности является понятие «действие». Поэтому логичен вывод: «действительно все, что действует». Действительность факта проявляется в причинной связи явлений, тогда как действительность права обнаруживается в его значимости, ценности, авторитетности.

Второй аспект соотношения должного и сущего заключается в соотношении позитивного права, которое в силу своей фактичности, временности, материальности выражает момент сущего и естественного права (идеи права) как идеала, образца и критерия оценки действующего права с позиций того, каким оно должно быть (должного). Нормативность в данном аспекте представляет собой нормативность «второго порядка». В соответствии с этим в современной англо-американской философии права проводится различие между аналитической юриспруденцией (Г. Кельзен, Х.Л.А. Харт), ограничивающейся рассмотрением природы правовых норм, с одной стороны, и нормативной юриспруденцией (Дж. Роулз, Р. Дворкин), рассматривающей вопрос о природе права в соотношении с понятием справедливости и прав человека.

Таким образом, сам смысл проблемы должного и сущего заключается в фиксации критически-оценочного отношения человека к наличным условиям его бытия. Здесь мы сталкиваемся с двойной функцией ценностно-нормативной системы: поддержание существующего порядка и ориентация на более широкую перспективу, некую иную возможность, еще не реализованную потенциально подлинно человеческого бытия.

Предложенный нами на данном этапе исследования образ права выражает особый мир долженствования, который относительно автономен по отношению к миру сущего, в силу чего долженствование не выводимо из действительности, а привносится априорно в эту действительность. Такова позиция, которая разделяется кантовской школой деонтологического обоснования права, т. е. морального его обоснования через категорический императив, а также позиция феноменологической школы права с утверждением о квазионтологическом, эйдетическом, идеальном существовании норм и основных правовых понятий, признававших особое бытие права, независимое от сущего. Как уже отмечалось, сила, рациональное зерно такого подхода заключаются в том, что это позволяет отвлечься от несущественных деталей и выделить самое существенное в праве. Данный подход ориентируется на выделение идеальной основы права, его «клеточки», и он абсолютно противостоит тем концепциям, которые ори-

ентируются на выведение права из иных, недеонтологических, оснований, и прежде всего – из сущего. Классической попыткой выведения должного из бытия является марксистская концепция права, провозгласившая выведение правовых норм из экономических отношений. Не отрицая детерминированность права экономическими, социальными, политическими и иными факторами, считаем, что основной детерминантой права является его морально-идеальная составляющая, определяемая intersubjectивным отношением человека к другому человеку.

7. Почему человек должен подчиняться праву?

Данный вопрос на первый взгляд кажется надуманным: право по своей природе как порядок долженствования предполагает подчинение ему. Если же такого подчинения не происходит на основе признания за правом высшего авторитета, то подчинения добиваются принуждением. Однако за этими, казалось бы, простыми вопросами кроется проблема легитимации права. Легитимация представляет собой особую процедуру, утверждающую правомерность правовых требований и, соответственно, применения принуждения к нарушителям этих требований.

В самом широком аспекте легитимация права может рассматриваться как оценка правовой системы с позиций требований справедливости. Право должно создавать не только надежный, но и справедливый порядок.

Легитимация приходит на смену религиозному и метафизическому обоснованию нормативных систем. Если классические правовые порядки находили форму своей легитимации в различных конструкциях общественного договора, то основными легитимационными принципами современной цивилизации выступают суверенитет народа и права человека, которые тесно связаны между собой и находятся в отношениях взаимодополнения.

Общей основой этих принципов является признание автономии гражданина, как личной (моральной и утилитарной), так и публичной (гражданской). Моральная автономия состоит в том, что человек как общественное и моральное существо может осознать значимость и ценность безусловного закона без какого-либо государственного влияния, то есть он может понимать, что есть добро и что есть зло. Суть утилитарной автономии заключается в том, что каждый член общества может самостоятельно судить, что является для него выгодным, а что невыгодным. Личная автономия, делает акцент на невмешательстве в собственные дела индивида, которые не наносят вреда другим гражданам. Она находит выражение в классических правах на жизнь, собственность и личную свободу.

Публичная автономия предполагает участие людей в разработке совместных решений, касающихся их собственного благосостояния и счастья. Это затрагивает не просто их интересы, а саму способность суждения, свобода которого очевидна для каждого. Правовым выражением гражданской автономии являются демократические права или права активного гражданства. Здесь реализуется принцип подчинения таким законам, на которые гражданин дал согласие. Конечно же, провозглашение конституцией суверенитета народа означает на деле, что верховной властью в стране наделяются органы, которым народ вручает соответствующие полномочия.

Хотя между принципами народного суверенитета и прав человека существует некоторая напряженность, современный политико-правовой дискурс обосновывает сочетание действия народного суверенитета с системой прав человека, которые институционализируют коммуникативные условия для формирования разумной политической воли. В итоге, личная и публичная автономии взаимно дополняют друг друга, однако при этом нормативный приоритет находится на стороне прав человека, что означает ограничение коллективных решений, неприкосновенностью личной свободы. Таким образом, в абстрактно-идеальной форме ответ на вопрос о том, почему человек должен подчиняться праву, выглядит следующим образом: потому, что современное право имеет двойную легитимацию: субстанциональную, сколь правовой порядок гарантирует защиту и реализацию прав человека и формальную, поскольку демократическая процедура обеспечивает учет воли граждан в процессе правотворчества.

Выработка критериев легитимации, разделяемых всеми членами общества – итог длительных дискуссий, результатом которых должно стать конституционное (реальное, а не декларативное) закрепление этих принципов. В условиях России и Украины это предполагает

ориентацию на осуществление идеи общества как справедливой системы кооперации между гражданами – свободными и равными личностями, каждой из которых даны шансы и возможности для самореализации в обществе.

8. Как возможно осмысление правовой реальности?

Исходным пунктом всякого осмысления права является вопрос о возможности этого осмысления как такового. Можем ли мы сказать что-либо о правовой реальности? И какова природа этих высказываний? Каким образом правовая реальность может быть дана нам? Очевидно, что ответ на этот вопрос тесно связан с ответом на вопрос о природе и способе существования самой правовой реальности, что, в свою очередь, уже предполагает некое предварительное понимание, возвращая нас к изначальному вопросу о возможности последнего. Означает ли это, что право оказывается непознаваемым, и мы, находясь «у врат Закона», можем только строить предположения о том, что они скрывают?

Сложность вхождения в этот круг состоит в том, что в силу многогранности и процессуальной природы права оно не может быть «схвачено» в своей определенности. Мы всегда обнаруживаем не правовую реальность вообще, а какую-либо из форм существования права, или этапов его осуществления: идею права, знаковые формы, взаимодействие между социальными субъектами.

Это обстоятельство обуславливает признание методологического плюрализма в осмыслении права, однако, не как эклектическое нагромождение различных определений права, а выделение основных мировоззренческо-методологических подходов к его осмыслению, в их субординации и дополнительности⁴⁸.

В зависимости от того, что предполагается в качестве основы подлинной реальности права, т. е. такого пространства, в котором «локализируются» правовые смыслы, можно выделить следующие четыре основных способа осмысления правовой реальности, каждый из которых делает акцент на одном из ее аспектов:

1) правовой позитивизм – на внешней стороне правовой реальности, совокупности норм, обеспеченных принудительной силой государства; 2) правовой объективизм – на социальной обусловленности права, его укорененности в жизни; 3) правовой субъективизм, или классические концепции естественного права, – на идеально-моральной стороне права, на раскрывающейся в сознании субъекта идее права; 4) правовую интересубъективность, или неклассические концепции естественного права, – на той смысловой стороне права, которая проявляется в процессе взаимодействия субъектов, их коммуникации и интерпретации позиции Другого⁴⁹.

Каждый из этих подходов к осмыслению правовой реальности имеет свои достоинства и недостатки. Правовой позитивизм, ориентирующийся на осмыслении институциональной стороны права, благодаря этому добивается определенной строгости и четкости своих положений, однако дает несколько обедненный образ правовой реальности, игнорирующий ее идеальную сторону. Правовой объективизм, делающий акцент на социальной основе права, укорененности права в жизни человека, оказывается нечувствительным к проблеме справедливости, иным ценностным основаниям права. Правовой субъективизм, указывая на укорененность смыслов права в сознании, предлагает великолепные модели правового мировоззрения, но обнаруживает некоторую оторванность от реальной жизни. Указанные подходы выражают классическое правопонимание, основанное на разделении сущности и существования, субъекта и объекта, субъективного и объективного, они исходят из внешней позиции исследователя, как наблюдателя. Им противопоставляется неклассический подход к осмыслению права, основанный на преодолении односторонности других подходов – позиция интересубъективности, исходящая

⁴⁸ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков, 2002. С. 34–143. Максимов С. И. Мировоззренческо-методологические подходы к осмыслению права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1.: Отв. ред. А. В. Поляков. – СПб, 2009. С. 124–143.

⁴⁹ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления.

из положения исследователя как участника правовых событий, которая реализуется, прежде всего, в феноменолого-герменевтической и коммуникативно-дискурсивной формах.

В соответствии с этим подходом, правовая реальность не может быть охвачена нами в своей полноте не только в силу своей динамичности, но и в силу того, что здесь мы не можем занять позицию внешнего наблюдателя, всегда обнаруживая себя в роли участника правовых отношений, осмысливающего свое бытие-в-праве «изнутри». Так, смысл права не растворяется в сознании субъекта или во внешнем социальном мире, а рассматривается как результат встречи (коммуникации) субъектов, погруженных в жизненный мир, в ходе которой, таким образом, осуществляется и воспроизводится право.

В свою очередь, опыт, опосредующий осуществление права, есть не просто теоретическое осмысление права, но всегда и практическое его применение к конкретной, реальной либо гипотетической, ситуации, то есть опыт в собственном смысле слова, который есть нечто большее, чем познание. Он всегда включает в себя возврат к чему-то, в чем мы ранее заблуждались, момент самопознания, осознание пределов человеческого бытия. Такой опыт действует как критика всякого чисто когнитивного мышления, будучи «опытом человеческой конечности», «опытом собственной историчности».

Таким образом, проблема осмысления права решается через выявление его укорененности в человеческом бытии, присутствия в человеческой жизни. Вопрос о том, что есть право, решается через уяснение вопроса о том, каковы мы сами. В каком-то смысле можно сказать, что не мы толкуем право, а право толкует нас. Другими словами, право есть часть нашего человеческого бытия, и поэтому правовая теория должна в первую очередь сосредоточиваться на личности как «бытии в праве», а затем на поверхностных явлениях права – законах, судебных решениях, правилах, принципах и делах.

Право же представляет собой не понятие, которое надлежит прояснить, а повествовательно структурированный социальный процесс, в котором участники юридической практики высказывают свои интерпретации отдельных аспектов правовой реальности. Отсюда следует, что целью правовой теории является не создание идеального правового нарратива с тем, чтобы перенести его в практику, а активность теории в творческом нарративе права как преодоление статических конвенций, и таким образом предоставление возможности более полного участия в непрерывном процессе создания и трансформации правовых смыслов.

Таким образом, в рамках очерченной выше концепции правовой реальности познание права в строго эпистемологическом смысле теоретического опыта оказывается невозможным. Скорее, речь может идти о герменевтическом понимании как воспроизводстве права в ходе его осуществления. Речь идет о когнитивном и некогнитивном отношении субъекта к праву, и, соответственно, о таких методологических принципах, как когнитивизм и некогнитивизм. Согласно когнитивизму, сознание может быть сведено к знанию и познанию, что в юриспруденции проявляется в использовании эпистемологических концептов (истина, доказательство и т. д.) для постановки и решения аксиологических по своей природе проблем. С точки зрения некогнитивизма, ценностные суждения (в т. ч. правовые) связаны с некогнитивными феноменами психики, поэтому они нереферентны и соответственно не могут быть истинными или ложными. Поскольку же мир права – это в основе своей мир должностования, а не существования, то осмысление права оказывается возможным как опыт не эпистемологический (аналогичный познанию в естественных науках), а фронетический (направленный на понимание в ходе дискурсивного обсуждения ценностей).

При этом процедурная составляющая познания представляет собой объяснение, в то время как рациональный компонент понимания – это обоснование, или оправдание. Объяснить что-либо – значит ответить на вопросы, что нечто собою представляет, почему оно именно такое, а не другое, почему оно существует и т. п. Обосновать положение – значит ответить на вопрос, почему (на каком основании) его следует принять, согласиться с ним. Но такое обос-

нование возможно только в применении права, которое оказывается единственным методом приближения к правовой реальности.

Применительно к идее справедливости, речь идет о ее ситуативности. Так, по мнению Поля Рикёра, истинностное измерение правового суждения здесь может быть сформулировано в терминах приемлемости. Это своего рода ситуационная очевидность в констатирующем смысле, уверенность, согласно которой в данной конкретной ситуации данное конкретное решение является наилучшим, единственно возможным. Это очевидность того, что уместно сделать здесь и сейчас. И эта уместность определяется не объективным положением дел, а общностью устремлений субъекта суждения и того, для кого оно значимо. Ведь здесь речь идет не обо мне, а о ком-то другом: вынося суждение, один человек полностью переносится в конкретную ситуацию, в которой находится и должен действовать Другой. И человек способен на такое суждение не потому, что он сведущ во всем происходящем с Другим, но потому, что он также «стремится к Справедливому и связан с Другим этой общностью устремлений»⁵⁰.

Таким образом, осмысление правовой реальности представляет собой не теоретическое познание, направленное в прошлое, ориентируясь на идеал объективной истины, а практическое понимание, горизонтом которого является будущая intersubjective справедливость.

⁵⁰ Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики. – М.: Прогресс, 1988. – С. 381–382.

9. Кто является (может быть) субъектом права?

С позиции юридической догматики ответ на вопрос о субъекте права не представляет труда: это лицо, обладающее право – и дееспособностью. Однако, выяснение того, что стоит за этой конструкцией на содержательно-бытийном уровне, представляет собой один из сложнейших вопросов философии права. Представление о правовой реальности как правовом способе бытия человека, актуализирует вопрос о центральном компоненте правовой реальности – человеке в модусе его правового бытия. Тем самым основной вопрос философии права в его онтологическом выражении («Что есть право?») в антропологическом преломлении оказывается вопросом: «Что такое правовой человек?». Поэтому вопрос: кто может быть субъектом права? – трансформируется в вопрос: благодаря каким способностям мы можем идентифицировать правового человека как субъекта права?

Обосновывая введение понятия «человек юридический» («*homo juridicus*»), Ж. Карбонье подчеркивал, что только человек из всех живых существ «наделен свойством быть юридическим существом» и только ему присуща способность «создавать и воспринимать юридическое»⁵¹.

Правовой человек в качестве субъекта права предстает как носитель качества правового и ведущего элемента правовой реальности. Правовой субъект как единство трансцендентального и эмпирического, сущности и существования является носителем способности к осуществлению ценностно-значимых актов признания. Способность к признанию является собственно правовой способностью, делающей право возможным.

Акты признания – это особые интенциональные акты, выражающиеся в направленности на Другого, при этом он рассматривается как ценность вне зависимости от степени его достоинств, как ценность, заслуживающая гарантий защиты со стороны права. Ценностно-значимый акт признания есть то, что конституирует «клеточку» права, представляет собой конститутивный момент правосознания. Он отличается от моральной способности (любви, уважения), хотя и может иметь их в качестве своей предпосылки. Отношения взаимного признания – это отношения гипотетического «естественного состояния», однако свое фактическое воплощение они приобретают в сфере гражданского общества и государства, иными словами, при институциональном опосредовании. Человек здесь признает других «тем, чем сам хотел быть признанным, т. е. свободным человеком, личностью»⁵².

Признание, или взаимопризнание людей представляет такой тип взаимоотношений, когда люди не пытаются приспособить друг друга к своим целям и потребностям, т. е. не являются утилитарными. Это отношения равных партнеров, внимательно относящихся к различиям Другого. Именно такое признание способно стать основой для осуществления равных прав. Основой этой способности является то, что «самость», мое Я конституируется лишь благодаря Другому и посредством Другого в моем признании.

Акты признания можно назвать сознательными и разумными актами. Поэтому способность признания предполагает определенную интеллектуальную и моральную зрелость, выражением которой выступает метафора субъекта права как «совершеннолетнего», т. е. автономного субъекта. Человек понимает происходящее с ним и Другим, поступает осмысленно, отдает отчет в происходящем, является ответственным. Поэтому способность признания, предполагает наличие таких качеств у субъекта, как автономия и ответственность. Именно с этими качествами, в первую очередь, связывают универсальный образ человека как необходимую форму его самопонимания, необходимую для ориентации на нормы и общие принципы в процессе

⁵¹ Карбонье Ж. Юридическая социология. – М., 1986. – С. 61.

⁵² Гегель Г. В. Ф. Философия права. – М., 1990. – С. 243.

деятельности. Ю. Хабермас, в частности, обращает внимание на то, что «либеральная евгеника», которая отдает принятие решения (о возможном в будущем) вмешательстве в геном на усмотрение родителей, «затрагивает необходимую для сознания подвергшейся генетическому вмешательству личности естественную предпосылку быть способной действовать автономно и ответственно»⁵³.

Согласно герменевтической концепции П. Рикера собственно правовая структура отношений между людьми выражается местоимением «Любой», что дает основание реконструировать такое определение права: Право – это такой тип взаимодействия между людьми (как «дальними»), который нуждается в институциональном опосредовании (третьей стороной), в его рамках социальные субъекты выступают в своей типичной роли, а их характер может быть выражен местоимением «Любой». «Субъект права – пишет П. Рикер, – Любой. Я являюсь любым по отношению ко всем. Мы входим в юридическое пространство, когда рассматриваем себя как “любого” из всех остальных “любых”»⁵⁴.

Что же скрывается за выражением «Любой»? Какая из форм индивидуального бытия человека – индивид, индивидуальность или личность – имеется в виду, когда ставится вопрос о субъекте права?

В предложенной Э.Ю. Соловьевым концепции содержание и соотношение основных форм индивидуального бытия человека раскрывается через установление их соответствия определенным типам норм – обязанностям, призванию, правам⁵⁵. Так, индивид – это отдельный представитель рода «человек», «один из» множества людей, и в таком качестве – продукт общества, объект общественных отношений. Он является субъектом (носителем) обязанностей, без которых немыслимо никакое общество, центром вменения, т. е. уже по отношению к нему применимы понятия вины и ответственности. Для индивида характерна установка на социальную адаптированность к существующим условиям.

Для обозначения же активной стороны человеческого бытия, субъекта общественных отношений применяются понятия «индивидуальность» и «личность». Э. Ю. Соловьев подчеркивает, что в индивидуальности мы ценим ее самобытность, а в личности – самостоятельность, или автономию⁵⁶. Индивидуальность – субъект призвания, или состояния, когда право превращается в обязанность, для нее характерна установка на самореализацию (самоосуществление). Это индивид, который социальнее наличного социума. Внешнему авторитету здесь противопоставляется надличностная принудительность совести, веры, вкуса.

Личность – это субъект прав, или права (если сущность права видеть в правах человека), а, следовательно, субъект свободы. Ее отличительной чертой является стремление к собственной независимости и уважение к независимости чужой. Именно с образом человека как личности коррелируется право. Ведь сущность права образует категорически требуемое морально-автономным субъектом признание его моральной самостоятельности (свободы) как предварительное доверие к воле и самодисциплине каждого человеческого индивида⁵⁷.

Право, казалось бы, безразличное к внутреннему миру человека, не может функционировать и развиваться без личностно развитых людей, способных сказать: «На том стою и не могу иначе». Оно спрашивает таких людей, признавая за ними способность решать самостоятельно, что для них значимо, ценно и выгодно. Гарантируя пространство для осуществления этих способностей, оно тем самым стимулирует «производство» личностно развитых индиви-

⁵³ Хабермас Ю. Будущее человеческой природы. На пути к либеральной евгенике? / пер с нем. – М., 2002. С. 93.

⁵⁴ Рикер П. Торжество языка над насилием. – С. 30.

⁵⁵ Соловьев Э. Ю. От обязанности к призванию, от призвания к праву // Одиссей. Человек в истории. 1990.– М., 1990. – С. 48–55.

⁵⁶ Соловьев Э. Ю. Личность и право. // Вопросы философии. – 1989. – № 8. – С. 87.

⁵⁷ Соловьев Э. Ю. От обязанности к призванию, от призвания к праву. – С. 52.

дов. Без личностно развитого субъекта права современная правовая культура была бы просто невозможной.

Структура правового субъекта представляет собой единство внутреннего и внешнего планов, сущности и существования. На внешнем уровне – это лицо, носитель прав и обязанностей, на внутреннем – носитель правосознания. Внутренний план представляет собой единство индивидуальности («внутреннего Я») и персональности («ориентации на Другого»). Основным моментом структуры правового субъекта является то, как личность представляется Другими, т. е. персона. Право порождается отношениями персон. Для достижения понимания в сфере права необходим дискурс, темой которого было бы истинное право, а основой и критерием – личность как единство отношения и его носителя.

В силу отмеченных обстоятельств право в одном из своих измерений – антропологическом, может быть определено как способ человеческого взаимодействия (сосуществования), возможный благодаря человеческой способности быть автономным субъектом, который п р и з н а е т таким же субъектом любого другого. Носителем данной способности является определяемая признанием Других личность, или персона, а ее реализация и воспроизводство составляет задачу политико-правовых институтов⁵⁸.

⁵⁸ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. С. 234–252.

10. Универсальное и культурно-специфическое в праве

Рассуждения о природе права не могут не привести к постановке вопроса о соотношении универсального и культурно-особенного в праве. В прагматическом плане это выглядит как требование нахождения в процессе демократического реформирования правовой системы оптимального соотношения универсально-цивилизационных и культурно-специфических моментов в праве, поскольку реформируемая правовая система должна, с одной стороны, основываться на универсальных правовых ценностях и принципах, а с другой стороны – ориентироваться на определенную культурно-правовую традицию. Процессы глобализации современного мира, в котором сосуществуют и взаимодействуют различные культуры, также заставляют обратить внимание на этот вопрос.

В современном философско-правовом дискурсе сталкиваются две противоположные точки зрения. Представители универсалистского либерализма отстаивают универсальность идеи права для всех культур. От стоящих на партикуляристских позициях коммунитаристов исходит отрицание универсальности идеи права. Они делают акцент на разнообразии культур и их стремлении защитить собственную идентичность. Стремление взаимно дополнить крайние позиции при сохранении приоритета универсального начала в праве характерно для коммуникативно-дискурсивного подхода в осмыслении феномена права. Никто не может навязать ценности и нормы под предлогом их универсальности, если они не признаны самим сообществом (при условии сохранения идентичности и сосуществования с другими культурными сообществами). Такое признание осуществляется в процессе общенационального дискурса и находит подтверждение в конституции и во всем законодательстве. Однако, добавим, такое признание окажется возможным, если будет найдено специфическое для определенной культуры оправдание права. Более подробно этот тезис может быть развернут следующим образом.

Право универсально в том смысле, что имеет единый для всех культур рациональный фундамент. Выявление такой основы, или обоснование права, было осуществлено И. Кантом через самую абстрактную свободу – свободу суждения, из которой «вырастает» автономия личности. Признание ответственной самозаконности каждого разумного субъекта составляет идеальное основание права, благодаря которому оно обретает свой смысл, состоящий в охране и гарантировании свободы личности от вмешательства извне. Формула «равенство в свободе по всеобщему закону» выражает формальное, т. е. универсально-общезначимое в праве.

Для функционирования же в рамках определенной культуры право должно быть признано в ней имеющим значение и ценность, т. е. оправдано. На этот процесс влияют особенностями национального характера и национального мировоззрения.

Отличительные черты как русского национального характера (нравственный максимализм, стремление к абсолютному воплощению идеала, недоверие к формальному аспекту культуры), так и украинского (эмоционализм, индивидуализм и стремление к свободе, неопределенность социального идеала), хотя и создают определенные сложности в процессе формирования национального правосознания, однако не являются непреодолимым препятствием для признания и оправдания универсального содержания идеи права.

В период зарождения «юридического мировоззрения» в Западной Европе специфическим мотивом оправдания права были: для Германии – свобода совести, для Франции – интерес, для Англии – польза. Однако исторический опыт показал, что они не могли сделать образ права привлекательным для русского и украинского народного сознания, в основе ценностных предпочтений которых лежит православие. Здесь путь предметного оправдания права лежит через экзистенциальные модели личности как свободно реализующегося существа. Специфическим мотивом оправдания права является экзистенциальный мотив творческой самореализации личности, где право рассматривается в качестве условия такой самореализации. Форми-

рование этого идеала связано также с общей мировоззренческой гуманистической тенденцией, берущей свое начало в религиозно-романтической «философии сердца».

В символически-онтологической концепции права Г.С. Сковороды эта тенденция находит выражение в идее «сродности», которая выражает справедливую меру реализации человеческих способностей, а также в акценте на внутренней духовной сущности права; в творчестве Т.Г. Шевченко она выявляется в поисках духа «праведного закона», гарантирующего свободное развитие личности; в морально-правовой философии П.Д. Юркевича – в поисках критерия для разрешения нормативных конфликтов в сердце как источнике свободно принятых ценностей, в отстаивании идеи достоинства человека.

В российской философии права конца XIX-начала XX столетий мотив творческой реализации личности воплощается в различных формах: в оправдании права как необходимой ступени в Богочеловеческом процессе и в религиозно-метафизическом обосновании права на достойное существование (В.С. Соловьев); в нравственном обосновании идеала «свободного универсализма личности» и политико-правовой трактовке права на достойное существование (П.И. Новгородцев); в экзистенциальной концепции правосознания, основывающейся на «сердечном созерцании» (И.А. Ильин); в идее личности, или «самости» как критерии легитимности права (Б.П. Вышеславцев) и др.

В рамках гуманистической линии отечественной философии права признание права на достойное существование мировоззренческой установкой на обеспечение равных условий для творческой самореализации личности делает возможным социокультурное обоснование современного конституционного идеала социального правового государства.

Применительно к основному концепту современной философии и теории права – правам человека тема соотношения универсального и культурно-особенного может быть выражена в следующих положениях⁵⁹. Современный дискурс по правам человека осуществляется в контексте становления глобального мирового порядка на основе сопоставления таких понятий, как универсальность, культурное разнообразие и культурный диалог. Права человека возникают независимо от юридических установлений и только признаются в законодательстве (в широком смысле) как выражение нравственного достоинства человека. Они направлены на содержание важнейших ценностей человеческой жизни и утверждения человека как важнейшей ценности. Это такие права, от которых человек не может отказаться и соблюдение которых можно требовать от каждого.

Права человека являются универсальными по своей природе. Эта универсальность проявляется в несколько аспектах. В трансцендентальном аспекте это права, которыми каждый человек обладает именно как человек, независимо от юридического пространства и исторического времени. Однако в этом смысле права человека выступают как очень широкая абстракция, имеющая значение регулятивной идеи, но трудно применяемая на практике. Учет этого аспекта очень важен для обоснования безусловности прав человека, однако он должен быть дополнен историческим подходом, в рамках которого права человека считаются «синхронно-историческими», то есть все люди, живущие теперь, обладают этими правами. Сочетанием этих двух подходов будет выделение такого аспекта универсальности прав человека, который подчеркивает значимость прав человека, достижение которых является целью в масштабах всего мира. То есть права человека рассматриваются как проявление определенного идеального измерения современного порядка, идеал в условиях глобализации.

Одновременно на универсальность прав человека накладываются определенные ограничения. Так, универсальность прав человека вовсе не означает их униформности, одновариантности, а предполагает внимание к культурному многообразию. Не являются они и абсолют-

⁵⁹ Более подробно см.: Максимов С. Права человека: универсальность и культурное многообразие // Право Украины. 2011. № 5–6. С. 24–31.

ными правами в том смысле, что их правильная интерпретация и осуществление требуют учета культурного разнообразия и других общественных целей. Поэтому в современных дискуссиях следует избегать крайностей, как абстрактного универсализма, так и узкого партикуляризма.

Соотношение универсальности и культурного разнообразия пронизывает всю проблематику прав человека, однако если в их понимании акцент должен делаться на универсальности, то сфера их осуществления должна быть более чувствительна к культурному разнообразию, поскольку зависит в значительной степени от создания беспристрастных, эффективных и надежных институтов.

Сочетание универсального и культурного в области прав человека в условиях глобализации возможно лишь на основе межкультурного диалога. Необходимо разрабатывать правила такого диалога, важным условием которого должно быть искренность, то есть коммуникативность и партнерство, а не попытки навязать свою точку зрения.

Следует критически относиться не только к риторике абсолютной универсальности прав человека, но и к самой такой критике, т. е. к тезису о непреодолимой фундаментальности культурных различий между восточными и западными культурами. Поэтому необходимо различать ситуации навязывания западных стандартов другим культурам и действительную важность и универсальность прав человека для современного мира. Из-за несовершенства институтов осуществления прав человека в некоторых странах не следует отвергать саму эту идею. Нередко аргумент о фундаментальности культурных различий используется авторитарными режимами, которые оправдывают прямые нарушения прав человека ссылками на «культурные особенности». От политики «двойных стандартов» следует отказываться всем участникам современного диалога по правам человека.

Постклассическая диалогическая онтология права

И.Л. Честнов

Право – сложное, многомерное явление. Его бытие, как и любого сложного социального явления, включает множество аспектов, образующих правовую реальность. Правовая реальность – аспект, момент или сторона социальной реальности, содержанием которой является диалог или диалогичность. Если диалог – содержание социальности как таковой (а об этом пишут многие видные философы, мыслители и приводят серьезные аргументы в пользу этого утверждения), то он же является содержательным аспектом и права.

Диалогичность социальности

Диалогическая программа возникает в нач. XX в. и знаменует собой один из вариантов неклассической философии. Во второй пол. XX в. происходит «переоткрытие» диалогии (прежде всего, идей М.М. Бахтина) что совпало с приходом постклассической (или постнеклассической) парадигмы. При этом следует иметь в виду, что диалогизм в момент образования – это как минимум два направления в философии (или интеллектуальной мысли)⁶⁰ – программа М.М. Бахтина и религиозно-экзистенциальная философия диалога М. Бубера, О. Розеншток-Хюсси, Ф. Розенцвейга и некоторых других последователей Г. Когена⁶¹, а при более широкой трактовке «диалогизма» включает несколько непозитивистских (или антипозитивистских) течений: экзистенциализм М. Хайдеггера, феноменологию «позднего» Э. Гуссерля. Актуализация диалогии во второй пол. XX в. также включает несколько направлений – постструктуралистское в лице Ю. Кристевой, герменевтическое Г.-Г. Гадамера, феноменолого-герменевтическое П. Рикера, социально-феноменологическое в лице последователей А. Щюца, экзистенциалистское Э. Левинаса, и др.⁶². О том, насколько уместна такая актуализация, в том числе, применительно к исследованиям онтологии права, речь пойдет ниже.

В.С. Библер выделяет «три основных сдвига в генезисе диалогии. Во-первых, это движение от Гегеля, от всеобщей гегелевской философии, где обнаруживается способность метода критиковать самого себя, критиковать собственный разум, выдвигать идею иного разума. ... Второе направление этого генезиса – это то, что мы называем кризис наукоучения, т. е. в определении разума как разума познающего, тогда разума, когда он наукообразен. В математике, в биологии происходит коренная трансформация, сдвиг, который кладет конец наукоучению, в том смысле, что не научный, просто познающий разум, а соучаствующий разум, разум, в котором каждый предмет определяется вместе с тем через свою субъектную характеристику, оказывается крайне существенным для сдвига в сторону диалогии. ... Наконец, третья сторона генезиса диалогии – это те социальные катаклизмы у которые характерны для начала XX века: всеобщие войны, всеобщие революции, окопы, нары, разрушение готовых социальных страт, в марксовском или ином смысле этого слова. Человек оказывается наедине с самим собой, т. е. наедине с другим человеком как с личностью. Социальность в виде социальных готовых, замкнутых некоторых социологических целых, рушится в первую очередь в первой половине XX века»⁶³.

Многие исследователи утверждают, что в начале XX в. традиционная онтология, опиравшаяся на принцип тождества бытия и мышления и метафизику, претендовавшую на то, чтобы говорить о мире не так, как он дан человеческим чувствам, а так, как он «выглядит с точки зрения Бога», трансформируется в неклассическую онтологию. Совершившийся в начале XX века «онтологический поворот» привел к тому, что «онтология стала превращаться в описание мира человеческого существования, то есть реальности, в которой пребывает человек и так, как она дана человеку. Онтология становится описанием метафизических основ человеческого бытия. Соответственно, основные онтологические свидетельства теперь уже получают не из разума, а из того или иного способа переживания мира (ср. у М. Хайдеггера об опыте ужаса

⁶⁰ О том, можно ли считать М.М. Бахтина философом или филологом см.: Автономова Н.С. Открытая структура: Якобсон-Бахтин – Лотман – Гаспаров. М., 2009.

⁶¹ См. подробнее: Сокулер З. Л. Герман Коген и философия диалога. М., 2008.

⁶² О близости этих подходов философии диалога см.: Бялостоцки Д. Разговор – как диалогика, прагматика и герменевтика: Бахтин, Рорти, Гадамер // Бахтинский сборник. Вып. 5 / Отв. ред. и сост. В. Л. Махлин. М., 2004; Холквист М. Услышанная неслышимость; Бахтин и Деррида // Там же; Робертес М. Поэтика, герменевтика, диалогика: Бахтин Поль де Ман // Там же; Яус Г.Р. К поэтике диалогического понимания // Михаил Михайлович Бахтин / Под ред. В.Л. Махлина. М., 2010.

⁶³ Библер В. С. Диалогика в канун XXI века // Библер В.С. Замыслы: В 2 кн. Кн. 2. М., 2002. С. 947–948.

или скуки). ... Что касается Гуссерля, то не требуется особых аргументов, чтобы подтвердить, что регионы бытия о которых он говорит – это бытие конституированное субъектом, а вовсе не бытие, которое представлялось бы Богу»⁶⁴.

Открытия в квантовой физике, прежде всего, неисчерпаемости электрона и формирование принципа дополнительности, ограничительные теоремы К. Геделя и «ранний» лингвистический поворот Л. Витгенштейна⁶⁵, спровоцировавший важные трансформации аналитической философии, вместе с отмеченными сдвигами в философии перевернули классическое мировоззрение и привели к формированию «неклассической» картины мира. При этом социальные и мировоззренческие изменения взаимодополняли (и продолжают взаимодополнять) друг друга: «... генеральная и “гениальная” стадия трансформации философии приходится на “столетнее десятилетие” (выражение русского писателя Евгения Замятина) 1914–1923 гг.: начиная с этого, парадигматически переходного, десятилетия, резко изменился и стал иным сам исторический мир...»⁶⁶.

В 60-е гг. XX в. на волне критики структурализма происходит новое открытие диалогизма. В этой связи достаточно дискуссионным является вопрос о возможности и перспективности актуализации диалогической программы в ином историческом и социокультурном контексте. Многие авторитетные исследователи творчества М.М. Бахтина выступают ревнителями чистоты его учения и резко отрицательно относятся к любым попыткам использования диалогической методологии в современном контексте и за пределами изучения произведений искусства. Так, В.Л. Махлин пишет: «Именно теперь, когда есть все условия возможности опубликования, изучения и толкования этого русского мыслителя, обнаруживаются совершенно объективные исторические условия невозможности преемственно понимать и развивать его идеи в философии и в гуманитарных науках»⁶⁷. Ему вторит Н.С. Автономова: «1980–1990-е годы казалось, что идеи Бахтина применимы не только ко всем произведениям всех времен и народов, но и к осмыслению многих явлений современной культуры и общества: это проблемы бездомных, последствий колониального гнета, сексуальных меньшинств и др. Как заметил С. Бочаров, из-за этого нам приходится теперь пытаться рассмотреть Бахтина “сквозь туман современной бахтинологии”. Индустрия, построенная вокруг магического имени, разбирала бахтинскую терминологию на лозунги, звучавшие на всех широтах – от проблем африканской племенной жизни до городов-трущоб в Бразилии. При этом Бахтин казался совершенно неопровержимым; точнее, любые применения его понятий представлялись заведомо подтвержденными»⁶⁸.

В то же время Н.С. Автономова утверждает, что «каждое новое поколение, каждый новый культурный контекст воспринимал его в соответствии с потребностями своего времени» и предлагает «критическую реконструкцию», т. е. «определение границ и условий применения его основных понятий»⁶⁹. Для этого предполагается-реконструировать контекст (что ею бле-

⁶⁴ Сокулер З. А. Указ. Соч., С. 46.

⁶⁵ «Тот поворот в философии XX в., который называют “лингвистическим”, который кратчайшим образом выразил (в момент смены гуманитарной парадигмы!) Л. Витгенштейн в знаменитом положении “Логико-философского трактата” (1921): “Вся философия – это “критика языка”»... – Махлин В.Л. Второе сознание: Подступы к гуманитарной эпистемологии. М., 2009. С. 30.

⁶⁶ Махлин В. Л. Второе сознание: Подступы к гуманитарной эпистемологии. М., 2009. С. 21.

⁶⁷ Махлин В. Л. Рукописи горят без огня. Вместо предисловия // Михаил Михайлович Бахтин / Под ред. В.Л. Махлина. М., 2010. С. 5. Единственным адекватным способом исследования М.М. Бахтина, противостоящим «антиисторичным, дурным модернизациям (а равно и волне, так сказать, компьютерного мусора) прикрывающим отсутствие новых подходов», является, по его мнению, комментирование. В то же время далее исследователь замечет, что возрождение Бахтина возможно только как альтернатива западной «герменевтике подозрения» и русской мечте о прекращении истории. – Там же. С. 19, 21–22.

⁶⁸ Автономова Н. С. Открытая структура. С. 111.

⁶⁹ Там же. С. 107, 116, 156.

стяще делается) возникновения идей М.М. Бахтина. Но дает ли адекватное понимание мыслителя комментирование его текстов и погружение в эпоху их создания?

Прошлое, включая идеи выдающихся мыслителей прошлого, как и любой текст, живет, только актуализируясь в культуре последующих поколений. Конечно, можно и нужно изучать архивные материалы, относящиеся, в данном случае, к идейным исканиям М. М. Бахтина, исследовать отношение к нему современников, проникать в авторский замысел созданных им произведений. Но более важно включать идеи мыслителя в контекст современных проблем, т. е. актуализировать их⁷⁰. «"Постигнутое" мною, – пишет В. Л. Махлин, – в сущности, не реально, а только возможно; в лучшем случае оно дает повод быть сообщенным или стать "текстом". Однако тема, идея, истина, текст живы и значимы не "в себе", не в одном сознании (потенциальном монологе), но в актуальном приобщении событию и событиям взаимодействия двух или многих участников разговора...»⁷¹. В другом месте он еще более категоричен: «Нужно осознать не только то, что в нашей истории случилось в свое время, но еще и то, как действовало это когда-то случившееся на последующую историю вплоть до нашей современности и наших современников»⁷². Диалогичность истории, о чем писали Р. Дж. Коллингвуд, А.Я. Гуревич, Ст. Гринблатт и многие другие – это «резонирование» прошлого с настоящим⁷³. На этом же настаивает Ю. Кристева: «...когда наша современность извлекает на свет значительные работы прежнего времени, то делает она это не для того, чтобы приспособиться к предложенной в них модели и не для того чтобы для того, чтобы любоваться ими, словно музейными экспонатами, но, напротив, для того, чтобы извлечь из обветшавшей идеологической скорлупы, в которую они были заключены, некое ядро, отвечающее современным, самым передовым исследовательским запросам и оказывающееся их неведомым и себя не ведающим предшественником. Это означает, что наше прочтение способно покуситься даже на так называемую субъективную объективность текста («что на самом деле хотел сказать автор») с целью выявить его объективную значимость для новейших исследований в области, к которой относится этот текст. Именно это мы и попытались проделать, предлагая свое прочтение Бахтина...»⁷⁴.

Именно такая актуализация философских идей диалога была осуществлена во второй пол. XX в. постструктуралистами в явной форме и представителями других течений гуманитарной мысли «латентно» (герменевтикой, антропологией, социальной феноменологией, дискурс-анализом, психологией, когнитивной и социальной лингвистикой). Многие из этих попыток актуализации диалога можно признать успешными, так как они привели к новым, оригинальным идеям, и именно они могут быть использованы для анализа бытия права.

Сопоставление основных положений потклассической эпистемологии и диалогической философии дает основание для констатации вывода, что диалогическая программа онтологии социального бытия отвечает критериям постклассической методологии. Прежде всего, она выступает критикой по отношению к «центральной предпосылкам – "нарративам" – философии модерна: идее прогресса, отменяющего ценность прошлого, убеждению, что более позднее по времени является более прогрессивным, и идее автономного самодостаточного субъекта. /.../ Философию диалога отличают следующие принципиальные положения. Прежде всего, она отказывается от абстракции «Я» как изолированного самодостаточного субъекта, показывая недостаточность и неудовлетворительность такой абстракции. /.../ Отношение к Другому опи-

⁷⁰ В этом смысле справедливо утверждение В.Л. Махлина что в гуманитарной эпистемологии всякое открытие – это переоткрытие («познание познанного»). – Махлин В.Л. Второе сознание. С. 316.

⁷¹ Там же. С. 313.

⁷² Там же. С. 28.

⁷³ Greenblatt S. *Shakespearean Negotiations*. Berkley, Los Angeles, 1988; Greenblatt S., Gallagher C. *Practicing New Historicism*. L., Chicago, 2000.

⁷⁴ Кристева Ю. Разрушение поэтики // М. М. Бахтин: pro et contra. Творчество и наследие М. М. Бахтина в контексте мировой культуры. Том II /Сост. и коммент. К. Г. Исупова. СПб., 2002. С. 15.

сывается как то, что не укладывается в рамки классических моделей западноевропейской философии в понятийном аппарате которой центральное место занимают субъект-объектное отношение и отношение общего частного. ... При этом названные философы (Бубер, Розенцвейг, Левинас – И. Ч.) убеждены, что, описывая уникальность и исключительность этого отношения, они описывают фундаментальную характеристику человеческого бытия, а не специфическое психологическое состояние»⁷⁵.

Постструктурализм, как один из вариантов «постклассики», как считает М.Л. Гаспаров, вырос из структурализма. «Его отталкивание от структурализма можно свести к четырем пунктам: главными для него оказываются (1) не дискретность, а непрерывность, не синхронические застывшие срезы действительности, а текущие промежутки между ними; (2) не функционирование готового, а творчество нового; (3) не системное, объективное, а индивидуальное, субъективное; (4) не рациональное, а эмоциональное, в конечном счете – бессознательное»⁷⁶.

«Логика, подразумеваемая “диалогизмом”, – утверждает Ю. Кристева, – одновременно является: 1) логикой дистанции и связи между различными терминами фразы или нарративной структуры, указывающая становление – в противоположность уровню продолженности и субстанции, которые подчиняются логике бытия и могут быть обозначены как монологические; 2) логикой аналогии и неавтоисключающей оппозиции в противоположность уровню идентифицирующих причинности и детерминации, которые можно обозначить как монологические;

3) трансфинитной логикой, концептом, который мы заимствовали у Кантора...»⁷⁷. Как видим, этим положениям постструктурализма весьма созвучны основные идеи диалогии.

В общем и целом, для постклассической онтологии характерны: включение по принципу взаимодополнительности приемов и способов восприятия и оценки мира в социальное бытие или зависимость социального бытия от позиции наблюдателя; знаковая опосредованность социального мира; признание многомерности, неравновесности, вероятности вместо жесткого детерминизма; динамичность, процессуальность вместо статичности, жесткой структуры;

сконструированность, а не жесткая заданность; релятивность и кон-текстуальность; человекоцентризм; интересубъективность вместо реифицированного объективизма. Вариантом постклассической онтологии является диалогичность социального бытия, постулирующая его процессуальность, постоянную изменчивость, незавершенность, включенность человека с его интенцией, идиосинкразией, социокультурную обусловленность.

Социальность и мышление, как психическая сторона социальности, по своей природе характеризуется диалогичностью. Представление об объективности социального мира, как господствующий концепт эпохи модерна, в ситуации постклассической эпистемологии заменяется на признание неустранимости интесубъективности (или коммуникативности). Постклассическая онтология исходит из продуктивной фиктивности социальной структуры. Социальных образований, коллективных субъектов как некой фактической реальности не существует. Но существуют реифицированные представления (как индивидуальные, так и социальные) о социальных объектах – структурах. В этом смысле они – социальные классы (которые, как выразился П. Бурдьё, существуют «на бумаге»), государство, политические партии, нации, этносы – фиктивны, так как их бытие – суть социальные представления. Но их фиктивность продуктивна, так как эти социальные представления оказывают важное знаково-символическое воздействие на сознания и поведение людей, ничуть не меньшее, нежели действия других людей или объекты материального мира.

⁷⁵ Сокулер З. А. Указ. Соч. С. 295, 296.

⁷⁶ Электронная версия доклада М.Л. Гаспарова на Седьмых Лотмановских чтениях, проведенных ИВГИ при РГГУ в 1999 г. Цит. по: Автономова Н.С. Открытия структура. С. 224.

⁷⁷ Кристева Ю. Слово, диалог и роман // Кристева Ю. Семиотика: Исследования по семанализу. М., 2013. С. 80.

Таким образом, социальный мир – это интерсубъективность, предполагающая интенциональность – ориентацию на Другого, соотнесение индивидуальной позиции с точкой зрения обобщенного Другого, в том числе, в поведении. Социальное бытие складывается из взаимодействий людей, включающих как внешнюю, материальную (собственно поведенческую) сторону, так и внутреннюю, ментальную или психическую. Благодаря рефлексии или психическому восприятию как социальной ситуации, так и себя в ней, обеспечивается возможность соотносить свои потребности и интересы с ожиданиями адекватности со стороны контрагента(ов). Собственно, в этом и состоит диалог как коммуникация, ориентированная на Другого. Умение встать на позицию контрсубъекта, соотнести ее с позицией социально значимого Другого как императива, приписываемого всем и каждому социумом, произвести рефлексии интенции контрсубъекта и собственной мотивации, взаимосоотнести-экспектации участников ситуации – и есть содержание диалога. Не любая коммуникация – диалог, а только такая, в которой человек соотносит свои потребности, интересы, цели и поведение с потребностями, интересами, целями и поведением Другого⁷⁸. Диалог как взаимодействие людей включает, о чем речь шла выше, как внешнюю сторону (поведение), так и внутреннюю (внутренний диалог, о чем много размышлял В.С. Библер)⁷⁹. Эти две стороны взаимообуславливают друг друга, сами находятся в диалогическом отношении (диалог сознания и поведения человека). В.С. Библер постулировал зависимость «бытийного статуса “предмета” мышления и речи от выбранной актором модальности направленных на него актов сознания. Тем самым бытийный статус “смысловой предметности” ставился в актах логического Я...»⁸⁰. При этом между внутренней и внешней речью, по убеждению «раннего» М.М. Бахтина / В. Н. Волошинова нет онтологически абсолютной границы, что проявляется в социализации личности, которая происходит через интериоризацию Другого – внешней речи во внутреннюю⁸¹. В то же время, как полагает А.А. Грякалов, диалог «мета-физически соотносит символическое и реальное. Данность существования и сосуществования (“реальность”) должна быть каким-то образом символически представлена»⁸². Собственно, социальное не существует вне знакового его опосредования, вне или без социальных представлений о людях и их действиях. Внутренний диалог как раз и предполагает знаковое опосредование мыслей (шире – когнитивной активности, вклю-

⁷⁸ В этой связи представляется не совсем точной и излишне категоричной позиция А.В. Полякова, утверждающего, что «диалог есть внутренний аспект, момент, составная часть коммуникации. Любой диалог представляет собой взаимообмен текстами. Представить себя диалог без адресантов и адресатов, без сообщения и его знаковой природы – невозможно. Поэтому “диалог”, например, между субъективными правами и обязанностями, или между нормами и правовыми отношениями – это метафора, которая не имеет научного смысла. Описать сложность какого либо явления и составляющих его элементов вполне можно не прибегая к введению ничего не объясняющего (и лишь затемняющего подлинный смысл) слова “диалог”». – Поляков А.В. Коммуникативно-феноменологическая концепция права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Харьков, 2013. С. 100. Диалог возможен только между людьми или в сознании человека (внутренний диалог), а никак не между нормами права и правоотношениями. Повторюсь еще раз: не любая коммуникация – диалог: возможны монологические коммуникации (передача сообщения без желания услышать ответ). Поэтому диалог – это содержание некоторых коммуникаций, в которых имеет место ориентация на Другого. По поводу же «затемнения подлинного смысла права» – речь впереди.

⁷⁹ В.С. Библер, по большому счету, отождествлял диалог именно с рефлексией, «внутренней речью» как источником полифонии авторского самосознания. «Библером везде утверждается один тип отношения – диалогический, и этим как бы решается все: диалог и внутри авторского самосознания, и между автором и героем другого автора, и между авторами, и между автором и героем другого автора, и между автором и исследователем и между “культурами” и между всеми сферами культуры, и между типами логик, и между формами со знания и т. д. По Библиеру, все эти “голоса” встречаются (могут встречаться) во внутреннем едином пространстве полифонического авторского самосознания. Поскольку же доминирующий статус отводится авторскому самосознанию, в центр выдвигается “главный” в этом пространстве диалог – внутренняя речь». – Гоготиливили Л. А. Автор и его ролевые инверсии (к сопоставлению подходов В. С. Библера и М. М. Бахтина) // Владимир Соломонович Библер / Под ред. А. В. Ахутина, И. Е. Берлянд. М., 2009. С. 217.

⁸⁰ Гоготиливили Л. А. Указ. Соч. С. 203. В этом обнаруживается связь идей В. С. Библера и «раннего» Э. Гуссерля.

⁸¹ См. подробнее: Холквист М. Услышанная неслышимость: Бахтин и Деррида // Бахтинский сборник. Вып. 5 / Отв. ред. и сост. В. Л. Махлин. М., 2004. С. 98–100.

⁸² Грякалов А. А. Третий и философия Встречи // М. М. Бахтин: pro et contra. Творчество и наследие М. М. Бахтина в контексте мировой культуры. Том II / Сост. и коммент. К. Г. Исупова. СПб., 2002. С. 338.

чая бессознательные проявления психики) и их внешнее воплощение⁸³. Можно сказать, что мышление (шире – психическая активность, включая восприятие мира и переработку получаемой информации) и есть внутренний диалог. Восприятие в определенном (Коллингвудовом) смысле есть вопросы, задаваемые актором внешнему миру и самому себе. Получаемая информация есть «ответ» или «следы» внешнего мира, которые категоризируются, классифицируются и квалифицируются сознанием актора. При этом, с точки зрения современной психолингвистики и когнитологии, всегда имеет место соотнесение конкретно-воспринимаемого с прототипом или «достраивание» единичного до образца типичного⁸⁴. Это соотнесение или взаимообусловленность единичного и типичного относится также к восприятию поведения, ситуаций, событий, когда в качестве образца соотнесения берется фрейм или скрипт (сценарный фрейм). Одновременно на это соотнесение накладываются личностные факторы, характеризующие актора коммуникации – его интересы, мотивация, интенция⁸⁵.

Г.Р. Яусс, комментируя философскую герменевтику Г.-Г. Гадамера, утверждает, что последний определяет диалогичность в качестве предпосылки всякого понимания – понимания чужой речи, а равно и отдаленного от нас во времени текста. Согласно его концепции, диалогическое искание смысла конституирует понимание, и понимание осуществляется благодаря постановке вопроса которая делает опыт открытым. «Понять нечто – значит понять это как ответ точнее даже так: испытать свое собственное мнение другого посредством вопроса и ответа. / .../ Первая задача герменевтического понимания состоит в том, чтобы отчужденный от нас временной дистанцией текст вернуть в живое “сейчас” разговора, изначальной формой осуществления которого всегда является вопрос и ответ»⁸⁶. В то же время, «именно потому, что истину в диалоге нужно искать в чужой ответной речи, или противослове (*Gegenrede*), в силу чего диалог незавершен (как это и показывает история интерпретации в своем постоянно возобновляемом диалоге с искусством прошлого), – отсюда, согласно Бахтину, следует, что предпосылкой диалогической незавершенности является в конечном счете более высокая инстанция “третьего” в диалоге, или “наадресат”, абсолютно справедливое ответное понимание которого предполагается в метафизической дали, либо в далеком историческом времени»⁸⁷. «В разные эпохи, – писал М.М. Бахтин, – и при разном миропонимании этот наадресат и его идеальное верное понимание принимает разные конкретные идеологические выражения (Бог, абсолютная истина, суд беспристрастной человеческой совести, народ, суд истории, наука и т. п.)»⁸⁸. Герменевтическая диалектика вопроса и ответа «становится подлинным герменевтическим средством выхода за пределы собственного горизонта – для того, чтобы открыть для себя чужой горизонт другого и возобновить диалог с текстом, который тогда только будет нам отвечать, когда мы сумеем поставить ему свои вопросы»⁸⁹.

Но внутренний диалог, в том числе, и диалог с текстом, предполагает интенцию или реализацию во внешнем диалоге – взаимодействии с Другим, реализацию в дискурсивных («про-

⁸³ Первичным актом сознания является отличие (различение) предметов друг от друга и себя от остального мира. В этом собственно и проявляется диалогичность мышления – сопоставить себя с другим, найти сходства и отличия и сопоставить свое поведение с предполагаемым поведением контрсубъекта.

⁸⁴ Дж. Лакофф утверждает со ссылкой на Э. Рош, что мышление в целом организовано в терминах прототипов. – Лакофф Дж. Женщины, огонь и опасные вещи: Что категории языка говорят нам о мышлении / Пер. с англ. И. Б. Шагуновского. М., 2004. С. 31.

⁸⁵ См. подробнее: Честнов И.Л. Дискурс-анализ как постклассическая парадигма интерпретации права // Юридическая герменевтика в XXI веке: монография / под общ. ред. Ю.Ю. Ветютнева, Е.Н. Тонкова. СПб., 2016. С. 192–197.

⁸⁶ Яусс Г.Р. К поэтике диалогического понимания // Михаил Михайлович Бахтин / Под ред. В.Л. Махлина. М., 2010. С. 153.

⁸⁷ Там же. С. 157.

⁸⁸ Бахтин М.М. Эстетика словесного творчества. М., 1979. С. 305–306.

⁸⁹ Яусс Г.Р. Указ. Соч. С. 159–160.

говариваемых») практиках⁹⁰. Принятие и признание точки зрения Другого⁹¹, реализованное в социальных взаимодействиях – условие существования, воспроизводства социума. Внутренний диалог можно определить вслед за Ю. Кристевой как интертекстуальность – пересечение множества высказываний (голосов – по М. М. Бахтину) из разных тестов⁹². При этом происходит «проговаривание» этих высказываний в дискурсивных практиках субъектов. Поэтому диалогичность означает одновременно дискурсивность в смысле Э. Бенвениста – «практикование» языка индивидом⁹³. Поэтому, по мнению Ю. Кристевой, наука о литературе, как и любая наука об идеологических образованиях должна изучать язык как практику, в которой «следует учитывать как наличие субъектов (в частности, адресанта), так и способ, каким они перераспределяют ту или иную знаковую систему. ... В результате значение начинает рассматриваться как конкретное функционирование, пребывающее в процессе постоянной трансформации в зависимости от положения субъекта в истории, т. е. как высказывание-процесс, конституирующее некий конкретный смысл (и в то же время некую идеологию) в связи с тем конкретным отношением, которое субъект поддерживает собственным дискурсом (отличным от языка) здесь и теперь»⁹⁴.

«Диалогичность» внутреннего и внешнего диалогов формулирует в «кресте реальности» О. Розеншток-Хюсси, особенно в работе «Речь и действительность»⁹⁵, связывая психологию и социологию, мотивацию отдельного человека (то есть содержательный аспект диалога) и структуру социальной реальности, которая у него представлена языком⁹⁶. Он проводит аналогию между модусами социального бытия и формами (наклонениями) речи и выстраивает свой знаменитый крест реальности, структурирующий диалог⁹⁷. Первую оппозицию этого креста составляют 1) прошлое время, создаваемое повествовательной речью, тождественной реальности «мы» и 2) будущее время, создаваемое повелительной (императивной) речью – реальность «ты». Вторая оппозиция представлена 3) внутренним пространством, созданным субъективной речью – реальность «я» и 4) внешним пространством, создаваемым объективной речью – реальность «он, она, оно, они». Прошлое – будущее, внутреннее – внешнее являются основными антиномиями социальной жизни, с которыми коррелируют все остальные. Сама же социальная реальность включает все эти оппозиции и находится в середине этого креста (может быть, поэтому справедливо утверждение о том, что бытие все время ускользает от научного анализа, находясь в постоянном движении от прошлого к будущему и от внутреннего к внешнему; а настоящее – лишь миг в этом беспрерывном становлении).

«Диалог – пишет А.С. Ахиезер, – это не случайный институт, не акциденция, а имманентный аспект общества, без которого оно не может возникнуть, существовать ... Диалог имеет смысл, по крайней мере в тенденции, как поиск целостности (вспомним основную про-

⁹⁰ В этом. По мнению Л.А. Гогтишвили, главное различие подходов В. С. Библера и М.М. Бахтина: «Исходное положение общее: внутренняя речь всегда диалогична, но кто мыслится занимающим диалогическую позицию “визави”? У Библера эту точку занимает одно из Я в форме насущного “Ты”, Бахтин же, по сути утверждает, что диалог двух Я невозможен без другого в ипостаси “Он”, без вовлеченности в диалог этой ипостаси в ее той или иной форме и с той или иной интенсивностью». – Гогтишвили Л.А. Автор и его ролевые инверсии // Владимир Соломонович Библиер. С. 224–225.

⁹¹ Принятие и признание точки зрения другого отнюдь не является гарантией бесконфликтности общественных отношений, но дает возможность (хотя бы потенциальную) для разрешения конфликтов.

⁹² Кристева Ю. Слово, диалог и роман // Кристева Ю. Семиотика. С. 46.

⁹³ Там же. С. 76.

⁹⁴ Кристева Ю. Разрушение поэтики // М. М. Бахтин: pro et contra. Том 11. С. 13.

⁹⁵ Розеншток-Хюсси О. Речь и действительность. М., 1994.

⁹⁶ Следует иметь в виду, что речь, которой живет общество, включает язык – структуру – и содержание – его наполнение конкретной смыслом говорящим в данное время и в данном месте. – Там же. С. 18 и след.

⁹⁷ Там же. С. 55 и след.

блему философствования), как поиск меры синтеза, интеграции полюсов дуальной оппозиции, поиск логической, культурной интеграции (со)общества»⁹⁸.

Функционирование диалога происходит между «пределами мысли и практики» – «персонификацией» и «овеществлением», «личностью» и «вещью» (или «структурой») – полюсами, между которыми М.М. Бахтин усматривает отношения дополнительности⁹⁹. При этом «овеществление» – это функция идеологии (в широком смысле), результатом которой является приписывание особых значений отдельным действиям (взаимодействиям) людей и предметам материального мира, их реификация. Именно так – с помощью механизма интерпелляции – формируется социальная структура как социальное представление, реализуемое массовыми практиками людей¹⁰⁰. Реифицированное социальное представление как социальная структура имманентно необходима диалогу как разновидности человеческих интеракций, так как именно структура обеспечивает относительную их (интеракций) стабильность и процесс социализации личности. При этом осуществляется постоянный процесс опредмечивания экстернализаций личности в структуру и ее распредмечивание в личностный смысл и поведение. Тем самым происходит взаимодополнительность устойчивости/изменчивости, граница между которыми относительна и которые невозможны друг без друга. В этой связи эвристически перспективным выглядит направление, разрабатываемое Н.С. Автономовой, именуемое ею как «Открытая структура»¹⁰¹.

Таким образом, внутренний диалог возможен между человеком и структурой как социальным представлением, когда человек соотносит свои экспектации и действия с требованиями социума, объективированными в социальной структуре¹⁰². В то же время «внешний» диалог, будучи разновидностью интеракции, возможен только между людьми (иногда – с предполагаемым человеком). Но он всегда опосредован инстанцией «третьего» («наадресата») – социальными представлениями, с которыми оба субъекта должны соотносить свои ожидания и действия (иначе интеракция превратится в навязываемый силой монолог).

⁹⁸ Ахиезер А. С. Труды. Т. 2. М... 2008. С. 201, 213.

⁹⁹ Автономова Н. С. Открытая структура. С. 199. Л.А. Гогтишвили называет их формами некритического смешения «я» и «другого»: «Исходя из утверждаемо им положения, что в истории господствовала монистическая идея “человека вообще”, не учитывающая принципиальный персоналогический дуализм бытия, Бахтин выделил два предела в понимании такого “человека вообще”: с установкой на преобладание “я” (“другой” имманентизирован в “я”, “другой” – это “я”, такой же, как “я”) и, соответственно, с установкой на преобладание “другого” (“я” поглощено “другим”, “я” – такой же как другой)». – Гогтишвили Л.А. Варианты и инварианты М. М. Бахтина. С. 103.

¹⁰⁰ Об интерпелляции – механизме «окликанья», превращающего человека в безличностный субъект – см.: Althusser L. Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes towards an investigation) // Mapping Ideology. London, 1994. P. 130–131.

¹⁰¹ «...мое рассуждение исходит из (следующих – И.Ч.) посылок: структура не только не исключает творческого акта, “открытого произведения”, но даже в известном смысле является его условием. Все “неструктурное” существует потому, что существует “структура”, оно возможно потому, что структура открыта. Тем самым я утверждаю жизнеспособность открытой структуры... Открытая – значит незамкнутая, не предопределенная, разомкнутая ко всему, что не структурно (а ипостасей неструктурного может быть бесчисленное множество). Слово “открытая” имеет и еще один ценный смысл: оно предполагает, что структура не есть чистое изобретение, не имеющее отношения к реальности: скорее она “открывается” нам в предмете или, по крайней мере, соотносится – сколь угодно сложным образом – с тем, что имеет отношение к предмету, а не является лишь порождением фантазии». – Автономова Н.С. Открытая структура: Якобсон – Бахтин – Лотман – Гаспаров. М., 2009. С. 9, 12. Можно полностью согласиться с выводом известного филолога-философа, что «мысль о структуре претерпела в гуманитарной науке XX века различные превращения: структура подчас воспринималась как догматическая сущность, вопреки обновляющему содержанию и потенциалу идеи, понятия и методов анализа структур, которые в разных формах разрабатывались во всем мире». – Там же. С. 10.

¹⁰² Внутренний диалог сегодня активно исследуется в психологии самости. Диалогическая самость по мнению Х. Херманса и Х. Кемпена представляет собой динамическое многообразие относительно автономных Я-позиций. Человек как социальное существо и есть множество Бахтинских «голосов» или Я-позиций, или социальных ролей (в юриспруденции – правовых статусов). Внешние обстоятельства, интерпретируемые актором, вынуждают его актуализировать ту или иную – в зависимости от ситуации – Я-позицию. При этом всегда внутренняя позиция дополняется внешней – интериоризируемой значимой информацией. В общем и целом, самость (Я) представляет собой динамическую систему, которая состоит из множества Я-позиций, находящихся между собой в процессе диалогического взаимодействия. – Hermans H. J. M., Kempen H. J. G. The dialogical self: Meaning as movement. San Diego, 1993.

Исходя из вышеизложенного, диалог можно рассматривать как коммунальное («продуктивно-диалогическую коммунальность как социальность») сосуществование людей (термин В.Л. Махлина), преодолевающее «презумпции и версии автономной самодостаточности, изолированной эстетизованной завершенности и отрешенности сознания, разума и веры...»¹⁰³. В этой связи можно констатировать универсальность диалога как его необходимость для самосохранения социума; но универсальность – «голая абстракция» (как и все «сущностно оспоримые понятия» – свобода, справедливость, благо, власть и т. д.), наполняемая конкретным содержанием в соответствующем историческом и социокультурном контексте. Содержание диалога – конкретные дискурсивные практики, которыми воспроизводятся сконструированные (и переконструируются) социальные статусы и реализуются потребности людей во взаимодействии, координации усилий. В то же время следует предостеречь от наивного понимания диалога как благостного консенсуса, которого никогда не было, нет и не будет даже в сообществе монахов¹⁰⁴. Диалог – это не дружба или любовь¹⁰⁵, а артикуляция различий и их учет в коммуникации. Более того, диалог возможен только при наличии асимметрии двух сознаний, обладающих единым кодом осмысления взаимных сообщений¹⁰⁶. При этом граница диалога и монолога (включая такие формы, как авторитарность или «агрессивное насилие», по терминологии В. А. Четвернина), как и нормы и девиации, контекстуально обусловлена и зависит от господствующих сегодня в данном социуме ценностей и социальных представлений¹⁰⁷. В этой связи необходимо отметить отличия диалога от диалектики. Для М.М. Бахтина диалектика это монологическая стадия эволюции диалога. Диалектика возрождается на качественно ином – личностном – уровне в полифонии и других видах непрямого говорения¹⁰⁸. «Диалектика – абстрактный продукт диалога», – утверждает М.М. Бахтин¹⁰⁹.

Диалог – основание социальной (а значит – и правовой) реальности, механизм ее воспроизводства. Однако прежде чем предложить обоснование права как диалога, несколько слов о постклассической концепции права, разновидностью которой выступает диалогическая онтология правовой реальности.

¹⁰³ Махлин В. Л. В зеркале неабсолютного сочувствия // М. М. Бахтин: pro et contra. Том 11. С. 307.

¹⁰⁴ Именно так, похоже, понимает диалог В.В. Сорокин, который пишет: «Не отвергая роль диалога в правовой сфере вообще, в вопросе правопонимания возможности диалога приходится признать непродуктивными, ведь истина не формируется путем взаимной ной позиции, заключения сделки и т. п.». – Сорокин В.В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. М., 2007. С. 63.

¹⁰⁵ «Целевая доминанта ранней бахтинской философии, – пишет Л. А. Гоготишвили, – ее, говоря кантовским языком, регулятивная идея может быть с некоторой долей условности обозначена как поиск критериев для обособления “нравственной реальности”, т. е. того вида бытия, который, по Бахтину, единственно есть, но с другой стороны – еще не был реально “дан” в истории культуры, а был лишь ей “задан” в качестве одновременного истока и цели». – Гоготишвили Л. А. Варианты и инварианты М. М. Бахтина // М. М. Бахтин: pro et contra. Том 11. С. 100–101.

¹⁰⁶ См.: Лотман Ю. М. История и типология русской культуры. СПб., 2002. С. 152.

¹⁰⁷ В этой связи симптоматично заявление Л.А. Гоготишвили, что «монологизм у Бахтина не антоним диалогизма, а его разновидность». – Гоготишвили Л.А. Автор и его ролевые инверсии. С. 209.

¹⁰⁸ Бахтин М. М. Эстетика словесного творчества. М., 1979. С. 352, 364.

¹⁰⁹ Бахтин М. М. 1961 год. Заметки // Бахтин М.М. Собр. Соч. Т. 5. М., 1997. С. 351. И продолжает: «Диалогическая природа сознания, диалогическая природа самой человеческой жизни. Единственно адекватной формой словесного выражения подлинной человеческой жизни является незавершенный диалог. Жизнь по природе своей диалогична. Жить – значит участвовать в диалоге – вопрошать, внимать, отвечать, соглашаться и т. п.». – Там же.

Еще раз о постклассической парадигме права

Постклассическая концепция права, прежде всего, – это критика классической онтологии правовой реальности: представления о ее завершенности, догматичности, критика ее оторванности от практических нужд, неадекватности (пост)современной философии – картине мира. Преодолению «логоцентризма» классической теории права призвана способствовать постклассическая концепция правовой реальности, в частности, диалогическая (Кристева): показать возможность перехода от структуры права к действию¹¹⁰ правовых институтов, а тем самым признать «открытость структуры», включающей человека и его активность.

Постклассическое правоведение, – пишет А.В. Поляков, – ...проблематизирует само понятие права, саму возможность его беспроblemного нахождения в текстуальном пространстве «позитивного». /.../ Если классическая наука воспринимала право (фактически правовые тексты) как объективную, не зависящую от человека реальность, то наука постклассическая воспринимает право как явление коммуникации, т. е. как то, что нельзя свести ни к объективному, ни к субъективному, а можно объяснить лишь как коммуникативный (и уже в силу этого субъективно-объективный) феномен. Текст здесь выступает объектом интерпретации, и вне этой интерпретации (составной части коммуникации) правовой текст как таковой не существует»¹¹¹.

Постклассическая онтология права предполагает акцент на множественности модусов бытия права, противоречивости, нередуцируемости к одному референту, динамическом или процессуальном характере правовой реальности. Она вытекает из постклассической онтологии социального бытия и, с моей точки зрения характеризуется следующими аспектами. Во-первых, центром правовой реальности провозглашается человек как творец (создатель) права, использующий знаково-символические средства, в том числе, при воспроизводстве права практиками. Антропоцентричность права, т. е. его существование как взаимодействия людей и ментальные intersубъективные процессы (смыслы и значения) с моей точки зрения представляется наиболее важным аспектом бытия права. Во-вторых, сконструированностью, а не «данностью» права, а потому его постоянной изменчивостью или процессуальностью. В-третьих, контекстуальностью как социокультурной (включая знаковость) и исторической обусловленности права при наличии его универсального инварианта. В-четвертых, диалогичностью права как содержанием вышеназванных аспектов постклассической онтологии права, обеспечивающей инновационное и традиционное воспроизводство правовой реальности.

¹¹⁰ Именно в этом – переходе от структуры к действию – видит значение «диалогизма» как «логики становления» Ю. Кристева. – Кристева Ю. Семиотика. С. 80.

¹¹¹ Поляков А. В. Коммуникативные стратегии современной теории права // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011/ Под ред. д-ра юрид. наук А.В. Полякова. СПб., 2012. С. 6.

Диалогичность правовой реальности. Человекоразмерность бытия права

Человек – основа, центр правовой системы: именно человек формирует (конструирует) ее и воспроизводит своими практиками и ментальной активностью (смыслами и значениями). Именно человек, а не абстрактный безличностный субъект или «человек вообще» (по М.М. Бахтину) – неустранимая субстанция правовой реальности. Права «как такового», справедливо утверждает А. В. Поляков, не существует. Это означает, что у этого слова нет определенного эмпирически узнаваемого референта. Право принадлежит к миру значений и смыслов, неотделимых от внутреннего мира человека и его отношений с другими людьми и конструируется сознанием на основе институционализированных социальных практик¹¹².

Где же «человеческое» в праве? В норме права – это усредненный, обезличенный статус «нормальности» человека «юридического» (общая правосубъектность) и спецификация определенных свойств человека, необходимых для некоторых юридических ситуаций (специальная дееспособность). В правоотношении и простых формах реализации права происходит конкретизация правового статуса к ситуации места и времени и его персонификация к этому конкретному человеку – носителю правового статуса, реализующего его своими действиями.

Именно человек своей ментальной и поведенческой активностью конструирует правовую реальность, в том числе, статусы субъектов права как усредненных правомочий, обязанностей и запретов, корреспондируемых другому участнику правовых интеракций. Как именно происходит конструирование статуса субъекта права? С помощью диалогического механизма взаимообусловленности и взаимодополнительности человека, малой группы (референтной по своим характеристикам) и социума. Последние представлены групповыми и социальными представлениями о правомерном / противоправном поведении. Способность к трансцендированию, созданию инноваций в правовой сфере – новых образцов юридически значимого поведения – включает одновременно и формирование правовых статусов субъектов, выступающих адресатами норм права. О том, как это происходит и в чем состоит содержание механизма конструирования правовой реальности – речь пойдет ниже. Сейчас же замечу, что формирование субъекта права представляет собой процесс придания юридической формы социализации личности, содержание которого образует внутренний диалог, реализуемый в практиках человека и правового статуса, сконструированного властью правящей элиты и референтной группы. Другими словами, это не что иное, как диалогический по своему содержанию процесс интериоризации (по терминологии Л.С. Выгодского) юридических образцов поведения в ментальный комплекс человека (его персональную систему представлений) и его «телесные» практики. Господствующее в данной социальной общности представление (в широком смысле включающее в себя ценности, нормы и другие ментальные образования)¹¹³ осмысливается человеком в соответствие с его персональной «системой координат» и конкретной жизненной ситуацией и трансформируется в юридически значимое (в нашем случае) поведение. Так происходит постоянное воспроизводство личности и, в том числе, «человека юридического» – субъекта права. При этом необходим как «внутренний» диалог – соотнесение личностных экспектаций с образцом юридически значимого поведения, так и «внешний» диалог, который предполагает

¹¹² По мнению А.В. Полякова, современная теория права не может ответить на вопрос «Что есть право?» без ответа на вопрос «Что есть человек?». – Поляков А. В. Нормативность правовой коммуникации // Известия вузов. Правоведение. 2011. № 5. С. 27, 30–31.

¹¹³ Ментальные образования или ментефакты в современной психолингвистике включают в свой состав знания, концепты и представления, а последние, в свою очередь, прецедентные феномены, артефакты, духи, стереотипы. – См.: Красных В. В. «Свой» среди «чужих»: миф или реальность? М., 2003. С. 157.

интеракцию с взаимным признанием ее участников друг друга как полноправных субъектов права.

Субъект права – это не статическая данность, закреплённая в правовом статусе личности, должностного лица или коллективного образования, а диалогическое отношение людей в соотнесении с образцом юридически значимого поведения. Поэтому субъект права постоянно воспроизводится в процессе правовой социализации человека. В социальной (и правовой) жизни, человек постоянно осуществляет процесс представительства – представляет себя во вне – социально значимому Другому. Тем самым личностное начало приобретает социальность и правовое содержание. В некоторых случаях человек представляет себя лично, реализуя индивидуальные потребности, интересы и цели и в таком случае он именуется физическим лицом. В другом случае (другой человек) представляет в социальных (и правовых) интеракциях должность, и тогда он будет выступать должностным лицом. Когда же человек представляет коллективное образование – он «превращается» юридическим языком (властью номинации по терминологии П. Бурдьё) в коллективного субъекта права. Такое представительство есть разновидность диалога человека и нормы права, включающего внутренний аспект – мыслительное соотнесение экспектаций с образцом поведения и внешний – реализацию в правоотношениях.

Представительство включает в себя процесс правовой идентичности (или возможно благодаря идентичности) как соотнесение с Другим и противопоставление себя Другому, в результате чего обеспечивается взаимное признание людей равноправными субъектами правовой жизни. Без правовой самоопределённости (идентичности) не может быть субъекта права, который «по определению» должен обладать определенной автономностью. Обретение правовой идентичности (фактических умений своими действиями быть субъектом права) есть содержание правовой социализации личности. При этом парадокс правовой социализации состоит в том, что она, с одной стороны, фиксирует определенное юридическое качество или состояние, а, с другой стороны, находится в состоянии постоянного «перевоспроизводства». Самоидентичности или неизменности Я противостоит неустранимая потребность человека быть непохожим на других, обрести самость (П. Рикер)¹¹⁴. Приблизительно об этом же пишет Ю. Кристева; «...субъект находится на стадии самопорождения, осуществляющегося в процессе письма/чтения. Чтобы создать теорию такого порождения, требуются категории, отличные от тех, которыми пользуется лингвистика языка, причем подобная теория выделяет для себя иной, нежели поэтика, предмет. Это – теоретически сконструированный, но не объективированный предмет, – предмет динамизированный (Башляр)»¹¹⁵.

Процесс правовой социализации, как и социализации как таковой, противоречив, можно сказать диалогичен. По утверждению П. Рикера, идентичность формируется через нарратив – рассказ истории о себе, предъявляемый Другому¹¹⁶. «Подлинная природа нарративной идентичности, – по мнению выдающегося французского мыслителя, – раскрывается только в диалектике самости и тождественности»¹¹⁷. Эта диалектика (точнее – диалог)¹¹⁸ выражается в

¹¹⁴ Самость – это такой способ поведения (в том числе, в юридической сфере), который предполагает его признание социально значимым Другим и ответственность перед ним. – См. подробнее: Рикер П. Справедливое. М., 2005.

¹¹⁵ Кристева Ю. Разрушение поэтики. С. 31.

¹¹⁶ Собственно, и идентичность, по утверждению П. Рикера, диалогична: «... самость формирует свою идентичность только в структуре отношения, где диалогическое измерение преобладает над монологическим...». – Рикер П. Справедливое. С. 16.

¹¹⁷ Рикер П. Я – сам как другой. М., 2008. С. 172.

¹¹⁸ В этой связи необходимо напомнить об отличиях диалога от диалектики, которая, по справедливому утверждению Ю. Кристевой, предполагает триаду, где борьба и проекция (переход) не выходят за пределы аристотелевой традиции, основанной на субстанции и причине. Диалогизм замещает эти концепты, вбирая их в понятие отношения, и не предполагает перехода, но вместо гармонии предполагает идею разрыва (оппозиции, аналогии) в качестве способа трансформации. – Кристева Ю. Семиотика. С. 96.

замечательном афоризме: «Нет мира без “Я”, которое в нем находится и действует, нет “Я” без мира, где оно так или иначе действует»¹¹⁹. В этой связи требует некоторого уточнения позиция Н.В. Исаевой, что правовая идентичность включает¹²⁰ «три взаимосвязанных компонента: самотождественность как внутреннюю тождественность самому себе во времени и в пространстве; признание самотождественности личности значимым социальным окружением; уверенность в том, что внутренняя и внешняя идентичность сохраняются и имеют стабильный характер», а также, что «далеко не всегда человек проявляет свою индивидуальную сущность только в диалоге с обществом»¹²¹. Во-первых, самоидентичность складывается из признания таковой со стороны социально значимого Другого. Во-вторых, и это представляется более важным, самоидентичность социальна по своей сути, как и личность как таковая¹²². Поэтому не может быть «индивидуальной сущности человека» вне его отношений с обществом. Не может быть какого-либо качества человека как личности, которое не было бы социальным качеством. Даже биологические свойства человека (например, инвалидность) означиваются (наделяются социальным значением) и приобретают социальность, в том числе, правовой характер. Более того, различение себя с другими (самость как себе-тождественность) все равно предполагает категоризацию – отнесение индивидуальных качеств (свойств, характеристик) к определенному типу. Поэтому идентичность (это же касается и представительства) – это диалог индивидуальности и социальности как включенность (признание) персонифицированной личности в социальные связи и отношения¹²³.

Правовая идентичность формируется, как уже говорилось, в процессе правовой социализации с помощью приобщения (интериоризации) индивида к правовым ценностям и нормам, исходящим от референтной группы, в результате чего формируется фактическая способность человека быть носителем статуса субъекта права. Это сложный, до конца не проясненный процесс превращения социальных представлений (значений) в личностные смыслы в соотношении с ожиданиями человека, находящегося в конкретной жизненной ситуации. Его сложность состоит в том, что процесс восприятия правовых норм, явлений, процессов и ситуаций обусловлен множеством факторов, которые сами по себе стохастичны, комбинация и состояние которых непредсказуемы¹²⁴. Поэтому, как замечает Х. Эссер, одна и та же объективная ситуация может совершенно по-разному восприниматься и определяться разными акторами¹²⁵. При этом то или иное определение ситуации обуславливает выбор соответствующего поведения актором¹²⁶. Кроме того, на процесс правовой идентичности влияет результат признания

¹¹⁹ Там же. С. 363.

¹²⁰ При этом она оговаривается «...как правило характеризуют».

¹²¹ Исаева Н. В. Правовая идентичность (теоретико-правовое исследование): монография. М., 2013, С. 15, 15.

¹²² Как утверждает Ч. Тейлор, идентичность определяется приписыванием чему-либо значения, формируемого интериоризацией системы ценностей. Поэтому идентичность «фундаментально связана» с моральной ориентацией: мы осознаем себя через позиционирование к моральным категориям, прежде всего, по отношению к добру и злу. Идентичность создается «в сети диалогов», которые происходят в сообществах как носителях моральных категорий и классификаций. – Taylor C. *Sources of the Self: The Making of Modern Identity*. Cambridge, 1989. P. 105, 39.

¹²³ Так, например, выполнение соответствующих действий, предусмотренных должностной инструкцией, превращает человека в должностное лицо как субъект права.

¹²⁴ Восприятие текста (в том числе и правового) реципиентом включает следующие этапы: физическое восприятие текста; соотнесение с конституцией, контекстом (в широком смысле); соотнесение с фондом знаний, presupпозицией; интеллектуально-эмоциональное восприятие текста, осознание смысла текста, его концепта. – Красных В.В. Указ. Соч. С. 149. В то же время в любом социуме существует определенное количество типизированных ситуаций, более или менее регулярно воспроизводимых широкими народными массами. Об этом подробнее речь пойдет ниже.

¹²⁵ Esser H. Die Definition der Situation // *Koelner Zeitschrift fuer Soziologie und Sozialpsychologie*. 1996. Jg. 48. Heft 1. S. 3. Определение ситуации – это более или менее ясное понимание условий и осознание установок, – пишут У. Томас и Ф. Знанецкий. – Thomas W.I. Znaniecki F. *Methodological Note* // *The Polish Peasant in Europe and America*. Vol. I / Ed. by W.I. Thomas, F. Znaniecki. N.-Y., Chicago, 1927. Цит. по: Esser H. Die Definition der Situation // *Koelner Zeitschrift fuer Soziologie und Sozialpsychologie*. 1996. Jg. 48. Heft 1. S. 5.

¹²⁶ Ситуация реальна по своим последствиям настолько, насколько она определяется как реальная, – гласит знаменитая

человека субъектом права и возможное расхождение самооценки и оценки со стороны социально значимого Другого. Проблема взаимного признания друг друга в правовой коммуникации на сегодняшний день практически не исследовано в научной литературе¹²⁷. Она, в свою очередь, обусловлена сложностью атрибуции (приписывания) оценки как самому себе, так и контрсубъекту правовой коммуникации¹²⁸, совпадением (которое никогда не бывает полным) их «культурных или ментальных пространств», обеспечивающих адекватную интерпретацию правового сообщения и реагирования на него.

Проблема приписывания поведения, по мнению П. Рикера, – ее внутренняя апоричность. «Приписывание состоит как раз в повторном присвоении деятелем собственного размышления: принимать решение о себе означает решать спор, присваивая одну из ложностей выбора»¹²⁹. В результате возникают три «апории приписывания». Первая состоит в необходимости учета различий между личностями, которым приписывается поведение. Вторая состоит в различии приписывания и описания¹³⁰. Третья апория касается способности актора к действию – «...способность деятеля действовать необходимо, в конечном счете, принимать как первичный факт»¹³¹. Другими словами, это апория вменяемости, обусловленная, в том числе, побочными, нежелательными и непредсказуемыми последствиями, за которые не может отвечать субъект. Вмешательство человека в ход вещей всегда ограничена, отягощена «пересечением траекторий» нескольких субъектов и связана с релятивностью критериев оценки таких действий и их последствий¹³².

Проблема правовой идентичности усугубляется мультикультурностью современного социума, как следствие – множественностью и конфликтом референтных групп¹³³. Мультикультурализм в области права утверждает, что поскольку отсутствует единая для всех времен и народов культура, выражающаяся как законченная система ценностей, а также рационально обоснованная иерархия ценностей¹³⁴, постольку каждая культурная группа имеет (должна иметь) свою систему правовых норм и руководствоваться только ею. При этом культурные различия объявляются основополагающими, фундаментальными (так как именно они обеспечивают идентичность людей), всякое внешнее воздействие на эти различия должны оцениваться как величайшая несправедливость¹³⁵.

«теорема» У. Томаса. См.: Thomas W.I. Die Methodologie der Verhaltensstudie // W.I. Thomas. Person und Sozialverhalten / Hrsg. E.H. Volkart. Neuwied – Berlin, 1965. S. 114. Субъективное определение ситуации, отмечает Х. Эссер, означает «обрамление» ситуации в одном главном аспекте, с точки зрения одного императива, одной представляющей доминантной «модели» дальнейшего ее протекания. Только в этих актуализированных и господствующих надо всем остальным рамах происходит затем отбор собственно действия. – Esser H. Op. Cit. S. 5.

¹²⁷ Исключение составляют работы А.В. Полякова.

¹²⁸ Не в последнюю очередь сложность оценки контрсубъекта коммуникации, его действий и ожиданий обусловлена «бесконечностью поиска мотивов действия»: «...поиски мотивов действия бесконечны, так как цепь мотиваций теряется в тумане неисчислимых связей психоанализ». – Рикер П. Я-сам как другой. С. 122.

¹²⁹ Рикер П. Я – сам как другой. М., 2008. С. 121.

¹³⁰ Г. Харт в связи с этой проблемой в свое время предлагал (и предполагал) сформулировать язык переходной формы, атрибутирующий права. – Hart H.L.A. The Ascription of Responsibility and Rights // Proceedings of the Aristotelian Society. № 49. 1948. P. 171–194.

¹³¹ Рикер П. Указ. Соч. С. 129.

¹³² Отсюда возникает проблем ответственности без вины или объективного вменения, которая требует отдельного специального обсуждения.

¹³³ Думаю, что, несмотря на процессы «сегментаризации» современного сложно-структурированного социума, референтность как таковая и референтные группы как носители этого качества не исчезли, но их стало гораздо больше и их стало гораздо сложнее выявлять, тем более, что их действие проявляется на уровне бессознательного. В то же время их отсутствие превратило бы современное пусть и неустойчивое общество в аномию. Подробнее о том, что они собой представляют и можно ли говорить сегодня об «обществе» как социологическом понятии будет сказано ниже.

¹³⁴ В этой связи уместным представляется привести мнение А. Макинтайра о том, что не существует теоретически нейтральной, дотеоретической основы, позволяющей рассудить спор конкурирующих мнений, особенно в области морали. – MacIntyre A. Three Rival Versions of Moral Inquiry: Encyclopaedia, Genealogy and Tradition. London, 1990. P. 173.

¹³⁵ См.: Чуксин С. Г. Плюрализм, солидарность, справедливость. К проблеме идентичности философско-правового дис-

Правовая политика, выражающаяся в законодательстве, реагирует в странах Запада на претензии все большего числа групп на юридическое закрепление их автономии и предоставления особого правового статуса двойко. Политика ФРГ, например, состоит в интегрировании гастарбайтеров в правовую систему, но не в силу их членства в конкретной этнической группе, а на основании их правового статуса как индивидов. Отдельные права им предоставляются как работникам и личностям. Конституция ФРГ, таким образом, предоставляет отдельным индивидам определенные права просто потому, что они человеческие существа. Именно эта корпоративная статусная идентичность обеспечивает таким людям определенные наборы прав и льгот¹³⁶. Иная система существует в Нидерландах.

С 1982 г. там законодательно определена группа этнических «официальных меньшинств». Когда этническая группа добивается статуса официального меньшинства, получают удовлетворение ее претензии на социальную поддержку в жилищной и образовательной областях, в сфере занятости и др. Одновременно эти группы приобретают права на учреждение культурных, религиозных и образовательных организаций, а также обучение своим родным языком в качестве второго языка. Таким образом, голландцы практикуют модель «культурных анклавов» и «сохранения культур»¹³⁷.

Эту двойственность политики мультикультурализма анализирует Н. Рулан. Юристы, по его мнению, вырабатывают некоторое число категорий, отнесение к которой индивида означает для него определенные правовые последствия. Их формирование и многократное увеличение ставит под сомнение «республиканский принцип» – принцип равенства. Другими словами, наделение отдельных лиц или групп особым правовым статусом, свидетельствует о том, что в равенстве могут быть различия¹³⁸. Так, например, французское законодательство не признает особый статус (а значит юридическое существование) корсиканцев как нации¹³⁹ или даже этноса, хотя признает таковой за коренными народами «заморских территорий»¹⁴⁰.

В общем и целом, принцип формального равенства предполагает, что права человека относятся исключительно к отдельным индивидам, а не отдельным группам¹⁴¹. Поэтому «позитивная дискриминация» (особый правовой статус) допускается, как, например, формулируется в решениях Конституционного совета Франции, только исходя из разницы в социальном положении или в целях общественного интереса¹⁴². Однако очевидно, что граница (мера) разницы в социальном (и культурном) положении, признаваемом дискриминационным, весьма относительна и контекстуальна: в одни исторические эпохи и у одних культур-цивилизаций это одни критерии отнесения различий к «нетерпимым», а значит – дискриминационным, а в другие (и у других) – иные. В любом случае универсальных критериев такого выделения и,

курса в ситуации постмодерна. СПб., 2000. С. 248 и след.

¹³⁶ Бенхабиб С. Притязания культуры. Равенство и разнообразие в глобальную эпоху. М., 2003. С. 92. Заметим, что в ФРГ существуют отдельные группы (а не отдельные индивиды), отличающиеся особым правовым статусом. Так, например, государство в ФРГ занимая в принципе нейтральную позицию, тем не менее поддерживает связи с религией и оказывает ей прямую или косвенную помощь, одинаково относясь к официально зарегистрированным конфессиям. – Рулан Н. Исторические введения в право. М., 2006. С. 548–549.

¹³⁷ Там же. С. 93.

¹³⁸ Рулан Н. Указ. Соч. С. 556–557.

¹³⁹ Во Франции нация понимается как воля к совместному проживанию – «ежедневный плебисцит», благодаря которому удается подняться выше частных разногласий. Поэтому Конституция Франции отрицает происхождение как основу нации и вытекающую отсюда дискриминацию. – Там же. С. 572–573.

¹⁴⁰ Там же. С. 592 и след. При этом Н. Рулан отмечает, что французское законодательство в этом вопросе находится в противоречии с международным правом, «которое в течение последних двадцати лет стало более открытым к правам коренных народов, и потому время от времени она (Франция) навлекает на себя его санкции». – Там же. С. 596.

¹⁴¹ Поэтому «как отдельная личность, каждый представитель коренного населения имеет право на уважение местных особенностей в рамках, установленных французским правом, но они не могут составлять подмножества внутри нации». – Рулан Н. Указ. Соч. С. 595.

¹⁴² Там же. С. 563.

следовательно, наделения определенных групп, категорий населения определенным правовым статусом, не существует. Это зависит, прежде всего, от господствующего в данную эпоху и в данной культуре мировоззрения, формирующего общественное мнение.

Это же касается и такой категории, как «общественный интерес» или «общее благо». По мнению либералов общественного интереса как реально существующей целостности не существует, а следует вести речь об интересах отдельных личностей. Поэтому, как утверждает Р. Дворкин, ограничения прав человека ссылками на общественный интерес, общественную безопасность и т. п. недопустимо¹⁴³. Проблематичность такого подхода состоит в том, что мера (ограничения) прав человека определяется свободой другого. Другими словами, объем моих прав ограничен правами другого. Но ограниченность ресурсов, объектов притязаний (например, государственных должностей, льгот и пособий) неизбежно приводит к конфликту притязаний одного индивида и другого. Либеральная конструкция меры прав человека разрешить этот конфликт не в состоянии.

По мнению же сторонников коммунитаризма, мера прав человека определяется господствующими в обществе убеждениями¹⁴⁴. Такой подход представляется гораздо более предпочтительным по сравнению с красивой утопией либерализма, уповающих на «золотое правило». Именно признание, выражающееся в массовом поведении и ментальном образе-оценке соответствующего института, должно определять (и определяет на уровне обычаев) отношение населения к социальным (и правовым, в том числе) институтам, которые суть мера возможного, должного или запрещенного поведения. Одновременно господствующие в социуме предпочтения и оценки должны определять категории населения, которые могут претендовать на особый статус (в том числе, и правовой)¹⁴⁵. Выявление критериев признания множества фактически существующих и требующих юридического оформления социокультурных групп (категорий) населения – важнейшая задача социальной антропологии права, которая настоятельно требует серьезных научных исследований.

Правовой мультикультурализм в уголовном праве многих западных государств выражается в учете специфики культуры виновных при квалификации деяния и вынесения решения по делу. Сторонниками мультикультурализма оспаривается справедливость наказания представителя культуры меньшинства в соответствии с законами, отражающими культуру большинства. По их мнению, справедливость по отношению к конкретному обвиняемому означает, что незнание закона должно быть основанием защиты для лиц, выросших в чужой культуре. Делается вывод, что учет культурных особенностей ничем не отличается от учета других социальных признаков личности, в том числе пола, возраста, психического состояния¹⁴⁶.

Для обоснования уголовно-правовой политики мультикультурализма сформулирован термин «преступление (правонарушение), обусловленное культурой» – поступок представителя культуры меньшинства, который считается преступлением в правовой системе доминирующей культуры. Этот же поступок в культуре преступника выглядит как нормальное поведение (например, насилие, обусловленное защитой чести). В качестве культурно обусловленных могут выступать деяния, совершенные согласно традициям, обычаям, которые продолжают

¹⁴³ «Главная суть требования того или иного права... состоит в том, что индивид имеет основания требовать защиты от большинства, пусть даже в ущерб общим интересам». – Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 206.

¹⁴⁴ *Walzer M. Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality. Oxford, 1983.*

¹⁴⁵ В этой связи антиномия личность – социальная группа (и, соответственно, права личности и права коллективного образования) представляется мнимой, так как личность и социальная группа взаимообуславливают, взаимодополняют друг друга. Более того, закрепление в норме права особого статуса автоматически делает его безличностной, «неединичной» категорией, так как норма права по определению распространяется на неопределенный круг лиц. Поэтому норма права сама по себе очерчивает группу лиц, которые соблюдая, исполняя или используя ее, превращаются в юридическую групповую категорию (например, учащихся, военнослужащих и т. д.).

¹⁴⁶ *Бибик О.Н. Введение в культурологию уголовного права: монография. – М., 2012. – С. 187.*

неофициально существовать, несмотря на уголовные запреты (например, убийство ведьмы или уплата выкупа за невесту)¹⁴⁷.

Так, американка японского происхождения утопила двоих малолетних детей и сама пыталась (неудачно) покончить жизнь самоубийством из-за измены мужа. Суд признал эти действия соответствующими древнему японскому обычаю и практически оправдал ее, назначив один год тюремного наказания, который она провела, находясь под следствием. По другому уголовному делу суд оправдал американца китайского происхождения за убийство жены вследствие ее неверности, сочтя эти действия согласующимися с китайским обычаем смывать позор. В третьем уголовном деле американка лаосского происхождения была похищена с места работы и принуждена к вступлению в половой акт. Насильник-иммигрант лаосского происхождения был приговорен к 120 дням тюрьмы и 900 долларам возмещения нанесенного ущерба, так как его племя такой способ выбора невесты считает обычным¹⁴⁸.

Очевидно, что критерии правовой политики (и уголовно-правовой, в частности) исторически изменчивы и зависят от господствующего в соответствующем социуме мировоззрения, учитывающего «общемировые» тенденции, устанавливаемые доминирующими на мировой арене субъектами. «Деяние характеризуется в качестве преступного именно с точки зрения культуры», – справедливо замечает О.Н. Бибик¹⁴⁹. Именно те социальные группы, которые выдают себя за носителей господствующей или официальной культуры, и осуществляют правовую политику – номинацию деяний как правовых (правомерных или противоправных).

Другая проблема практического свойства, относящаяся к мультикультурализму на международном уровне, состоит в теоретическом осмыслении правомерности вмешательства в дела другого государства (то есть, правомерности нарушения государственного суверенитета) в связи с нарушением в нем прав человека. В 2001 г. Международной комиссией по интервенции и государственному суверенитету во главе с известным теоретиком – международником Ф. Дэнгом была разработана концепция суверенитета как ответственности. Суть ее в том, что если государственная власть грубо нарушает права подданных (населения, проживающего в данном государстве), осуществляет внутреннее управление, не соответствующее международным стандартам, то другие нации имеют право и обязаны вмешаться в дела этого государства, а также предотвратить негативные последствия такой интервенции¹⁵⁰. Тем самым правительства, не осознающие своей ответственности перед народом (с точки зрения международного права), расплачиваются суверенитетом. Известный социолог, ныне профессор факультета международных отношений университета Дж. Вашингтона А. Этциони, лидер коммунитаризма и автор теории «Хорошее общество», утверждает, что в таком социуме провозглашается ответственность членов общества как друг перед другом, так и перед общим процветанием. Поэтому народ – активные граждане – в определенных случаях сохраняют за собой право обратиться в международные органы для наведения порядка и предотвращения геноцида, этнических чисток, массовых убийств, насилия. При этом тот, кто намеревается предпринять гуманитарную интервенцию, должен получить одобрение, как собственного народа, так и населения, выступающего объектом интервенции¹⁵¹. Соглашаясь в принципе с мнением известного ученого, хотелось бы заметить, во-первых, что достаточно проблематичным остается механизм определения согласия населения на проведение интервенции. Во-вторых, содержание прав

¹⁴⁷ Там же.

¹⁴⁸ Coleman D. L. Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma // Columbia Law Review. Vol. 96. 1996. No. 5. Другие примеры «преступлений, обусловленных культурой» и «культурно обоснованной защиты от уголовного преследования», см.: Бибик О.Н. Указ. Соч. С. 190–247. Об учете культурных особенностей в российском уголовном праве см.: Там же. С. 222–247.

¹⁴⁹ Там же. С. 117.

¹⁵⁰ Цит. по: Etzioni A. Sovereignty as responsibility // Orbis. Oxford, 2006. Vol. 50, № 1. P. 71–73.

¹⁵¹ Ibid. P. 74–82.

человека и их нарушения должны определяться не европоцентристскими стандартами, выдаваемыми за универсальные, а региональными конвенциями, которые достаточно активно формируются в современном «глокализирующемся» мире.

Сегодня все чаще раздаются голоса о том, что политика мультикультурализма потерпела крах. «Последние неудачи мультикультурализма, – пишет О.Н. Бибик, – все больше ставят под сомнение возможности учета культурных различий в уголовном праве в интересах виновного. Можно констатировать, что указанная политика потерпела крах, о чем официально заявили лидеры ведущих европейских стран. Отмечается, что мигранты должны больше интегрироваться в доминирующие культуры. Причем особый акцент делается на проблеме исламского экстремизма»¹⁵². Однако если под политикой мультикультурализма понимать необходимость учета того, что современное общество является сложноорганизованным, часто многосоставным (по терминологии А. Лейпхарта), в любом случае плюралистическим, т. е. мультикультурным¹⁵³, то какая-то политика, учитывающая эту реальность, неизбежно должна проводиться. Это может быть стратегия «плавильного котла», господствовавшая в США в XIX – нач. XX вв., которую можно именовать ассимиляционной; это может быть политика сегрегации или маргинализации тех социокультурных групп, которые признаются «меньшинствами»¹⁵⁴; наконец, это может быть стратегия диалога (в разных его вариантах) или интеграции, выражающаяся в делиберативной политике. От того, что мультикультурализм будет объявлен несуществующим, он никуда не исчезнет. Поэтому все равно все государства, в том числе, и международные организации, не могут не заниматься этой проблемой.

Главная проблема политики правового мультикультурализма, как и правовой политики вообще, – это определение меры правовых различий. Право закрепляет социальные статусы, складывающиеся и существующие в данном социуме, и тем самым определяет меру различий между ними (людьми, идентифицирующими себя с данным статусом). Юридическая категория правосубъектности и есть юридическая форма социального статуса. Но отношения между социальными статусами зависят от множества факторов, не поддающихся рациональному расчету. Они конструируются тем же «первичным произволом», что и любой социальный институт (собственно, социальный институт можно рассматривать как совокупность социальных статусов) во взаимодействии с потенциально безграничным количеством обстоятельств и, в конечном счете, складываются спонтанно. Поэтому научно доказать, что такая-то социальная группа должна обладать таким-то правовым статусом, невозможно. Поэтому прав О.Н. Бибик, утверждающий, что «ни одна система наказаний в мире не имеет под собой какого-либо точного расчета и обоснования. ... Метод определения вида и размера наказания – это terra incognita уголовного права, а также права вообще, Кроме общих ориентиров. Система

¹⁵² Бибик О.Н. Указ. Соч. С. 221.

¹⁵³ Именно так трактовался термин «мультикультурализм» изначально – в конце 80-х гг. XX в., когда он возник: «... уважение большинства к меньшинствам, равный статус различных культурных традиций, право индивидов на выбор собственной идентичности». – Малахов В. «Скромное обаяние расизма» и другие статьи. М., 2001. С. 29. Совсем не обязательно понимать мультикультурализм как эссенциализм, т. е. признание культурных различий как всегда-уже-данных (именно так трактует мультикультурализм как тип дискурса и идеологии В. Малахов. – Малахов В. Понаехали тут... Очерки о национализме, расизме и культурном плюрализме. М., 2007. С. 158.) В духе «постмодернистского» мультикультурализма вполне уместна его трактовка как конструктивистского или конструируемого мультикультурализма.

¹⁵⁴ Если начальный – «оптимистический» – этап мультикультурализма был ориентирован на сближение культур (культур меньшинств с доминирующей культурой), то сегодня – с 90-х гг. XX в. – наблюдается радикализация инаковости. «Если раньше индивиды, принадлежащие этническим и культурным меньшинствам, скорее противились выделению себя в особую группу, то теперь они подчеркивают свою особость. Если афроамериканцы 50-х из кожи вон лезли, чтобы стать неотличимыми от соотечественников англосаксонского происхождения, то в 80-е колоссальную силу набирает тенденция *black is beautiful*. Если вплоть до конца 70-х иммигранты из Азии и Латинской Америки предпочитали «стусеваться» и активно вовлекались в процесс ассимиляции, то с середины 80-х они энергично и даже агрессивно подчеркивают свою культурную несхожесть с большинством американского населения. Происходит демонстративный возврат к прежней, “до-иммигрантской” идентичности». – Малахов В. «Скромное обаяние расизма» и другие статьи. М., 2001. С. 25.

наказаний оказывается обусловленной культурой, субъективными представлениями, пусть и опирающимися на объективные последствия преступных деяний»¹⁵⁵.

Именно господствующая правовая культура (правовая культура государствующей социальной группы) задает критерии различения правового (правомерного и противоправного). Но правовая культура – это не эссенциалистская сущность, как представлялось в эпоху Нового времени, когда культуру отождествляли с артефактами «высокой» элитарной культуры, а процесс воспроизводства правовой реальности¹⁵⁶. Поэтому изменения в «политическом поле» с неизбежностью приводят не только к изменению законодательства, но и представлений о праве широких масс населения и правовых практик. Поэтому и политика правового мультикультурализма постоянно изменяется и будет изменяться.

¹⁵⁵ Бирик О. П. Культурная обусловленность уголовного наказания: монография. М., 2013. С. 134.

¹⁵⁶ В этой связи уместно привести высказывание С. Бенхабиб: «...культура ... не является данностью, а формируется и меняется с течением времени через обычаи. Культуры не выступают целостностями с четко обозначенными границами; они представляют собой смысловые сети, вновь и вновь переопределяемые через слова и дела своих носителей». – Бенхабиб С. Притязания культуры. Равенство и разнообразие в глобальную эру. М., 2003. С. XXXV.

Знаково-символическая опосредованность, дискурсивность права

Человек мыслит с помощью знаков. Поэтому знаковость – имманентный аспект социальности и, следовательно, права при любом варианте его интерпретации: вне или без означивания (номинации и наделения значением) ни одно социальное (и правовое) явление невозможно как таковое. Культура – утверждал Ю.М. Лотаман – есть оперирование знаками. Именно эта дискурсивная деятельность (практика) пронизывает содержание всей правовой реальности, воспроизводит ее. Знаковое опосредование права свидетельствует о его текстуальной природе, включающей производство, трансляцию, интерпретацию и использование правовых знаков. Интерпретация права как важнейшая составляющая ментальной, психической стороны права, «сопровождает» (дополняет и опосредует) юридически значимые действия и представляет собой превращение правовых значений в индивидуальные смыслы в конкретных правовых ситуациях.

Современная философия – по мнению многих ученых – это по преимуществу философия языка¹⁵⁷, шире – знака. Постклассическая семиотическая онтология права «спровоцирована» лингвистическим «поворотом», который произошел в социогуманитарном знании во второй половине XX в. Основные ее идеи сводятся к следующим. Несмотря на многоаспектность права, все модусы его бытия, тем не менее, не существуют вне или без опосредования знаком. В этом проявляется специфика правовой культуры, выступающей содержанием правовой реальности. Право, как и любое социальное явление, существует в социальном смысле только тогда, когда оно приобрело знаковую форму. Это вытекает из единства ментального и физического применительно к поведению человека: «Каким из наших опытных действий приписывать название ментальных, а каким физических, – писал А.Н. Уайтхед, – это дело чистого соглашения. ... Основная часть наших восприятий существует благодаря повышенной остроте. Вот почему фактически нельзя провести точной границы между физической и ментальной конструкциями опыта»¹⁵⁸. Любое социальное действие становится таковым только тогда, когда предполагается известным окружающим, т. е. получившим наименование и означение (по терминологии Ю. Кристевой – надделение его социальным значением с помощью помещения в контекст интертекста)¹⁵⁹. Таким образом, знак – конститутивный (т. е. необходимый) элемент или аспект правовой реальности¹⁶⁰. Поэтому изучение права через анализ знакового его аспекта – актуальная задача современной юридической науки. Такой подход позволяет, как представ-

¹⁵⁷ «Последние тридцать лет особое внимание философов фокусируется на теме “Познание и язык”, которая грозит даже поглотить собой всю эпистемологическую проблематику», – пишет И.Т. Касавин. – Касавин И.Т. Текст. Дискурс. Контекст. Введение и социальную эпистемологию языка. М., 2008. С. 7. И продолжает: «Язык – ключевой объект при анализе человеческого мира во всей его полноте, о каких бы социально-гуманитарных науках ни шла речь. Всякий исследователь социокультурной реальности и сознания вынужден быть отчасти лингвистом». – Там же. С. 93.

¹⁵⁸ Уайтхед А. Н. Символизм. Его смысл и воздействие. Томск, 1999. С. 18–19.

¹⁵⁹ Если какое-либо явление фактически существует, но о нем ничего не известно сегодня живущим людям, то его в социальном смысле нет.

¹⁶⁰ Реальность, по мнению В.П. Руднева, есть знаковая система, т. к. мы не можем воспринимать реальность, не пользуясь системой знаков. – Руднев В.П. Прочь от реальности: исследования по философии текста. М., 2000. С. 180. В другой работе он утверждает: «Мне представляется, что реальность есть не что иное, как знаковая система, состоящая из множества знаковых систем разного порядка, то есть настолько сложная знаковая система, что ее средние пользователи воспринимают ее как незнаковую. Но реальность не может быть незнаковой, так как мы не можем воспринимать реальность, не пользуясь системой знаков. Поэтому нельзя сказать, что система дорожной сигнализации – это знаковая система, а система водоснабжения – незнаковая. И та и другая одновременно могут быть рассмотрены и как системы вещей, и как системы знаков». – Руднев В.П. Реальность как ошибка. М., 2011. С. 12.

ляется, увидеть новые грани бытия права, сформировать новый подход к правопониманию, а также прояснить многие конкретные проблемы юриспруденции¹⁶¹.

Одним из теоретических оснований семиотико-лингвистической методологии является концепция лингвистической относительности Э. Сэпира и Б. Уорфа. Следуя за своими интеллектуальными наставниками – Ф. Боасом и Э. Сэпиром¹⁶², Б. Уорф в конце 50-х гг. разработал достаточно сложную концепцию о том, как под влиянием структуры языка формируются привычные паттерны мышления. Отсюда вытекает идея о несоизмеримости членения опыта в различных языках. Уорф пишет: «Мы расчлняем природу в направлении, подсказанным нашим языком. Мы выделяем в мире явлений те или иные категории и типы совсем не потому, что они (категории и типы) самоочевидны; напротив, мир предстает перед нами как калейдоскопический поток впечатлений, который должен быть организован нашим сознанием, а это значит – в основном языковой системой, хранящейся в нашем сознании... Мы сталкиваемся, таким образом, с новым принципом относительности, который гласит, что сходные физические явления позволяют создавать сходную картину вселенной только при сходстве или, по крайней мере, при соотносительности языковых систем»¹⁶³.

Таким образом, право, как и вся социальность¹⁶⁴, опосредовано знаковыми формами, вне которых социальное (и правовое) бытие в принципе невозможно¹⁶⁵. Благодаря знакам человеческая активность опредмечивается, объективируется и приобретает собственное, отделенное от своего автора, бытие в ментальных формах – образах и представлениях. Социальные и индивидуальные правовые представления, значения и смыслы образуются при «прочтении» знака и стимулируют (а через механизм интериоризации и мотивируют) поведение человека. Значение с точки зрения современной постклассической науки – не просто содержание понятия, выраженного знаком, а смысл – объем этого понятия, как следует из «семиотического тре-

¹⁶¹ Об этом подробно и обстоятельно написано в чрезвычайно содержательной работе М.В. Байтеевой. – *Байтеева М.В. Язык и право. Монография. Казань, 2013.*

¹⁶² В статье «Грамматист и его язык» (1924 г.) Э. Сэпир пишет о том, что языки являются культурными хранилищами обширных и самодостаточных сетей психологических процессов, относящихся к интуитивному уровню. – См.: Сэпир Э. Избранные труды по языкознанию и культурологии. М., 1993. С. 225.

¹⁶³ Уорф Б. Наука и языкознание (О двух ошибочных воззрениях на речь и мышление, характеризующих систему логики, и о том, как слова и обычаи влияют на мышление) // *Зарубежная лингвистика. 1. М., 1999. С. 97–98.*

¹⁶⁴ По мнению Ю. Кристевой, человеческая вселенная – это знаковая вселенная. – Кнабе Г.С. Семиотика культуры: Конспект учебного курса. М., 2005. С. 52. «Если семиотическое описание предстает как универсальный язык переживаемой действительности, т. е. культуры, то сама культура предстает как система знаков и знаковых смыслов, как семиотический текст». – Там же. С. 53.

¹⁶⁵ С. Н. Касаткин, предлагающий переформулировать юридическую догматику на основе анализа словоупотребления, пишет: современная социогуманистическая «не позволяет (без специальных оговорок и допущений) рассматривать социальный мир (право) как систему вещей, имеющих самодостаточную объективную сущность, границы, свойства, а язык – как совокупность закрепленных за ними знаков-указателей с фиксированным значением. Социальность здесь совместно создаваемое и воспроизводимое людьми «поле» смыслов, ценностей, норм, конструируемых и манифестируемых посредством языка, «языковых игр», которые «встроены» в институты и практики сообщества и выступают «ключами» к их «обостренному восприятию». /.../ Язык есть не столько внешняя дескрипция, сколько фундаментальная и неразрывная часть социальных миров/полей. Отсюда, говорить об описании здесь можно только условно: социальность непонятна и невозможна вне своего описания (означивания, номинации), она существует как производство и воспроизводство описаний, их принятие и вменение, конкуренция, борьба за них; давая описания мы в определенном смысле соучаствуем в создании, продлении, изменении социального. /.../ В этом плане само право – постольку, поскольку мы носим его к миру социального – невозможно и непонятно вне языка, вне некоего смыслового поля, герменевтической перспективы, оно само есть определенный смысловой конструкт, лингвистическая единица, правило и практика, определенная языковая игра; история права есть опыт становления и обособления систем словоупотребления, а осмысление права является постижением специфики и механизма действия его языка. Соответственно, та или иная правовая теория – если ее рассматривать в качестве разновидности социальной теории – по отношению к своему объекту выступает конструкцией второго порядка, интерпретацией интерпретации, своеобразным мета-языком. При этом создаваемая теория не существует как привилегированная и внешняя по отношению к лингвистической практике сообщества, но также в той или иной степени «включается» в нее, обновляя и изменяя последнюю, выступая еще одной разновидностью языковой игры, действующей наряду с другими, конкурирующими с ним формами словоупотребления». – Касаткин С.Н. Юриспруденция и словоупотребление. Проект юридической догматики // *Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов / Под общ. ред. С. Н. Касаткина. Самара, 2010. С. 12–13.*

угольника Огдена – Ричардса»¹⁶⁶. После «прагматического поворота», инициированного революционными идеями «позднего» Л. Витгенштейна, значение знака – это его использование в практиках («языковых играх»). Это не отрицает того, что значение включает «обобщенную идеальную модель объекта в сознании субъекта, в которой фиксированы существенные свойства объекта, выделенные в совокупной общественной деятельности»¹⁶⁷, но говорит о том, что значение как модель или образ формируется в процессе социального использования знака¹⁶⁸. Поэтому, например, значение закона не заключено в нем самом, но конструируется социальным субъектом (господствующей социальной группой) в процессе его реализации¹⁶⁹. Если значение – это социальное представление, фиксирующее способы использования знака, то смысл – это индивидуальный образ, возникающий в процессе интериоризации значений¹⁷⁰. После фиксации смысл текста становится значением, установленным в конкретный момент, – пишет М.В. Байтеева. «Поскольку в процессе фиксации значения текста, сфера «ноэмы» отсутствует, следовательно, доступ к смыслу права непосредственно из «текста» невозможен»¹⁷¹.

Другими словами, формальная определенность социальности (и права) существует только вместе с ее интерпретацией людьми и образует текстуальность в постструктуралистском смысле. В то же время следует предостеречь читателя от поспешных выводов в том смысле, что текстуальность есть сущность права. Соглашаясь с тем, что право не существует вне языка, замечу, что и все другие социальные феномены имеют языковую природу. Следовательно, знаковая опосредованность права не может быть его сущностным признаком, позволяющим квалифицировать право, а значит – различать его от морали, религии и т. п. Более того, с перефразированием знаменитого тезиса Ж. Деррида «...внетекстовой реальности вообще не существует»¹⁷² применительно к праву следует согласиться лишь с определенными оговорками¹⁷³. Право – это не только система знаков, но и опосредуемые (означиваемые) знаками действия людей¹⁷⁴. Действие (шире – активность человека) становится юридически значимым только будучи означенным и осмысленным как правовое действие, но без и вне действия сами по себе знаки не могут конституировать сферу права.

¹⁶⁶ См.: Петренко В.Ф. Основы психосемантики: Учеб. пособие. М., 1997. С. 19.

¹⁶⁷ Там же. С. 14.

¹⁶⁸ Не случайно В.Ф. Петренко подчеркивает «двойственный характер» значений: «...они общественны по своей природе, но могут существовать лишь в сознании отдельных индивидов, и для психолога представляет интерес именно «присвоение» субъектом общественно выработанных значений, формы их существования в индивидуальном сознании». – Там же. С. 57.

¹⁶⁹ В этой связи возникает принципиально важная и сложная проблема – соотношение использования юридических терминов юристами и обывателями. Об этом, в частности, пишет М.В. Байтеева. – Байтеева М.В. Указ. Соч. С. 120.

¹⁷⁰ Смыслом предложения (*sensus verbatim*) выступает то, чем выступает «говорение» в сознании; т. е. мысль, выраженная в словах, – пишет В.М. Байтеева со ссылкой на Г. Фигала. – Байтеева М.В. Указ. Соч. – С. 16. В другом месте она пишет: «С точки зрения феноменологии, представления о том, что такое право и как себя правильно вести, должны быть, прежде всего, самостоятельно осмыслены субъектом. В случае коммуникации речь идет, по крайней мере, о двух сторонах отношений, занятых таким осмыслением. Как уже отмечалось, в феноменологии любое «значение» осмысливается в рефлексивной, обратной связи представления в сознании. Опыт разных субъектов выступает предпосылкой общего восприятия, что выражается через интересубъективность». – Там же. С. 36.

¹⁷¹ Там же. С. 113.

¹⁷² Деррида Ж. О грамматологии. М., 2000. С. 313.

¹⁷³ А.С. Александров, например, безапелляционно заявляет: «Нет никаких начал права (ни объективных, ни субъективных), нет никакой реальности «объективного права», кроме текста, смысл которого принадлежит всем». – Александров А. С. Текст закона и право // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе. Сборник научных трудов. Минск, 2012. С. 127.

¹⁷⁴ Прав А.В. Поляков, утверждающий: «Все, что мы можем без противоречий и с очевидностью мыслить о праве, наблюдая и анализируя те явления, которые в разных обществах связывают со словом «право» (и всеми его аналогами), неизменно будет выводить на человека и его поведение. Право непосредственно связано с поведением человека, видоизменяет, ограничивает, определяет его рамки и дает тем самым возможность каждому субъекту права действовать, рассчитывая на достижение определенного результата». – Поляков А.В. Коммуникативный подход к праву как вариант классического правопонимания // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе. Сборник научных трудов. Минск, 2012. С. 21.

Признавая важность семиотико-лингвистических идей¹⁷⁵, в то же время следует заметить, что ситуация в современной гуманитарной мысли такова, что сегодня невозможно заниматься «механическим» приспособлением достижений семиотики – науки о знаках – к юридической материи. Отсутствие парадигмальности в семиотической и лингвистической философии не дает такой возможности. Поэтому тому, кто берет на себя труд по прояснению возможностей применения методологии философии языка (шире – знака) к праву, должен определиться, о какой именно методологии он рассуждает.

Дело в том, что в современной семиотической философии (и философии языка, и в семиотике, и в аналитической философии) идут жаркие дискуссии по онтологическим, гносеологическим и методологическим вопросам о том, какова природа знака, как возможно его познание и применение в жизнедеятельности человека. Это не только споры реалистов и идеалистов или «антиреалистов» (коих иногда именую «символическими реалистами»), но и между сторонниками универсализма, объективизма и релятивистами, между «классиками-модернистами» и «постмодернистами» и т. п. В связи с этим, в рамках семиотической постклассической методологической программы можно выделить несколько относительно самостоятельных направлений, которые могут быть использованы (и используются) в юриспруденции: нарративная семиотика (структурная семантика), методология различий анализа текста, объективная герменевтика, дискурс-анализ, неопрагматическая концепция в рамках аналитической философии.

В юриспруденции постклассическую семиотико-лингвистическую парадигму наиболее интересно и последовательно развивают А.С. Александров, А.К. Соболева, И.А. Исаев, А.В. Поляков, М.В. Байтеева и некоторые другие авторы. Так, один из интереснейших теоретиков уголовного процесса А.С. Александров, утверждает: право – это «не действующий закон с раз и навсегда установленным смыслом, а дискурс, текст, т. е. совокупность самопроизводных, сменяющих друг друга, конкурирующих друг с другом речевых практик, опосредующих, легитимизирующих применение насилия в обществе»¹⁷⁶

¹⁷⁵ В широком смысле лингвистика выступает частью семиотики – науки о знаках. Однако в силу специализации можно говорить о различии собственно семиотического и соответственно лингвистического подходов.

¹⁷⁶ Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. Н.-Новгород, 2003. С. 5.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.