

ПРАВОВАЯ КОММУНИКАЦИЯ В КОНТЕКСТЕ ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ ЭПИСТЕМОЛОГИИ

И. Л. ЧЕСТНОВ*

Автор статьи рассматривает перспективы коммуникативной теории права в контексте современного постиндустриального общества. Автор утверждает, что именно коммуникативная теория права обладает наибольшим эвристическим потенциалом, так как учитывает те изменения, которые происходят в современном обществе. Для картины мира постсовременного социума характерен принцип неопределенности. В связи с этим возникает невозможность однозначной категоризации, классификации и квалификации социальной (и правовой) реальности. Автор констатирует, что в ситуации «постмодернити» невозможно дать однозначную оценку, в том числе юридическую, сложного социального явления или процесса. Неопределенность в юриспруденции ставит под сомнение ее краеугольный камень — принцип верховенства права, в частности, его важнейшее положение стабильности и непротиворечивости правовой системы. В качестве средства если не преодоления ее, то, по крайней мере, снижения выступает теория и практика правовой коммуникации. Автор анализирует коммуникативную теорию права Р. Алекси и критического дискурс-анализа. Перспективы критического дискурс-анализа позволяют решить важную проблему коммуникативной теории права — описать механизм конструирования правовых институтов.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: постклассическая эпистемология, коммуникативная теория права, критический дискурс-анализ, конструирование правовой системы, правовые социальные представления.



Честнов Илья Львович,
доктор юридических наук,
профессор кафедры теории
и истории государства и права
Санкт-Петербургского
юридического института (филиала)
Академии генеральной
прокуратуры РФ,
Заслуженный юрист РФ

CHESTNOV I. L. LEGAL COMMUNICATION IN THE CONTEXT OF POST-CLASSICAL EPISTEMOLOGY

The author considers the prospects of the communicative theory of law in the context of contemporary post-industrial society. The author contends that the communicative theory of law has the highest heuristic potential, as it considers the

* Ilya Lvovich Chestnov — Doctor of Law, Professor of the Chair of theory and history of state and law of the Saint-Petersburg Law Institute (branch) of the Academy of the General Prosecutor's Office of the Russian Federation, Distinguished Lawyer of the Russian Federation.

E-mail: ichestnov@gmail.com

© Честнов И. Л., 2014

changes that occur in modern society. The worldview of the postmodern society is characterized by the principle of uncertainty. This raises the issue of impossibility of unambiguous categorization, classification and qualification of social (and legal) reality. The author notes that in a situation of "postmodernity" it is impossible to give an unambiguous assessment, including legal, complex social phenomenon or process. The uncertainty in the law casts doubt as to the cornerstone principle of the rule of law, in particular, its most important provision of the stability and consistency of the legal system. As a tool, if not to overcome it, but at least to reduce this effect, is the theory and practice of legal communication. The author analyzes the communicative theory of law R. Alexy and critical discourse analysis. The perspective of critical discourse analysis allows to solve the important problem of communicative theory of law is to describe the mechanism of how legal institutions are generated.

KEYWORDS: post-classical epistemology, communicative theory of law, critical discourse analysis, the design of the legal system, legal social representations.

Андрей Васильевич Поляков по праву является лидером коммуникативной теории права как варианта постклассической (или неклассической, или постнеклассической)¹ юридической теории. Более того, из всех вариантов постклассического правопонимания² его концепция считается наиболее разработанной, включающей, как справедливо отмечает Н. В. Варламова, не только «философское основание», но и догму права, юридическую технику.³ О значении этого типа правопонимания и его содержании в контексте изменений, происходящих в современном («пост-современном») мире и эпистемологии, и пойдет речь в настоящей статье.

Постклассическая эпистемология задает картину мира, которая принципиально (или значительно) отличается от классической, и определяет различия общества эпохи модерна от социума, именуемого постиндустриальным, информационным, или, по терминологии З. Баумана, постмодернити (вторым или высоким модерном).⁴

Почему для анализа права необходимо обращение к философии? Не только потому, что она задает контекст эпохи, но и потому — это принципиально важно, — что вне и без социальных представлений, содержание которых определяется господствующей картиной мира, социальные явления, в том числе и право, не существуют. Поэтому если изменились господствующие социальные представления о социальном бытии, то одновременно трансформируются и социальные практики, которыми эти репрезентации воспроизводятся. Социальная онтология — если использовать категории классической философии — взаимодополняется и во многом

¹ Различия между ними в данном случае не представляются принципиальными

² К таковым, как представляется, можно отнести концепции, разрабатываемые в теории права С. И. Максимовым, В. И. Павловым, А. И. Овчинниковым, Ю. Е. Пермяковым, А. В. Ствобой, Е. В. Тимошиной и некоторыми др.; в отраслевых юридических дисциплинах — А. С. Александровым, Я. И. Гилинским, К. И. Скловским, Д. А. Шестаковым и др.

³ *Варламова Н. В.* От философии права к юридической догматике // Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории и права. М., 2010. С. 121.

⁴ *Бауман З.* Образование — при, для и несмотря на постмодернити // Бауман З. Индивидуализированное общество. М., 2002. С. 155–175.

определяется эпистемологией.⁵ Любое социальное действие становится таковым только тогда, когда предполагается известным окружающим, т. е. получившим наименование и означение (по терминологии Ю. Кристевой — наделение его социальным значением с помощью помещения в контекст интертекста).⁶ Таким образом, знак — конститутивный (т. е. необходимый) элемент или аспект социальной (и правовой) реальности, хотя последняя не сводится только к знаковости.⁷ Кроме всего прочего, именно философия транслирует господствующее в данную эпоху в данной культуре мировоззрение, картину мира в научные идеи, концепции и конструкции, в научный понятийный аппарат (который всегда — кроме чисто конвенциональных понятий, коих в социально-гуманитарной науке не так много — метафоричен) и задает критерии интерпретации и оценки практики.⁸

Постклассическая картина мира — это, прежде всего, **принцип неопределенности**, включающий одновременно гносеологическое, семантическое и онтологическое измерения, взаимодополняющие друг друга, который характеризует возможности человеческого разума по описанию, объяснению, предсказанию и преобразованию социального мира.⁹

⁵ «Ситуация реальна настолько по своим последствиям, насколько она воспринимается как реальная» — афоризм У. Томаса, получивший с легкой руки Р. Мертона название «теорема Томаса» (*Thomas W. Das Kind in Amerika // Person und Sozialverhalten / Hrsg. Von E. Volkart. Neuwied, 1965. S. 114*). Об этом же пишет У. Бек: «Можно сформулировать нечто вроде основного закона новой политики и политической теории: *изменение реальности предполагает изменение подхода*. Политика состоит и возникает из толкования ею исторической ситуации» (Бек У. Власть и ее оппоненты в эпоху глобализации. Новая всемирно-политическая экономика. М., 2007. С. 365).

⁶ Если какое-либо явление фактически существует, но о нем ничего не известно сегодня живущим людям, то его в социальном смысле нет.

⁷ Реальность, по мнению В. П. Руднева, есть знаковая система, так как 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*).

⁸ Для социальных наук, по мнению Л. Болтански и Л. Тевено, характерна следующая «трансформация: постепенное превращение метафизического высшего общего принципа в позитивный научный закон» (*Болтански Л., Тевено Л. Критика и обоснование справедливости: Очерки социологии градов. М., 2013. С. 63*).

⁹ Другим обозначением этого же вслед за Н. Луманом можно полагать «комплексность» мира как «точку зрения», обозначающую «такое взаимосвязанное множество элементов, в котором вследствие имманентных ограничений их способности к присоединению становится невозможным, чтобы каждый элемент в любое время был связан с любым другим» (*Луман Н. Социальные системы. Очерк общей теории. СПб., 2007. С. 52–53*). Второе понятие комплексности — «меры неопределенности или недостатка информации» (Там же. С. 57). Другим термином в лексиконе Н. Лумана является «двойная контингентность», которым описывается социальное действие, включающее референцию к другому и самореференцию. Со времен Т. Парсонса известно, что «результат достижения цели зависит не только от успешного познания и управления акторами объектами окружающей среды... но и от взаимодействия акторов при вмешательстве в ход событий» (цит. по: Там же. С. 152). Н. Луман переносит проблему «двойной контингентности» на более общий теоретический уровень, на котором рассматриваются конституция и не-

Социальная реальность (включая, конечно, и правовой ее момент, аспект), определяемая социальными представлениями, принципиально вероятностна, нестабильна и сложна, подвержена рискам саморазрушения.¹⁰ Поэтому управление ею и достижение всеобщего блага — о чем мечтали мыслители эпохи Просвещения — не поддается разумному расчету.¹¹ Человеческое познание опосредовано множеством факторов, в том числе социокультурным контекстом, в связи с чем трансформируется принцип научной объективности познания в интересубъективность. Собственно в этом — признании неустранимости исторического и социокультурного контекста научного познания — и состоит переход науки от классической стадии ее эволюции к неклассической и пост(не)классической, по мнению В. С. Степина.¹² Тем самым классическая рациональность, ориентированная на объективность познания, элиминирующего человека и социокультурные факторы, вытесняется (например, в квантовой неклассической физике) и заменяется на коммуникативную, включая трансформацию основных понятий гносеологии.

В связи с этим возникает неопределенность в категоризации, классификации и квалификации социальной (и правовой) реальности. Приходится констатировать, что в ситуации «постмодернити» невозможно дать однозначную оценку, в том числе юридическую, сложного социального явления или процесса. Так, например, квалификация действий, направленных на защиту государственного суверенитета другой стороной (с позиции другого «наблюдателя») может быть оценена как нарушение права на самоопределение, «гуманитарная интервенция» при массовом нарушении прав человека другими может быть признана как вторжение во внутренние дела государства, т. е. поспание государственного суверенитета и т. п. Неустранимость субъективности позиции наблюдателя,

прерывный процесс осуществления смысла. Тогда об Ego и Alter... следует говорить как об открытых возможностях определения смысла, которые даны переживающему их или другому всякий раз как определение горизонта. /.../ Она позволяет выделить особое *измерение мира* для социально различных смысловых перспектив (социальное измерение) и обеспечивает выделение особых *систем действия*, а именно социальных систем» (Там же. С. 154, 156). Другими словами, комплексность правовой реальности — это ее сложносоставной характер, не позволяющий дать однозначное, «единственно верное» описание, ее неопределенность и неопределимость как «двойная контингентность», предполагающая полное и всестороннее измерение как права, так и актора, рефлексирующего по его поводу.

¹⁰ Вряд ли какие бы то ни было попытки свести всю сложность мира к аккуратной и исчерпывающей классификации могут быть успешными, пишет З. Бауман (*Бауман З. Индивидуализированное общество*. М., 2002. С. 42). Современность — это «состояние перманентной и повсеместной неопределенности /.../ это совокупный опыт *неуверенности* человека в его положении, в правах и доступности средств к существованию, *неопределенности* относительно преемственности и будущей стабильности, *отсутствия безопасности* для физического тела человека, личности и их продолжений — имущества, социального окружения, сообщества» (Там же. С. 151, 194).

¹¹ «Мировое общество риска, — пишет У. Бек, — ... является эпохой цивилизации, в которой решения, касающиеся жизни не только нынешнего, но и последующих поколений, принимаются на основе сознательного незнания» (*Бек У. Власть и ее оппоненты в эпоху глобализации. Новая всемирно-политическая экономия*. С. 153).

¹² «Становление постнеклассической рациональности, — пишет В. С. Степин, — требует нового углубления рефлексии над научным познанием. В поле этой рефлексии включается проблематика социокультурной детерминации научной деятельности. Она рассматривается как погруженная в социальный контекст, определяемая доминирующими в культуре ценностями» (*Степин В. С. Цивилизация и культура*. СПб., 2011. С. 205).

вытекающая из принципа дополнительности, не дает возможность описать и объяснить (квалифицировать) такого рода ситуации одним «единственно правильным» способом. З. Бауман прозорливо пишет, что сегодня «становится все менее и менее ясно, что должен предпринять (политический. — И. Ч.) институт для улучшения ситуации в мире, — даже если рассмотреть маловероятный случай, когда он способен сделать это. Все картины счастливого общества, нарисованные разными красками и множеством кистей за последние два столетия, оказались либо несбыточной мечтой, либо — если их воплощение в действительности и было объявлено — нежизнеспособными (конструкциями. — И. Ч.). На практике приносит столько же несчастий, сколько и счастья, если не больше».¹³ В связи с этим можно согласиться с утверждением Л. Болтански и Л. Тевено, что неопределенность составляет «саму суть человеческого действия».¹⁴

Неопределенность в юриспруденции ставит под сомнение ее краеугольный камень — принцип верховенства права, в частности, его важнейшее положение стабильности и непротиворечивости правовой системы. Именно эти качества призваны обеспечить доверие населения к законодательству. Однако сегодня стала очевидной завышенность претензии человеческого Разума, которую можно обозначить как «миф позитивного права»,¹⁵ построить идеальную (завершенную, непротиворечивую, охватывающую все возможные юридически значимые ситуации) правовую систему. Между принципами права и законодательством, а тем более его конкретизацией в процессуальных нормах, нет логически выводимой связи. Из одного и того же принципа права или конституционного положения можно сделать логически непротиворечивым способом значительно отличающиеся выводы. Например, из принципа разделения властей можно сформировать президентскую, парламентскую или смешанную республиканские формы правления и конституционно-монархическую. Ко всему прочему, норма права не имеет имманентного механизма ее реализации,¹⁶ поэтому процессуальное законодательство в свою очередь может значительно отличаться при относительном единстве материального права, не будучи с ним логически связанным.¹⁷ В ситуации «инфляции законов»

¹³ Бауман З. Индивидуализированное общество. С. 141.

¹⁴ Болтански Л., Тевено Л. Критика и обоснование справедливости: Очерки социологии градов. С. 523. — По их мнению, это связано с тем, что «окончательное закрепление квалификаций за людьми, какими бы они ни были, привело бы к разрушению человечества...» (Там же. С. 522).

¹⁵ Рулан Н. Мифы позитивного права // Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов. М., 1999. С. 242–249. — См. также: Честнов И. Л. Формальная определенность права // История и методология юридической науки. Учебник для вузов / под ред. Ю. А. Денисова, И. Л. Честнова. СПб., 2014. С. 371–376.

¹⁶ «Решение, — писал в свое время К. Шмитт, — никогда не может быть выведено без остатка из содержания нормы» (см. обсуждение этого положения: Агамбен Дж. *Homo sacer*. Чрезвычайное положение. М., 2011. С. 59–60, 141).

¹⁷ Вообще говоря, логика в юриспруденции имеет весьма ограниченное применение. «Поиск, оценка фактов, — по мнению Р. Познера, — в основном не являются логическим процессом. Судья, как правило, предпочитает держаться давно действующей нормы права, несмотря даже на ее противоречие со справедливостью. Еще менее применима логика к изменениям правовой системы, принципиально отличающимся от исправления ошибок в силлогизме. /.../ Логика, как и математика, охватывает отношения между идеями, а не соотносимость с фактами», — пишет известный американский юрист (*Posner R. The Problems of Jurisprudence. Chicago, 1990. P. 50, 52*).

(термин Н. Рулана)¹⁸ и «нормальности» чрезвычайного положения¹⁹ говорить о том, что правовая система отвечает требованиям принципа верховенства права, значит занимает некритическую позицию.²⁰

В такой ситуации неопределенности (комплексности, контингентности, перманентной нестабильности) в качестве средства если не преодоления ее, то, по крайней мере, снижения выступает теория и практика коммуникации. Так, Ю. Хабермас, понимая невозможность содержательного обоснования социальных норм, формулирует коммуникативную концепцию социальной нормативности, основанную на формальной, дискурсивной, делиберативной рациональности. «Основное положение этики дискурса, — пишет немецкий мыслитель, — запрещает особо выделять, ссылаясь на философский авторитет, какие-либо моральные содержания (например, определенные принципы справедливого распределения) и раз и навсегда закреплять их средствами морали».²¹ Тем самым обосновывается, что социальные (и, следовательно, правовые) нормы притязают не на истину, а на социальную значимость как их принятие или признание универсальной аудиторией. «Каждая действенная норма должна удовлетворять тому условию, что прямые и побочные действия, которые общее следование ей возымеет для удовлетворения интересов каждого отдельного индивида, могут быть без какого бы принуждения приняты всеми, до кого она имеет касательство».²²

В этом же русле движется мысль А. В. Полякова. Коммуникативность, на что неоднократно обращал внимание ученый, выступает содержанием социальности (а значит — и права) как таковой.²³ Осмысленность

¹⁸ Рулан Н. Историческое введение в право. Учеб. пособие для вузов. М., 2005. С. 15.

¹⁹ «Сегодня, — пишет Дж. Агамбен, — чрезвычайное положение все более и более стремится стать доминирующей управленческой парадигмой современной политики. Превращение временной и исключительной меры в управленческую технологию угрожает радикально преобразовать — и фактически уже ошутимо преобразовало — структуру и смысл различных традиционных конституционных форм. В этой перспективе чрезвычайное положение является порогом, за которым стирается граница между демократией и абсолютизмом. /.../ Сегодня мы наблюдаем со всей очевидностью: с того момента как “чрезвычайное положение... стало правилом”, оно все чаще и чаще оказывается управленческой технологией, а не вынужденной чрезвычайной мерой, и обнаруживает свою природу основополагающей парадигмы правового порядка» (Агамбен Дж. *Homosacer*. Чрезвычайное положение. С. 9, 16).

²⁰ Праву имманентно присуща анонимность и «сущностная амбивалентность», заявляет Дж. Агамбен. Последняя состоит в следующем: «...с одной стороны, тенденция к нормативному регулированию в строгом смысле слова, направленная на создание жесткой системы предписаний, отношение которой к реальной жизни остается, однако, проблематичным, если вообще возможным (совершенное состояние права, в котором все регулируется нормами), с другой стороны — тенденция к аномии, проявляющаяся в ситуации чрезвычайного положения, а также в идее суверена как живого воплощения закона, в котором сила закона, не подпадающая ни под какую норму, представляет собой чистое вторжение жизни» (Там же. С. 113).

²¹ Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2000. С. 182.

²² Там же. С. 179.

²³ Поляков А. В. Коммуникативный подход к праву как вариант постклассического правопонимания // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе. Сб. науч. тр. / редколл.: А. Л. Савенок (отв. ред.) [и др.]. Минск, 2012. С. 22.

человеческих действий, а тем самым и формирование социального мира²⁴ как мира значений²⁵ происходит в интересубъективном взаимодействии, включающем «внутренний диалог» — ответ себе как Другому.²⁶

Правовая коммуникация, по мнению А. В. Полякова, охватывает (связывает) разные аспекты бытия права как многомерного феномена,²⁷ и в этом смысле коммуникативная теория права может быть обозначена как «интегральная концепция».²⁸ На сегодняшний день она представляет собой развитую, хорошо аргументированную теорию, содержащую философское обоснование права, теорию «среднего уровня» (или догму права) и возможность конкретизации на эмпирическом материале.

Признавая эвристическую ценность и научную перспективность, а также социальную значимость коммуникативной теории права, нельзя не затронуть вопрос о ее **перспективах** в связи с изменяющимися социокультурными и историческими условиями (пост)современного социума. Мне уже приходилось высказываться по поводу «точек роста» коммуникативной теории права.²⁹ Среди них одной из наиболее актуальных проблем представляется дискурсивность конструируемости и воспроизводимости правовой реальности. Как именно происходит формирование «правовых текстов», которые, по мнению А. В. Полякова, обеспечивают взаимное признание прав и обязанностей субъектов правовой коммуникации,³⁰ тем самым собственно и конституируют ее — правовую коммуникацию?

Весьма перспективным и популярным вариантом ответа на этот вопрос является дискурсивная теория права, представленная в социальной

²⁴ По мнению А. Ю. Антоновского, ссылающегося на авторитет В. Вунда и Дж. Г. Мида, самовосприятие собственного жеста является условием самосознания, а следовательно, и социальности (*Антоновский А. Ю.* Пространство, время и интересубъективность в символическом интеракционизме Дж. Г. Мида // *Интерсубъективность в науке и философии* / под ред. Н. М. Смирновой. М., 2014. С. 254).

²⁵ «Социальная феноменология видит социальную реальность как структурированный мир значений, выступающий в форме типизированных представлений об объектах этого мира», — пишет Н. М. Смирнова (*Смирнова Н. М.* Коммуникативный смысл интересубъективности: феноменология и когнитивные науки // *Интерсубъективность в науке и философии* / под ред. Н. М. Смирновой. М., 2014. С. 289–290).

²⁶ «Смотреть на себя и размышлять о себе возможно, лишь занимая чужую позицию. И именно в коммуникации рождается основание самоидентификации индивида — слова, и, прежде всего, само слово — “Я”» (*Антоновский А. Ю.* Пространство, время и интересубъективность в символическом интеракционизме Дж. Г. Мида. С. 260).

²⁷ «Право в рамках коммуникативного подхода представляет собой интегральную целостность, включающую материальное (знаковые системы нормативных правовых текстов) и идеальное (интерпретация и легитимация правовых текстов, осознание субъективных прав и обязанностей); должное (нормативная составляющая легитимированных правовых текстов) и сущее (реализация прав и обязанностей в правоотношениях); субъективное (права и обязанности) и объективное (правовые нормы, правовые тексты, правовые институты); рациональное (логическая структура нормы) и иррациональное (ее ценностное восприятие); виртуальное (право с позиции внешнего наблюдателя) и актуальное (право с позиции участника правовых отношений); эксплицитное (техническая сторона правовой коммуникации) и имплицитное (ценностные начала правовой коммуникации, следующие из ее природы)» (*Поляков А. В.* Коммуникативный подход к праву как вариант постклассического правопонимания. С. 27–28).

²⁸ Там же. С. 20.

²⁹ *Честнов И. Л.* Коммуникативная теория права как «незримая коллегия» // *Правоведение*. 2013. № 5.

³⁰ *Поляков А. В.* Коммуникативный подход к праву как вариант постклассического правопонимания. С. 25.

философии идеями дискурсивной этики К.-О. Апеля и Ю. Хабермаса, в юриспруденции разрабатываемая Р. Алекси как «специфические правила дискурса». Главные из них гласят: 1. Каждый, кто может говорить, может принимать участие в дискурсе. 2. (а) Каждый может поставить под сомнение любое утверждение. б) Каждый может ввести любое утверждение в дискурс. (с) Каждый может выражать свои взгляды, желания и потребности. 3. Ни одному из ораторов нельзя препятствовать реализовывать его права, закрепленные в пунктах (1) и (2), никаким давлением, в рамках или за пределами дискурса.

Эти правила гарантируют права каждого из тех, кто принимает участие в дискурсе, а также свободу и равенство в рамках дискурса. Они служат выражением универсального характера теории дискурса».³¹

Приведенные положения являются приложением к правоведению идей дискурсивной рациональности, основанной на «идеальной речевой ситуации», как практики «идеального коммуникативного сообщества», развиваемой К.-О. Апелем и Ю. Хабермасом. При всем авторитете данной программы и ее обоснованности нельзя не заметить, что в ней не принимается во внимание контекст коммуникативной ситуации, роль власти и идеологии в манипуляции реальным (а не идеальным) коммуникативным сообществом при выработке, столкновении и борьбе аргументов. Поэтому «делиберативная (она же дискурсивная) теория права», ориентированная на консенсус, сегодня поставлена под сомнение критическим дискурс-анализом, акцентирующим внимание на различия, конститутивные для всех социальных идентичностей (в том числе и правовых статусов).³² Не случайно Р. Алекси оговаривается: «Центральная проблема теории дискурса состоит в том, что ее система правил не предоставляет никакого метода, который позволил бы конечным числом операций достигать всегда точно определенного результата».³³

Право с точки зрения критического дискурс-анализа не есть некая объективная данность, а представляет собой результат активной деятельности господствующей социальной группы по формированию образцов юридически значимого поведения и убеждению населения в необходимости его воспроизведения. Правовой институт конструируется первичным единичным действием (например, представителя референтной группы или правящей элиты по объявлению какого-либо действия правомерным либо противоправным). В силу авторитета субъекта — носителя символического капитала, именующего некоторые действия в качестве правомерных либо

³¹ Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // *Российский ежегодник теории права*. Вып. 1. 2008. СПб., С. 455.

³² В свое время М. Фуко, полемизируя с Ю. Хабермасом, идеи которого он, несмотря на расхождения во взглядах, оценивал очень высоко, заявил: «Идея, будто может существовать состояние коммуникации, которая будет таковой, что игры истины смогут циркулировать в ней без препятствий, без давления и последствий принуждения, на мой взгляд, принадлежит к порядку утопии» (Фуко М. Этика заботы о себе как практика свободы // Фуко М. Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью. Ч. 3. М., 2006. С. 266). На утопичность делиберативного консенсуса (легитимности) обращают внимание постструктуралисты, придерживающиеся преимущественно постмарксистских взглядов, утверждая, что политическая (и правовая) коммуникация основана на различии, гегемонии (которую не следует путать с безраздельным господством в «догматическом марксизме») доминирующей социальной группы, навязывающей свою номинацию мира (*Laclau E., Mouffe C. Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*. 2nd ed. London, 2000. P. 136).

³³ Там же. С. 453.

противоправных, других обстоятельств (например, функциональной значимости определенного действия, подлежащего нормативной охране, — закрепления посягательства на него как противоправного, заимствования иностранного опыта и т. п.) — происходит легитимация сконструированного социального мира (социального института, правила поведения), т. е. признание его широкими слоями населения и седиментация («осаждение» — букв. «выпадение в осадок» — в образцы традиционного поведения). Все это приводит к тому, что сконструированный мир реифицируется и начинает восприниматься как объективная данность, природа вещей, естественная сущность.

При этом следует иметь в виду, что социально значимый субъект, тот, кто сумел победить в борьбе за «право номинации социального мира» (по терминологии П. Бурдые), формулирует правило поведения (в том числе, юридически значимое) отнюдь не произвольно, т. е. конструирование социального (и правового) мира не является абсолютно произвольным, ничем не обусловленным креативным актом. Он (его волюнтаризм) ограничен как ресурсом наличных средств, так и здравым смыслом, и оценкой легитимирующего потенциала. «Кажущаяся бесконечность возможностей творческого потенциала в дискурсивной практике, — справедливо отмечает Н. Фэркло, — ...на практике оказывается весьма ограниченной и скованной из-за существующих отношений гегемонии и борьбы за гегемонию». ³⁴ Эта «борьба за гегемонию» вводит такие ограничения на инновацию, как историческое прошлое, господствующая культура, состояние сфер общества, международное окружение. Эти внешние факторы интериорируются правовой культурой в правосознание социума и подвергаются селективному отбору со стороны правящей элиты и референтной группы, после чего новый образец социально значимого поведения легитимируется и означает (приобретает значение) как правовое поведение. Этому в немалой степени, конечно, способствует придание образцу поведения юридически знаковой формы, т. е. облечение в соответствующую форму права. Однако реальность права возникает не в момент его официально провозглашения, а только после того, когда новое правило поведения трансформируется в правопорядок.

В конечном счете, окончательный выбор правила поведения как правомерного или противоправного зависит от широких народных масс, которые либо принимают его и включают в контекст правовой культуры общества, либо отвергают с помощью дискурсивных практик, вне которых принципы права, а также любые знаковые его фиксации остаются «мертворожденными». Здесь принципиально важное значение имеет социокультурный и исторический контекст, который, по большому счету, и является трансцендентным критерием правовой селекции — важнейшим элементом конструирования правовой реальности.

Формирование правового института происходит в результате складывания и функционирования **правового социального представления**. Это происходит тогда, когда социальное представление о юридически значимом поведении начинает массово воспроизводиться опривыченными (хабитуализированными) практиками широких слоев населения. Формирование соответствующего навыка у субъекта (актера) снижает его когнитивную нагрузку — необходимость рассчитывать каждый свой шаг, экономит

³⁴ Fairclough N. Critical discours analysis and the marketization of public discourse: the universities // Discourse and Society. 1993. Vol. 4 (2). P. 137.

мышление и предполагает выполнение соответствующих привычных действий практически без осознанного контроля. Предсказуемость «юридической повседневности» свидетельствует о высоком уровне правовой инкультурации социализированного индивида, о совпадении его экспектаций с экспектациями контрагента — носителя соответствующего правового статуса в контексте нормы права. Обретение соответствующих юридически значимых навыков и умений свидетельствует о правовой социализации как возможности самостоятельно играть роли — реализовывать своими действиями правовые статусы,³⁵ т. е. о дееспособности индивида.

Правовые социальные представления формируются в процессе конкурентной борьбы социальных групп за право официальной номинации социальных явлений и, соответственно, юридической квалификации. При этом за видимостью «естественного хода истории» скрывается борьба социальных сил, их гегемонистские стратегии. Так, по мнению М. Олсона, формирование государства — это преодоление анархии кочующих бандитов, возникающее, подобно рыночному порядку, из эгоистических стремлений тех же бандитов к максимизации взимаемой с общества дани. Необходимые условия этой максимизации образуют принципиально новый порядок, власть оседлого бандита, становящегося автократом (автократическим правительством). Он пишет, что правительства для групп больших, чем племена, обычно возникают не из общественных договоров или добровольных сделок любого вида, а скорее, по причине рационального корыстного интереса у тех, кто способен мобилизовать наибольший потенциал насилия. Силовые предприниматели, естественно, не называют себя бандитами, но, напротив, дают себе и своим наследникам возвеличивающие их титулы. Иногда они даже заявляют, что правят по божественному праву. Поскольку история пишется победителями, происхождение правящих династий, конечно, обычно объясняется в терминах высоких мотивов, а не корыстными интересами. Автократы всех разновидностей заявляют, что их подданные желают, чтобы они ими правили, и тем самым подпитывают чуждое истории предположение о том, что государственная власть возникает из какой-либо разновидности добровольного выбора.³⁶

По мнению Г. Брейквелл, на конструирование социального представления принципиальное влияние оказывают следующие факторы: во-первых, расстановка сил в межгрупповой борьбе, включающая воздействия СМИ и политтехнологий на население; во-вторых, связь с социальной идентичностью членов соответствующей группы, которой не может противоречить формирующееся социальное представление (в противном случае неизбежен когнитивный диссонанс); в-третьих, включение нового социального представления в весь комплекс социальных представлений, образующих менталитет социума.³⁷

Несмотря на то что правовые социальные представления навязываются обществу (выступающему, в свою очередь, как и любое коллективное образование, социальным представлением, связывающим конкретных

³⁵ Правовой статус — это не просто права и обязанности, закрепляемые законодателем за человеком, а фактическая возможность и желаемость их реализации. А это возможно только при наличии правовой идентичности индивида — соотношении себя с соответствующим статусом.

³⁶ *Olson M. Dictatorship, Democracy and Development // American Political Science Review. 1993. Vol. 87 (3). P. 568.*

³⁷ *Breakwell G. M. Social representations and social identity // Papers on social representations. 1993. Vol. 2 (3). P. 196–197.*

людей в некое единое целое) элитой и референтной группой, они не могут не обладать определенной степенью легитимности.³⁸ Анализ измеримости и достижимости легитимности правовых институтов (шире — правовой системы) — отдельная важная тема, требующая специального рассмотрения.

Вышеизложенное свидетельствует, как представляется, о том, что именно коммуникативная теория права сегодня выступает наиболее эвристически ценным типом правопонимания, нуждающимся в дальнейшей теоретической и эмпирической разработке.

³⁸ «В некоторых ситуациях люди могут договориться между собой даже несмотря на разногласия по поводу общих сближений», — утверждают Л. Болтански и Л. Тевено (*Болтански Л., Тевено Л. Критика и обоснование справедливости: Очерки социологии градов. С. 68*).