

## ИРРАЦИОНАЛЬНЫЕ И РАЦИОНАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ И ЛЕГИТИМАЦИЯ В НИХ ЗАКОНА\*

В. В. ДЕНИСЕНКО\*\*



Денисенко Владислав Валерьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Воронежского государственного университета

В статье рассмотрены правовые системы в аспекте рациональности и иррациональности норм. Такая классификация берет свое начало из работ Макса Вебера и представляется перспективной для теории права в общем и для сравнительного правоведения в частности. Представлено современное понимание проблем легитимности закона в рациональных и иррациональных правовых системах. Автором раскрывается роль типов правовой культуры для легитимации закона в современном обществе. Особый акцент сделан на сопоставление процесса легитимации закона в западных и восточных правовых культурах. Сформулирована авторская позиция в отношении таких черт современной западной правовой культуры, как индивидуализм и формализм. Исследован феномен индивидуализма в связи с формальным равенством и свободой. Показаны особенности легитимации закона в традиционном обществе и в обществе модерна. Отмечены и раскрыты изменения в процедурах легитимации в правовой системе, связанные с формированием

рациональных основ правовой культуры общества модерна. При этом анализируется роль иррационального в правовой системе, что играет безусловно ключевую роль в научном понимании природы признания правовых норм. Автор обращает внимание на роль социального капитала и доверия в правовых системах современности. Солидарность граждан, доверие к законам той или иной правовой системы влияют на процесс легитимации норм права. В связи с этим раскрываются различные подходы в юридической науке к иррациональным и рациональным системам, что имеет принципиальное значение для понимания различных правовых систем и особенностей признания в них закона. **КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** правовая культура, позитивное право, правовая система, формальное равенство, легитимность закона.

\* Публикация подготовлена в рамках поддержанного РГНФ научного проекта № 14-03-00491.

\*\* Denisenko Vladislav Valerievich — candidate of legal sciences, associate professor of the Department of Theory and History of State and Law, Voronezh State University.

E-mail: vsu\_vlad@mail.ru

© Денисенко В. В., 2014

## DENISENKO V. V. IRRATIONAL AND RATIONAL LEGAL SYSTEMS AND LEGITIMATION OF A STATUTE IN THEM

The article deals with legal systems in terms of rationality and irrationality of rules. This classification goes back to the works of Max Weber and seems to be promising for the theory of law in general, and for the comparative law in particular. The article presents modern understanding of the challenges associated with the legitimacy of a statute in rational and irrational legal systems. The author studies the role which the types of legal culture play in legitimizing the statute in the modern society. Particular emphasis is placed on the comparison of the process of legitimization of the statute in the Eastern and Western legal cultures. The author formulates his own position as regards such features of the modern Western legal culture as individualism and formalism. The author studies the phenomenon of individualism in connection with the formal equality and freedom. He shows the peculiarities of legitimization of the statute in the traditional and modern society. The author reveals changes in the legitimization procedures in the legal system related to the formation of rational foundations of the legal culture of the modern society. At the same time he analyzes the role of the irrational in the legal system which certainly plays a key role in the scientific understanding of the nature of recognition of legal rules. The author draws attention to the role of the social capital and trust in the modern legal systems. Solidarity of citizens and confidence in a particular legal system affect the process of legitimizing the rule of law. In this regard, the author reveals various approaches in legal science to irrational and rational systems which are crucial for the understanding of different legal systems and peculiarities of recognition of the statute in them.

KEYWORDS: legal culture, positive law, legal system, formal equality, legitimacy of the statute.

В отечественном правоведении правовые системы чаще всего классифицируются на правовые семьи, что связано, прежде всего, с различными формами права и юридической техникой. Между тем интересной и крайне значимой, на наш взгляд, является классификация правовых систем по степени рациональности. Указанный подход берет свое начало из трудов Макса Вебера, в чьих работах категория «рациональность» занимала ключевое место. Все правовые системы прошлого и современности он классифицировал по типам правового мышления<sup>1</sup> на формальное иррациональное право, материальное иррациональное право, материальное рациональное право и формальное рациональное право. Иррациональные правовые системы связаны с использованием средств, которые не контролируются разумом; рациональные — те, в которых принятие решений контролируется разумом и связано с общими правилами и принципами. Использование рациональных средств в правовой системе приводит к предсказуемости правовой системы. Наиболее предсказуемым и, следовательно, совершенным, для М. Вебера являлся четвертый тип права — формальное рациональное право, примером которого он считал немецкую правовую систему конца XIX в. По мнению немецкого ученого, никакая

<sup>1</sup> Вебер М. «Объективность» социально-научного и социально-политического познания // Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 389.

другая форма права, кроме формального рационального, не может быть освоением легитимности легального (бюрократического) господства.<sup>2</sup>

Взгляд на правовые системы через рациональность и иррациональность позволяет раскрыть важнейшие аспекты, связанные с действием права, а именно специфику легитимности и легитимации права. Между тем проблемы иррационального в отечественной правовой науке исследованы мало, исключение составляют лишь труды И. А. Исаева.<sup>3</sup> Процесс легитимации правовых норм коренным образом меняется в процессе антропосоциогенеза. Легитимация, т. е. процедуры придания законной силы нормам, радикально отличается в правовых системах традиционного и современного типа, на что подробно указывал еще М. Вебер.<sup>4</sup> В традиционных обществах<sup>5</sup> юридические правила действительно основаны в большей части на внушении. Это связано с тем, что в архаических и традиционных обществах существует закрытое мировоззрение, которое не приемлет никаких альтернатив. Между тем, когда в процессе общественной модернизации, подробно описанной М. Вебером, происходит так называемое «расколдовывание мира», постепенно всё большие и большие сферы жизни общества выходят из сферы священного, и поэтому признание норм, в том числе и правовых, начинает носить принципиально иной характер: «Расколдовывание, ведущее к тому, что сфера сакрального теряет свою силу, происходит путем лингвистификации ритуально обеспечиваемого базового согласия; одновременно с этим высвобождается потенциал рациональности коммуникативного действия. Аура восторга и ужаса, которая исходит от священного, очаровывающая сила священного сублимируется в связывающую/обязывающую силу притязаний на значимость и в то же время превращается в повседневное явление».<sup>6</sup> И если в традиционном обществе легитимность носит характер внушения, связанного с религией и (или) традицией, то с процессом общественной модернизации легитимность — это уже результат общественного консенсуса. Это уже легитимность на основе не просто религиозной или традиционной формы внушения, — формируются идеи народного суверенитета. Наиболее четко вопрос об ином подходе к государству и законам идет в политической и правовой мысли из трудов Дж. Локка, который оправдывал «Славную революцию» в Англии, указывая, что лишь «согласие народа — ...одно есть основа всякого законного правления».<sup>7</sup> Таким образом, впервые Локк говорит о том, что согласие народа, т. е. признание народом власти в качестве законной, является основанием для правления и издания этой властью законов. Несколькими веками позже М. Вебер исследовал данный феномен согласия, или признания власти народом, и назвал его легитимностью.<sup>8</sup> Современная идея народа как источника власти, т. е. народного суверени-

<sup>2</sup> Вебер М. Хозяйственная этика мировых религий // Вебер М. Избранное: образ общества. М., 1994. С. 66.

<sup>3</sup> Исаев И. А. 1) Власть и закон в контексте иррационального. М., 2006. С. 412; 2) Грех и закон: тайные связи // История государства и права. 2013. № 12. С. 2–7; 3) Иррациональное в рациональном: приход «современного» права // Там же. № 16. С. 2–9.

<sup>4</sup> Вебер М. Хозяйство и общество. Ч. 1 «Экономика. Общественное устройство и власть». М., 1990. С. 120–150.

<sup>5</sup> Подробнее о традиционном обществе и государства см.: Разуваев Н. В. Традиционное государство: правовая природа, сущность и типология. СПб., 2008.

<sup>6</sup> Вебер М. Хозяйство и общество. Ч. 1. С. 145.

<sup>7</sup> Локк Дж. Два трактата о правлении // Локк Дж. Соч. В 3 т. / Т. 3. М., 1998. С. 137.

<sup>8</sup> Вебер М. Хозяйство и общество. Ч. 1. С. 124.

тета, идущего от Ж. Ж. Руссо и затем И. Канта, — это уже не просто принятие населением законов через внушение, а возможность их менять и формировать в целом. Легитимность в период общества модерна напрямую связана со свободой и равенством, поскольку за гражданами признаются права как за равными субъектами,<sup>9</sup> поэтому легитимность в данный период не может сводиться к суггестивному воздействию или основываться на нем, ибо помимо идеологии легитимность основана уже на демократических процедурах, связанных с рациональным выбором (что было впервые исследовано М. Вебером как феномен распространения формального рационального права<sup>10</sup>). Начиная с эпохи модерна и до настоящего времени (во всяком случае — в европейской цивилизации) право начинает рассматриваться уже не как сфера, которая не подлежит критике и которая связана со священным, а как сфера жизни, которая может меняться волею людей.<sup>11</sup> Характерно высказывание И. А. Исаева: «Только юридическое мышление, сознающее всю относительность своей истинности и ограниченные пределы своей компетентности, в состоянии перевести категории зла и греха в область рациональной юриспруденции, оставив для истории прекрасную эпоху божественного и героического права».<sup>12</sup>

Между тем, по мнению многих отечественных ученых-правоведов и политологов, подобная характеристика легитимности современного права ограничена лишь правовой культурой западной цивилизации, в рамках которой и можно говорить о рациональности как свойстве права. В основе такого мнения чаще всего лежит работа Самюэля Хантингтона «Столкновение цивилизаций»,<sup>13</sup> в которой он пишет: «На глубинном уровне западные представления и идеи фундаментально отличаются от тех, которые присущи другим цивилизациям. В исламской, конфуцианской, японской, индуистской, буддистской и православной культурах почти не находят отклика такие западные идеи, как индивидуализм, либерализм, конституционализм, права человека, равенство, свобода, верховенство закона, демократия, свободный рынок, отделение церкви от государства».<sup>14</sup> Подчеркнем, что С. Хантингтон, приводя примеры незападных культур, на самом деле пишет о ценностях религий, причем религий, сформировавшихся в традиционном обществе. Поэтому неудивительно, что в них мы не находим ничего похожего на то, что М. Вебер назвал «протестантской этикой», с которой, по его мнению, был связан дух западного капитализма. Безусловно, западная культура до периода Реформации тоже не полностью соответствовала «равенству» и особенно «отделению церкви от государства». Противопоставлять, таким образом, религии, идущие из традиционного общества, как незападную культуру — западной христианской культуре в настоящее время представляется сомнительным. Скорее, можно говорить об отличии традиционной и современной культуры. Безусловно, культурное разнообразие начинает играть всё большую роль в условиях глобализации, и в этом плане сложно спорить с С. Хантингтоном, которой пишет, что в со-

<sup>9</sup> По сути, мы можем говорить об эквивалентном «правовом общении» с периода формирования общества модерна, когда возникает формальное равенство.

<sup>10</sup> Вебер М. Хозяйство и общество. Ч. 1.

<sup>11</sup> Процесс модернизации рассматривается на основе трудов интерпретативной социологии Дж. Мида, психологии Ж. Пиаже.

<sup>12</sup> Исаев И. А. Власть и закон в контексте иррационального. С. 412.

<sup>13</sup> Хантингтон С. Столкновение цивилизаций // Политические исследования. 1994. № 1. С. 33–48.

<sup>14</sup> Там же. С. 43.

временном мире не идеология является основой идентификации, а культура.<sup>15</sup> Но вот его вывод о неизбежном «столкновении цивилизаций» представляется не вполне обоснованной гипотезой: говорить о «столкновении цивилизаций» можно лишь, предположив, что культуры представляют собой нечто неизменное и статичное, но это не так. Политические и правовые системы многих экономически развитых стран Востока, прежде всего Южной Кореи и Японии, наглядно подтверждают переход ко многим принципам, не присущим традиционному государству и праву. В реальности более справедливы слова Ф. Фукуямы, который, не соглашаясь с С. Хантингтоном о конфликте культур, пишет: «...менее убедительным выглядит его утверждение, что культурные различия обязательно должны привести к конфликту. Наоборот, культурное соперничество вполне способно приводить не к конфликту, а к творческому перерождению, и примеров такой кросс-культурной стимуляции не так уж мало».<sup>16</sup> Реалии последних лет — увеличение закрепленных в законах свобод, что стало предметом изучения, прежде всего, в отечественной теории права представителями юридического либертариизма. Причем, на наш взгляд, этот процесс нельзя рассматривать как навязывание одних цивилизационных ценностей другим культурам, правильнее охарактеризовать его как связанный в настоящее время с глобализацией процесс перехода от общины к обществу. В течение всей европейской истории, и особенно в последние годы, во всем мире происходят активные изменения в образе жизни, культуре, процедурах легитимации власти и законов. Теории, которые провозглашают полную зависимость индивида от культуры и общественных институтов, например коммунитаризм и ряд других, не могут объяснить факты постоянного изменения культур и обществ. Культура в современном обществе весьма изменчива, и следует согласиться, например, с Н. В. Варламовой, которая пишет: «...ни в содержательном, ни во временном плане разрыв между западной и иными правовыми культурами не является абсолютно непреодолимым».<sup>17</sup>

Чтобы развить мысль об отсутствии неизменных границ между цивилизационными ценностями, обуславливающими различия в процессе легитимации, необходимо проанализировать те характерные черты, по которым обычно проводят водораздел между западной и иными правовыми культурами. В отечественном правоведении «принято считать, что западную правовую культуру отличают индивидуализм, рационализм и формализм».<sup>18</sup> Прежде всего, следует обратить внимание на индивидуализм, ведь именно эта черта противопоставляется, как правило, иным культурам и считается определяющей для западной правовой культуры. «Индивидуализм, — пишет Н. В. Варламова, — предполагает признание человека первичной и приоритетной ценностью. Человек рассматривается как существо, наделенное разумом, свободой выбора и способностью принимать решения. Поэтому он живет для самого себя, а не для того, что бы служить какому-нибудь высокопоставленному человеческому существу

<sup>15</sup> Там же. С. 33–48.

<sup>16</sup> Фукуяма Ф. Доверие. М., 2006. С. 17–18.

<sup>17</sup> Варламова Н. В. Западная правовая культура в современном культурном пространстве // Правовые культуры. Жидковские чтения. Мат-лы Всерос. науч. конф. М., 25 марта 2011 г. / под ред. Г. И. Муромцева, М. В. Немытиной. М.: РУДН, 2012. С. 69.

<sup>18</sup> Там же. С. 62.

или сверхъестественной силе».<sup>19</sup> И. Ю. Козлихин считает, что для Запада характерен либерально-индивидуалистический тип мировосприятия — то есть правовой, а Востоку присущ коллективистско-этактический, неправовой по сути тип.<sup>20</sup> Но действительно ли это черты именно западной и восточной цивилизаций?<sup>21</sup> Как было уже сказано мною выше, скорее, это характеристика мировоззрений современного и традиционного обществ, с различными типами легитимации, рациональными и иррациональными. Безусловно, с переходом «от общины к обществу» начинается формироваться теория признания человека в качестве базовой ценности, а не в качестве средства служения «сверхъестественной силе или высокопоставленному человеческому существу». Но утверждение индивидуализма как базовой ценности правовой культуры не дает основания рассматривать западное общество как совокупность эгоистичных субъектов (подобно модели «спичечной фабрики» Адама Смита, где у каждого свой индивидуальный интерес), не связанных никакими общественными связями и моральными нормами. Развитие современной цивилизации, воспринявшей идеи рационализма, свободы (права человека) и формального равенства, рассматривается рядом отечественных философов, в том числе и философов права, как некий путь, неизбежно ведущий к распаду социальных связей, эгоизму и обществу, где невозможен консенсус и взаимопонимание. Такое понимание западной правовой культуры часто используется многими мыслителями для обоснования идей традиционализма, религиозных, иррациональных оснований в легитимности права. Например, А. В. Поляков, раскрывая вопросы правового государства, приводит обширную религиозную критику западных идей свободы и прав человека: «Иную, не индивидуалистическую, а религиозно-персоналистическую трактовку прав человека и соборное обоснование можно найти в русской философии права. Например, Н. А. Бердяев в связи с этим писал: “В людях, слишком поверивших в либеральную идею и исповедующих доктрину либерализма в либеральных движениях и партиях, слишком мало онтологического. Это в большинстве случаев поверхностные люди и поверхностное движение... Духовным источником свободы и прав человека являются свобода и право религиозной совести”». <sup>22</sup> Безусловно, по словам А. В. Полякова, такая трактовка расходится с «естественным правом», ибо Н. А. Бердяев считал: «Неотъемлемые и священные права человека не могут быть названы “естественными” его правами, правами естественного состояния... “Исторический” человек все же лучше “естественного” человека, и расколдовывание человека “естественного” порождает лишь зло. “Историческое” состояние выше “естественного” состояния, “историческое” право выше “есте-

<sup>19</sup> Синха Сурия Пракаш. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М., 1996. С. 132 (цит. по: Варламова Н. В. Западная правовая культура в современном культурном пространстве // Правовые культуры. Жидковские чтения. Мат-лы Всерос. науч. конф. М., 25 марта 2011 г. / под ред. Г. И. Муромцева, М. В. Немытиной. М., 2012. С. 62–63).

<sup>20</sup> Козлихин И. Ю. Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 11.

<sup>21</sup> Стоит ли признать наличие нерушимой культурной стены и сказать вслед за Р. Кипплингом: «Запад есть Запад, Восток есть Восток!»? На мой взгляд, нет, достаточно вспомнить произведения, написанные 100 лет назад классиком японской литературы Акутагавой Рюноске (например, рассказ «Носовой платок»), чтобы убедиться в динамизме культурной среды общества, вошедшего в эпоху индустриализации и иллюзорности традиций.

<sup>22</sup> Поляков А. В. Общая теория права. СПб., 2001. С. 406–407.



ственного” права».<sup>23</sup> Религиозные мыслители, отстаивая иррациональные начала в жизни общества, противопоставляют их рациональным идеям и принципам, так как убеждены в разрушительности идей свободы и прав человека, поскольку эти идеи ассоциируются ими с неизбежным эгоизмом и усилением разобщенности. В качестве альтернативы предлагаются идеи «служения» и «общественной обязанности», которые, будучи основанными на исторических духовных традициях, смогут обеспечить единство общества и, в частности, быть основой легитимации правовых норм. Наиболее характерной иллюстрацией таких взглядов являются слова С. Л. Франка: «Индивидуалистическая, или “атомистическая” теория общества, считая теоретически общество (мыслимое именно по типу “гражданского общества”) простым внешним комплексом онтологически обособленных друг от друга индивидов, практически и оценочно рассматривает такое сотрудничество и взаимную связь как средство к удовлетворению интересов и потребностей отдельных индивидов... В действительности... индивиды суть не атомы, случайно сталкивающиеся между собой и имеющие свое подлинное бытие только в замкнутой сфере самих себя, а подлинные члены органического целого, как бы искони по своей онтологической природе предназначенные к единству в форме свободного взаимодействия и взаимосближения... Свобода личности есть... не ее природное и первичное начало, а ее общественная обязанность... она имеет не самодовлеющую, а функциональную ценность; как и всякое субъективное право вообще, она есть рефлекс обязанности, форма бытия, обусловленная и оправданная началом служения».<sup>24</sup> О «служении» и особом пути государственности говорил и И. А. Ильин: «Россия не спасется никакими новыми видами западничества... Государство не есть механизм состояющихся корыстей, но организм братского служения, единения веры, чести, жертвенности; такова историко-политическая основа России. Россия стала отходить от нее и сокрушилась. Россия вернется к ней опять».<sup>25</sup>

Итак, мы видим призывы вернуться к иррациональным, суггестивным формам легитимации закона, выполнять *любые* приказы власти, подчиняться, «служить какому-нибудь высокопоставленному человеческому существу или сверхъестественной силе»,<sup>26</sup> признать приоритет обязанностей над правами и равенством людей ради одной великой цели — сохранения единства общества и государства, ибо права человека, связанные с индивидуализмом, по мнению сторонников иррационального в праве (традиционализма, сакральной сущности права и т. п.), неизбежно приведут к невозможности единства социума и упадку. Причем идея первичности прав человека признается не соответствующей истории, ибо «либерализм как целое настроение в миросозерцании *антиисторичен* (курсив мой. —

<sup>23</sup> Бердяев Н. А. *Философия неравенства* // Русское зарубежье: Из истории социальной и правовой мысли. Л., 1991. С. 131–132 (цит. по: Поляков А. В. *Общая теория права*. С. 407).

<sup>24</sup> Франк С. Л. *Духовные основы общества. Введение в социальную философию* // Русское зарубежье: Из истории социальной и правовой мысли. Л., 1990. С. 426–427.

<sup>25</sup> Ильин И. А. *Основы государственного устройства* // Политическая история русской эмиграции. 1920–1840 гг. Документы и материалы. М., 1999. С. 83, 86 (цит. по: Поляков А. В. *Общая теория права*. С. 422).

<sup>26</sup> Синха Сурия Пракаш. *Юриспруденция. Философия права: Краткий курс*. С. 132 (цит. по: Варламова Н. В. *Западная правовая культура в современном культурном пространстве*. С. 62–63).

В. Д.)»,<sup>27</sup> и «историческое право» (видимо, право сословное, крепостное, отрицающее равенство людей, что подкрепляется иррациональностью, например, средневековых европейских религиозных учений) провозглашается тем путем, на который следует вернуться власти и правовой системе. Чтобы понять, на самом ли деле такой путь легитимации правовой системы является неизбежным в наши дни, нужно ответить на главные вопросы: действительно ли идеи равенства и свободы, идущие на смену традициям, при переходе от традиционного общества к современному, т. е. от «общины к обществу», неизбежно связаны с распадом социальных связей и все нарастающим «атомизмом» общества, и откуда вообще взялась эта идея? Ответ на последний вопрос, а именно о первоисточнике идеи об эгоизме и о разрушительном индивидуализме, найти очень просто, достаточно вспомнить слова К. Маркса о гражданском обществе и правах человека: «...подобно тому, как античное государство имело своей естественной основой рабство, точно так же современное государство имеет своей естественной основой гражданское общество, равно как и человека гражданского общества, т. е. независимого человека, связанного с другим человеком только узами частного интереса и бессознательной естественной необходимости, раба своего промысла и своей собственной, а равно и чужой своекорыстной потребности».<sup>28</sup> О правах человека К. Маркс пишет: «Суть не что иное как признание эгоистического гражданского индивидуума и необузданного движения духовных и материальных элементов, образующих содержание современной духовной жизни».<sup>29</sup> Такое понимание общества индустриального, или общества модерна, К. Марксом и Ф. Энгельсом также возникло не на пустом месте, а базируется на экономических идеях А. Смита. Учитывая, что в нашей стране в период существования СССР понимание общества в отечественной литературе трактовалось исключительно с позиций политической экономии марксизма, такое мрачное видение общества модерна весьма прочно обосновалось в сознании российских правоведов и философов права. Но если в середине XX в. в отечественной гуманитарной науке другие версии общества, такие как идеи М. Вебера, Э. Дюркгейма и многих иных классиков социологии и социальной философии, не могли быть поддержаны по идеологическим причинам, то сейчас времена изменились. Поэтому следует со всей уверенностью констатировать ошибочность и несоответствие реальности гипотезы Адама Смита и его последователей об эгоистичной и разрушительной для общества природе современного общества, основанного на рациональных идеях. Для аргументации следует начать с выводов М. Вебера, в работах которого значительное место уделялось рациональности и легитимности, о «протестантской этике» как решающем факторе развития капитализма. По М. Веберу, успешное развитие экономических отношений непосредственно связано со способностью объединения граждан в обществе: так, он писал о США, где в период его жизни было развито индустриальное общество: «В прошлом, да и сейчас признаком именно американской демократии было то, что она являла собой не случайное скопление, а жизнедеятельный комплекс добровольных — пусть и ревностно оберегающих свою автономию — объединений».<sup>30</sup> Алексис де Токвиль в классическом

<sup>27</sup> Бердяев Н. А. Философия неравенства // Русское зарубежье: Из истории социальной и правовой мысли. С. 131.

<sup>28</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 2. М., 1955. С. 125.

<sup>29</sup> Там же. С. 126.

<sup>30</sup> Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма. М., 1990. С. 132.



политическом труде «Демократия в Америке» неоднократно замечал, что одной главных из черт американцев являлась их склонность к созданию добровольных ассоциаций, что было важнейшим фактором демократии в США.<sup>31</sup> Как нетрудно понять, такая картина явно расходится с идеями «разобщенного общества», к которому неизбежно приводит капитализм, по мнению указанных выше сторонников иррационализма. Если бы идеи об «эгоистической природе» современного общества или общества модерна, которое с момента эпохи Просвещения перешло на рациональные универсальные идеи, в том числе и в правовой системе, были бы верны, то к настоящему времени страны с наиболее развитой экономикой и правовой системой должны были бы совершенно потерять способность к объединению в обществе, но этого не случилось. Современный социальный философ Ф. Фукуяма пишет: «США выделяются наличием в стране разветвленной сети добровольных организаций: церквей, профессиональных ассоциаций, благотворительных учреждений, школ, больниц и университетов, не говоря уже об экономике с ее сильным частным сектором... американцы до удивления легко идут на сотрудничество в рамках компаний, добровольных ассоциаций, церквей, университетов, СМИ и т. д.».<sup>32</sup> Причем способность развитого капиталистического общества к объединению в добровольные ассоциации не ограничивается лишь Северной Америкой; современные социологи (А. Селигмен,<sup>33</sup> П. Штомпка<sup>34</sup>), исследуя процессы объединения и называя это явление «доверием» и «социальным капиталом», указывают на высокий уровень взаимодействия граждан именно в странах с развитыми экономическими отношениями.

Обобщая вышесказанное об индивидуализме как черте западной правовой культуры, можно сделать ряд выводов. Во-первых, понимание индивидуализма как «признание человека высшей ценностью, первичной и приоритетной ценностью»<sup>35</sup> является исторически неизбежным результатом перехода от общества традиционного к обществу модерна. Идеи «служения», «обязанности» и «жертвенности», так часто встречающиеся в работах отечественных религиозных мыслителей, призывающих к иррациональным основам легитимации власти и закона, не являются уникальными качествами какой-либо, например, православной или восточной, культуры. Эти черты характерны для традиционного общества в целом, в частности, самураи Японии и традиционная мораль бусидо, идеи служения рыцарей-тамплиеров и рыцарства вообще в культуре европейского Средневековья, и т. д. Но с развитием современного общества, с переходом «от общины к обществу» неизбежен отход от таких идей, ибо их обоснованием может служить лишь одно — признание неравенства, отсутствие свободы и ценности жизни индивида оправдываются священной аурой власти и законов. В процессе общественной модернизации происходит, как писал М. Вебер, «расколдовывание мира», и больше нет оснований, оправдывающих неравенство или «жертвенное служение» какому либо высокопоставленному лицу или сверхъестественной силе. Во-вторых, сторонники иррационализма как оснований легитимности власти и закона в настоящее время апеллируют к необходимости традиционных

<sup>31</sup> Токвиль А. Демократия в Америке. М., 1999.

<sup>32</sup> Фукуяма Ф. Доверие. С. 92–93.

<sup>33</sup> Селигмен А. Проблема доверия. М., 2002.

<sup>34</sup> Штомпка П. Доверие. Основа общества. М., 2012.

<sup>35</sup> Варламова Н. В. Западная правовая культура в современном культурном пространстве. С. 62.

иррациональных способов легитимности как единственного способа сохранения единства общества, ибо признание равенства, свободы и прав личности, по их мнению, неизбежно связано со злом эгоизма, разрывом всех отношений, объединяющих общество, что ведет в конечном счете к кризису власти и законов. Как было сказано выше, такое видение современного общества абсолютно не соответствует действительности и исходит из идей Адама Смита об экономической природе человека, что расходится с реальностью современного мира. Исследования М. Вебера, А. де Токвиля и современных социологов и социальных философов, таких, например, как Ф. Фукуяма, убедительно говорят о другой картине общества, чем идеи А. Смита и его последователей, прежде всего К. Маркса, а именно о том, что переход к рациональным основам в современном обществе (обществе модерна) и, в частности, отход, начиная с периода Просвещения, в правовой системе западной цивилизации от традиционных иррациональных основ к формальному рациональному праву не связаны с распадом общественных звеньев. Более того, развитие экономических отношений проистекает, что подтверждается феноменом «протестантской этики» и современным «социальным капиталом», из солидарности в обществе, и формальные юридические институты эффективно функционируют в самых индустриально развитых странах лишь при необходимом условии взаимодействия с обществом, что напрочь опровергает теорию все более нарастающей разобщенности и эгоизма в условиях рациональной правовой культуры. Таким образом, можно сказать, что правовая культура, связанная с ценностью личности, равенства и свободы, не несет в себе элементов разрушения единства общества и возникновение указанных идей имеет историческую обусловленность. Действительно, в периоды больших общественных изменений отношения в обществе видоизменяются, но не исчезают, ибо долго жить в состоянии отсутствия всяких правил, в состоянии «аномии» (термин Эмиля Дюркгейма) общество не в состоянии.

Теперь немного замечаний о таком качестве современных правовых систем, как *формализм*, что в отечественном правоведении ассоциируется именно с западной правовой культурой. Действительно, «рациональное мироустройство требует его формализации, сведения всего многообразия социальных связей к типизированному и обезличенному взаимодействию носителей социальных ролей».<sup>36</sup> Между тем во второй половине XX в. в современных обществах индустриально развитых стран и в их правовых системах стали возникать негативные явления, или «социальные патологии современности» (термин немецкого философа Ю. Хабермаса), выражающиеся, в частности, и в отчуждении личности от правовых институтов. Благодаря ряду общественных процессов, прежде всего формированию социального государства, современное право стало радикально отличаться от норм традиционного общества — значительным количеством правил и их специализацией. Еще М. Вебер указывал на феномен «утраты свободы», который является следствием установления рационального правового порядка. Усложнение и формализация правовых норм неизбежно ограничивают свободу граждан, так как за них принимают решения профессионалы.<sup>37</sup> В настоящее время указанная проблема значительно обострилась, ибо специализация и формализм правовой системы современного общества в XX в. стали настолько значительны, что позволяет говорить, напри-

<sup>36</sup> Там же. С. 63.

<sup>37</sup> Weber M. *Economy and Society*. Vol. 2. New York, 1978. P. 895.

мер, Никласу Луману об «аутопоэсисе» правовой системы в современном обществе, т. е. о самовоспроизводстве. Такая ситуация, связанная с усилением формализма права, порождает кризис легитимности, поскольку граждане не понимают, как принимается решение, оно не признается ими в качестве справедливого, отсюда отчуждение от правовых институтов. Современный европейский социолог Н. Кристи раскрывает эту проблему и говорит о «конфликтах как о собственности», указывая на необходимость участия в принятии решений самих сторонников конфликтов.<sup>38</sup> Широкое распространение юридических процедур, связанных с вовлечением непрофессионалов в принятие юридических решений, характерно в последние два десятилетия для Западной Европы. Это, прежде всего, различные процедуры посредничества, «медиация» в сфере частного права, а применительно к публичному праву — это «восстановительное правосудие», когда, за исключением тяжких преступлений, жертва преступления является участником уголовного судопроизводства.<sup>39</sup> Все эти процедуры направлены на то, чтобы личность чувствовала свое равенство с другими, а это и является основанием для признания, легитимности права личностью, ведь, как справедливо указывает Ф. Фукуяма, «потребностью каждого человеческого существа является признание его достоинства».<sup>40</sup> Важно отметить, что идеи формального равенства и приоритета прав личности означают участие граждан в правотворчестве, легитимируют современное рациональное право, так как в условиях светского современного сознания исключение граждан из правотворческих процессов приводит лишь к отчуждению. К сожалению, даже ряд ученых, которые пишут о необходимости формального равенства и свободы в отечественной правовой науке, являются сторонниками закрытости правовой системы. Так, по мнению В. А. Четвернина, правовые нормы создает «вовсе не парламент, где группа интересов, имеющая по некоторому вопросу большинство, решает его по своему произволу» и даже не суд,<sup>41</sup> а некие профессионалы-юристы, действующие в рамках «культуры правового типа», которые рассматривают вопросы «с точки зрения права, а не с позиции интересов людей».<sup>42</sup> Можно

<sup>38</sup> Кристи Н. Конфликты как собственность // Правосудие по делам несовершеннолетних. Перспективы развития. Вып. 1. М., 1999. С. 31–32.

<sup>39</sup> Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание / пер. с англ. М., 1998.

<sup>40</sup> Фукуяма Ф. Доверие. С. 19–20.

<sup>41</sup> В. В. Лапаева отмечает: «В этом контексте интересна дискуссия между Н. В. Варламовой, возражающей против тезиса о том, что “суды творят право, потому что там сидят юристы”, и В. А. Четверниным, утверждавшим, что “именно суд, перед которым все формально равны, суд, где юристы могут доказывать свою правоту или справедливость в процедуре свободной конкуренции, именно суд, связанный позицией юристов, официально формулирует право”» (Лапаева В. В. Обсуждение доклада Н. А. Верещагина // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 2. 2009. С. 28). «Суд, равно как и законодатель, — верно замечает в связи с этим Н. В. Варламова, — творит право, потому что исходит из принципа формального равенства. По либертарной теории любой источник права, если только он источник *права*, соединяет в себе такие вещи: форму внешней объективации правовых норм и определенный способ объективации. И только в этом единстве, в единстве этих двух вещей появляется то, что называется надлежащим с правовой точки зрения источником права. Принцип формального равенства универсален в том, что определяет и требования к содержанию правовой нормы, и требования к позитивации, т. е. к установлению правовой нормы» (Там же. С. 28–29); цит. по: Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 225).

<sup>42</sup> Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 2. С. 32.

согласиться с В. В. Лапаевой в том, что в теории В. А. Четвернина «право не является итогом либерально-демократической процедуры правообразования, основанной на принципе формального равенства, а представляет собой некие совершенные нормы, выработанные юристами-профессионалами, которые выступают здесь в качестве тех самых «учителей жизни», чье решение заведомо носит правовой характер».<sup>43</sup>

Таким образом, если в иррациональных системах право легитимируется через ритуал, обряд, а также персонифицированные образы и символы, прежде всего Бога и Монарха, то в рациональных системах право выполняет свою «генеральную» функцию — обеспечение целостности, нормального функционирования общества<sup>44</sup> через демократические процедуры, т. е. наблюдается иная процедура легитимации закона. В работах зарубежных правоведов легитимность и легитимация занимают важное место в структуре юридической науки. Так, Марк Ван Хук и М. Вэррингтон, которые предлагают заменить понятие «семья правовых систем» категорией «семья правовых культур», отводят ключевую роль теории легитимации права в рамках понимания права, связанного с культурой. Как пишут указанные авторы, следует включить в «каркас» научной теории теории легитимации права, определяющую, в силу чего право является обязательным, как решаются его конфликты с другими социальными нормами, например религиозными, приобретают ли правовые нормы обязательную силу вследствие сугубо формальной легитимации или также идеологической с позиций моральных или религиозных ценностей, какой вид легитимации — социологическая, историческая или аксиологическая — придает обязательную силу правовой системе в целом, как сочетаются различные виды легитимации.<sup>45</sup> Между тем господствовавший долгое время в отечественной теории права узконормативный подход — «советский легизм», как его называл В. С. Нерсесянц,<sup>46</sup> — не мог охватить своей методологией проблемы легитимации права. Ибо следует согласиться с мнением Ван Хука, согласно которому «попытка Кельзена очистить правовую систему от идеологии напоминает очищение человека от грязи при помощи пескоструйного аппарата. К концу такой чистки от человека не останется ничего, кроме, может быть, скелета. Он будет чистым, но больше не будет «личностью»».<sup>47</sup>

В отечественной правовой мысли первой теорией правопонимания, которая учитывала бы современные вопросы признания и равенства в процессе легитимации и отходила бы от юридического позитивизма, являлась теория В. С. Нерсесянца. В. В. Лапаева указывает: «С точки зрения В. С. Нерсесянца, свобода, как я уже отмечала, возможна лишь там, где люди не только адресаты действующего права, но одновременно и соучастники в его создании, его творцы и защитники».<sup>48</sup> Ведь именно либерально-демократическая процедура правообразования, обеспечива-

<sup>43</sup> Там же. С. 224.

<sup>44</sup> О «генеральной» функции права см. подр.: *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 15.

<sup>45</sup> *Van Hoecke M., Warrington M.* Legal Cultur, legal paradigms and legal doctrine: Towards a New Model for Comparative / Law // *International and Comparative Law quarterly*. 1988. Vol. 1. P. 514–515.

<sup>46</sup> *Нерсесянц В. С.* Философия права. Учебник для вузов. М., 2006.

<sup>47</sup> *Ван Хук М.* Право как коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонова и А. В. Полякова. СПб., 2012. С. 77.

<sup>48</sup> *Нерсесянц В. С.* Философия права Гегеля. М., 1998. С. 164.

ющая для будущих адресатов нормы возможность участия в ее создании наравне с другими, и является гарантией того, что принцип формального равенства будет заложен в само содержание правового решения». <sup>49</sup> Такой подход к праву соответствует современному мировоззрению, сформировавшемуся в обществе модерна и основанному на признании главной ценностью человека, который формирует право, а не просто подчиняется какой-то высшей силе: «Правовой характер этого решения, т. е. правовой характер закона (в широком смысле слова, включающем в себя и судебный прецедент), обусловлен равенством субъектов правового регулирования, которое не привносится откуда-то извне, а вырабатывается путем такого согласования их интересов в процессе деятельности демократически избранного представительного органа и (или) в рамках надлежащей судебной процедуры, когда реализация одних интересов возможна в той мере, в какой она не препятствует реализации интересов других субъектов. Именно в этом взаимосогласованном балансе интересов (общей воле) <sup>50</sup> состоит сущность права как формального равенства, а вовсе не в “чистом” равенстве перед нормой, правовая природа которой не является результатом подобного согласования. Для уяснения отличий концепции В. С. Нерсисянца от юснатурализма важно иметь в виду, что в рамках его подхода право как мера свободы не задается некой высшей по отношению к человеку инстанцией (Богом, государством, социумом, социальной группой, мировым правительством либо какими-то иными “учителями жизни”, излагающими истины в последней инстанции), а формируется с участием самого человека как субъекта права в процессе согласования его свободной воли со свободной волей других субъектов правового взаимодействия». <sup>51</sup> Между тем правопонимание В. С. Нерсисянца основано на философии классического рационализма, <sup>52</sup> а эта методологическая основа вызывает заслуженную критику, начиная со второй половины XX в. и по настоящее время. Ведь, рассуждая о рационализме и легитимности современного права и отличии легитимации его норм от права традиционного общества, автор настоящей работы не разделяет заблуждения классического рационализма начала XIX в. — эволюционализма, евроцентризма и холического понимания истории. <sup>53</sup> Эти недостатки классической рациональности описали К. Поппер <sup>54</sup> и ряд иных мыслителей XX в., например К. Манхейм. В связи с этим хочется акцентировать внимание читателя на том, что в основе анализа идей равенства и свободы как свойств, присущих рациональным правовым системам, лежит теория коммуникативной рациональности, которая преодолевает недостатки проекта Просвещения и не тождественна взглядам просветителей на рационализм. Поэтому, на наш взгляд, полностью рас-

<sup>49</sup> Лалаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. С. 224–223.

<sup>50</sup> В плоскости юридико-социологического подхода речь идет о согласовании интересов, а с позиций философско-правового подхода — о согласовании воли, ориентированном на поиск общей воли.

<sup>51</sup> Лалаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. С. 224–225.

<sup>52</sup> Философия права В. С. Нерсисянца, как отмечает В. Г. Графский, имеет «легко различимые греко-римские и кантианско-гегелевские истоки» (Графский В. Г. Философия права в России: история и современность // Третьи философско-правовые чтения памяти акад. В. С. Нерсисянца. М., 2008. С. 28).

<sup>53</sup> Наиболее убедительно позицию классического рационализма на право опровергают представители юридической антропологии и прежде всего Н. Рулан, который пишет о высокой спецификации права африканского континента (Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов. М., 1999. С. 51–53).

<sup>54</sup> Поппер К. Ницета историцизма // Вопросы философии. 1992. № 8–10.

крыть процессы легитимации в правовой системе, а также иррациональные и рациональные аспекты правовых систем под силу именно постклассическому правоведению и его пониманию права.<sup>55</sup> Подобное понимание права — далеко не однородное течение как в России,<sup>56</sup> так и в зарубежной науке, между тем однако именно на этом направлении видится возможным наиболее полный анализ проблем правовых систем и их рациональности.

---

<sup>55</sup> О постклассической теории права см.: *Поляков А. В.* 1) Постклассическое правоведение и идея коммуникации // *Правоведение*. 2006. № 2. С. 26–43; 2) Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // *Российский ежегодник права*. 2008. № 1. СПб., С. 9–42; *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2012.

<sup>56</sup> Например, хотя в отечественном правоведении к постклассическим теориям права свои работы относят А. В. Поляков и И. Л. Честнов, эти ученые расходятся в понимании сущности права. Так, И. Л. Честнов пишет: «...сущностью права я, вслед за Спиритидоном, считаю его социальное назначение (“генеральную” функцию) — обеспечение целостности, нормального функционирования общества... именно в нем я расхожусь с коммуникативным критерием взаимного признания как сущности права у А. В. Полякова (*Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2002. С. 15).