

КОММУНИКАТИВНЫЕ КОНЦЕПЦИИ ПРАВА
 В КОНТЕКСТЕ АКТУАЛЬНЫХ ЗАДАЧ
 РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ
 (С ПОЗИЦИЙ ЛИБЕРТАРНОГО ПРАВООПОНИМАНИЯ)

В. В. ЛАПАЕВА *

В статье обосновывается необходимость формирования в рамках постсоветской теории права теоретико-методологического консенсуса, который мог бы стать основой для обновления догмы российского права и совершенствования юридической практики. Под таким консенсусом имеется в виду консолидированная позиция ведущих специалистов по наиболее принципиальным теоретико-методологическим вопросам правопонимания, способная аккумулировать в себе научные достижения самых разных правовых теорий. В контексте этой задачи дается сравнительная оценка научного и практического потенциалов коммуникативного и либертарно-юридического подходов к праву. Критериями такой оценки служат: а) способность соответствующих доктрин дать ответ на главные запросы социальной практики; б) их ориентация на разработку такой юридической догматики, которая отвечала бы этим вызовам.

В качестве важного достоинства коммуникативного подхода отмечается содержащийся в нем потенциал для формирования методологии поиска тех срединных жизненных смыслов и формирования соответствующих им социальных практик, без которых невозможно преодолеть традиционный раскол российского правового сознания. Под этим углом зрения в статье обозначаются направления синтеза в рамках понятия права индивидуальной свободы и социальной солидарности и демонстрируются возможности соединения научных потенциалов коммуникативного и либертарно-юридического подходов для решения этой задачи. Особое внимание уделено значению коммуникативного подхода для разработки концепции делиберативного консенсуса как теоретической основы легитимации властных структур.

Главным показателем научно-практического потенциала того или иного типа правопонимания в рамках российской теории права является, по мнению автора, способность предложить юридическую догматику, адекватную актуальной задаче отграничения права от произвола в форме закона. В связи с этим показаны достижения либертарной догматики в таких направлениях, как построение системы принципов права, разработка критериев (оснований и пределов) ограничения прав человека и осмысление природы правовой нормативности.

* Лапаева Валентина Викторовна — доктор юридических наук, главный научный сотрудник ИГП РАН.

Lapaeva Valentina Viktorovna – doctor of legal sciences, main researcher of ISL RAS.
 E-mail: lapaeva07@mail.ru

© Лапаева В. В., 2014

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: коммуникативные концепции права, либертарно-юридический тип правопонимания, теоретико-методологический консенсус, право, произвол, юридическая догматика.

LAPAEVA V. V. COMMUNICATIVE CONCEPTS OF LAW IN THE CONTEXT OF CRUCIAL TASKS OF RUSSIAN LEGAL THEORY AND PRACTICE (FROM THE PERSPECTIVE OF LIBERTARIAN LAW UNDERSTANDING)

The article substantiates the necessity to reach a theoretical and methodological consensus in the framework of the post-Soviet legal theory which could become a basis for renewal of the doctrine of the Russian law and improvement of the legal practice. Under such consensus the author understands a consolidated position of leading specialists in the most crucial theoretical and methodological aspects of law understanding which is capable of accumulating scientific achievements of different legal theories. In the context of this task, the author gives a comparative assessment of scientific and practical potential of communicative and libertarian and legal approaches to law. Such assessment is based on the following criteria: a) the ability of the relevant doctrines to response to the main challenges of the social practice; b) their focus on development of legal dogmas which would meet these challenges. As a main advantage of the communicative approach, the author mentions its potential to form a methodology of searching for median life senses and forming corresponding social practices without which it would be impossible to overcome the traditional split in the Russian legal *consciousness*. *From this point of view, the article outlines the areas of synthesis in the framework of the concept of the right to individual freedom and social solidarity and shows the possibilities to combine scientific potentials of communicative and libertarian and legal approaches to solve this problem.* Special attention is paid to the significance of the communicative approach to the development of the deliberative consensus concept as a theoretical basis for legitimization of government agencies.

According to the author, the ability to propose the legal doctrine which is appropriate to the crucial task of distinguishing between law and despotism in the form of a statute is the main indicator of the scientific and practical potential of this or that type of law understanding in the framework of the Russian legal theory. In connection therewith, the author shows advantages of libertarian doctrine in such areas as the formation of the system of legal principles, development of criteria (bases and limits) for limitation of human rights and understanding the nature of legal standardization. **KEYWORDS:** communicative concepts of law, libertarian and legal type of law understanding, theoretical and methodological consensus, law, despotism, legal doctrine.

Коммуникативные концепции права являются одним из заметных направлений правопонимания, конкурирующих сейчас в российской теории права за статус общедоктринального подхода. Я буду рассматривать эти концепции с позиций либертарно-юридического типа правопонимания под углом зрения задачи формирования в рамках постсоветской теории права того теоретико-методологического консенсуса, который необходим для обновления догмы российского права и совершенствования на этой основе юридической практики. Под таким консенсусом я понимаю консолидированную позицию ведущих специалистов по наиболее принципиальным теоретико-методологическим вопросам правопонимания, способную постоянно развиваться, аккумулируя в себе научные достижения самых разных правовых теорий.

Прежде всего надо сказать, что саму идею необходимости подобной консолидированной позиции научного сообщества приходится доказывать, поскольку многие авторы путают ее с идеологическим диктатом советского образца. А между тем, если у науки нет общего понимания ключевых вопросов правовой доктрины (т. е. нет того, что римляне называли «*opinio communis doctorum*»), то на какой основе она будет выстраивать догму права и давать ориентиры для правовой практики? Более того, даже идею конкуренции теорий многие не признают, призывая к теоретическому плюрализму и толерантности¹ и предлагая не ссориться по пустякам, поскольку якобы все в какой-то мере правы и надо лишь собрать все лучшее от разных подходов и назвать это интегративной теорией права. Чаше всего подобным образом комбинируют юридический позитивизм с юснатурализмом, поскольку в Конституции РФ позитивированы естественные (точнее — прирожденные и неотчуждаемые) права человека.

Но между этим прагматическим компромиссом и научным синтезом большая разница. Чтобы понять ее, достаточно задуматься о том, что мы будем считать правом в случае противоречия между прирожденными правами и законодательством. А такое противоречие неизбежно уже хотя бы потому, что естественные права человека носят неисчерпаемый характер и не могут быть полностью выражены в законе. Но главное — как мы будем определять критерии ограничения прав человека? Какие ценности при этом станут определяющими — другие права человека и те ценности общеглобала, которые являющиеся условием их реализации, или государственные и общественные интересы, доминирующие над правами человека? Если теория права не формулирует эти вопросы и не дает на них ясные ответы, то это значит, что она не содержит теоретических критериев разграничения права от произвола в форме закона. А практика, ориентированная на такую теорию, остается произвольной.

В отличие от этих незамысловатых псевдотеорий, попросту игнорирующих принципиальные различия между двумя большими доктринами, противоборство которых на протяжении веков определяло развитие юридической науки и практики, коммуникативные концепции правопонимания действительно нацелены на синтез двух классических правовых доктрин — юридикто-позитивистской и юснатуралистской и на создание «третьей теории» на базе «новой гносеологии и онтологии, которая снимает противоречия между естественным и позитивным правом, «примиряя» их между собой».² В настоящее время коммуникативными называют очень разные по своему содержанию подходы к пониманию права, которые объединяет лишь приверженность постклассической рациональности и некоторая общность концептуального аппарата, связанная с трактовкой права как специфической формы коммуникации. Достаточно сравнить теорию

¹ Как верно замечено по этому поводу, «если история политико-правовых учений заслуживает нашего интереса, если в ней есть увлекательность и даже интрига, то это только благодаря той принципиальности, с которой ее основные персонажи защищали правоту своих идей и опровергали противостоящие им мнения. От современных же теоретиков и философов права, склонившихся перед лозунгом «права все!» (легко трансформирующимся в «не прав никто!»), трудно ожидать столь же увлекательного продолжения истории мысли» (Кравцов Н. А. Философия права Мишеля Вилле. Ростов н/Д., 2005. С. 235–236 (сноска 10)).

² Поляков А. В. Коммуникативная теория права как вариант интегрального правопонимания // Правовые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе. М., 2008. С. 10.

коммуникативного действия Ю. Хабермаса и общую теорию систем Н. Лумана, также базирующуюся на понятии коммуникации. Несмотря на то что обе теории можно смело отнести к тем направлениям в рамках постклассической парадигмы, которые ориентированы на рационально-объяснительный, а не на чувственно-описательный³ подход к правовой реальности, различия между ними носят весьма существенный, можно сказать — парадигмальный характер.

Так, у Ю. Хабермаса право — это итог рационально мотивированного консенсуса в «идеальной речевой ситуации», где обеспечено равноправие участников коммуникации и их мотивированность к достижению согласия на основе «лучшего аргумента». Не признавая в качестве сущностного принципа права трансцендентальную идею формального равенства,⁴ Ю. Хабермас вводит эту идею в ткань правовой нормы через процедуру правообразования, осуществляемого как в рамках внутрипарламентских дискуссий, так и в более широком пространстве мультимода между парламентом и общественностью. В этом смысле его позиция тяготеет к либеральной версии юснатурализма. У Н. Лумана же правовая норма — это специфический вид информации о нормативных ожиданиях участников коммуникации,⁵

³ По поводу этого направления постклассического (в том числе и коммуникативного) подхода к праву можно сказать, что оно, по сути, направлено на разрушение права. «В своем внимании к единичному и особенному, в попытках учесть все многообразие личностных проявлений каждого человека в уникальных социокультурных контекстах, «объявляя «тиранию нормы» репрессивной в отношении «цветущего многообразия» социокультурного опыта», неклассическая социальная наука, — как верно отмечает Н. В. Варламова, — стремится к обществу без права (в его классическом понимании), где присущие ему нормативность и формальная определенность должны уступить место «индивидуальной справедливости», а фактически — произволу (в нейтральном значении данного слова)» (Варламова Н. В. Методологические проблемы современной юридической науки // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции. К 60-летию Андрея Васильевича Полякова. Т. 2. М., 2014. С. 236).

⁴ Важной особенностью концепции Ю. Хабермаса (отличающей ее, например, от подхода его коллеги К.-О. Апеля, который раньше начал разрабатывать этику коммуникативного дискурса) является отказ от привнесения в трактовку рациональности каких-либо трансцендентальных начал. Основу разногласий между этими авторами составляет отношение к вопросу о возможности трансцендентального по своей природе окончательного обоснования (так называемого «последнего обоснования») коммуникативной дискурсивной этики. С точки зрения Ю. Хабермаса, дискурсивная этика может быть обоснована лишь путем обращения к ресурсам реального жизненного мира. Таким образом, Ю. Хабермас исходит из того, что не бывает метадискурса как дискурса более высокого порядка, задающего правила для подчиненных дискурсов. По мнению же К.-О. Апеля, метадискурсы возможны, и предложения, сформулированные на самом высоком уровне рефлексии и общения, могут быть обоснованы окончательно (См.: Назарчук А. В. Ю. Хабермас и К.-О. Апель: два подхода к обоснованию теории общества в современной немецкой философии // Русский филологический вестник. 1998. № 5. <http://www.nazarchuk.com/articles/article4.html>). Однако при этом Ю. Хабермас связывает возможность осуществления свободы с такой организацией процедуры социального взаимодействия, в рамках которой обеспечивается формальное равенство участников взаимодействия, оставляя открытым вопрос о том, откуда берется сама идея свободы.

⁵ Согласно Н. Луману, ожидания получают социальную релевантность только тогда, когда они сами могут ожидаться. Структурообразующее значение в интересующих отношениях различных субъектов имеет, таким образом, не просто ожидание одним субъектом каких-то действий со стороны другого субъекта, а *ожидание ожидания*, которое означает, что в процессе межличностного общения каждый его участник принимает во внимание ожидания другого. Существенное значение при этом имеет нормирование ожидания той или иной модели поведения, благодаря чему ожидающий продолжает

идентифицируемой по коду «законно-незаконно».⁶ И, как всякая информация, она является морально нейтральной, т. е. не связанной с какими-либо моральными ценностями в виде справедливости как равенства и т. п. С точки зрения классификации типов правопонимания, проводимой по теоретико-методологическому (т. е. парадигмальному) критерию,⁷ данный подход представляет собой сложную комбинацию юридического позитивизма социологического и легистского типов.

Иную коммуникативную концепцию права предлагает А. В. Поляков. Для него процедурой, подтверждающей справедливость правомочия как организующего начала правовой коммуникации, является социальная легитимация.⁸ К этому подходу тяготеет диалогическая концепция права И. Л. Честнова, который так прямо и пишет, что «справедливость — это борьба социальных групп за монополизацию дискурса справедливости, официальной номинации справедливости. В результате формируется господствующее в данном социуме... социальное представление о справедливом и легитимном. Именно легитимность составляет содержание справедливости сегодня».⁹ Позиция А. В. Полякова не столь прямолинейна. По его мнению, легитимация как необходимое условие правовой коммуникации «может быть как эксплицитной (формальной), через соответствующую процедуру принятия закона, так и имплицитной (неформальной), основанной на соответствии закона внутренним, скрытым условиям коммуникации, указывающим на ее ценностную составляющую».¹⁰ Но при этом остается не ясным, какая из двух форм легитимации будет определяющей в случае конфликта между ними и что именно сделает ее таковой.

Не поясняют этот вопрос и рассуждения автора о принципе формального равенства. Признавая существенное значение данного принципа для права, А. В. Поляков, тем не менее, не отводит ему «центрального места в своем построении», поскольку «приоритетом здесь обладает правовая коммуникация». Сам автор по этому поводу говорит так: «...Обогащение идеи формального правового равенства с позиций коммуникативного подхода следует искать, на мой взгляд, не в равенстве распределения прав и обязанностей, а в их балансе, достигаемом через правовой диалог. Простой пример: ставка подоходного налога. Должна ли она быть для всех равной или допустимо прогрессивное налогообложение, когда богатый и в процентном отношении платит больше? Или ситуация всеобщего воинского призыва — должна ли она распространяться на всех мужчин и женщин,

оставаться в состоянии ожидания даже в случае разочарования. С позиций такого подхода коммуникация предстает как нормирование ожидания (*Luhmann N. Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt a/M., 1984. S. 41*).

⁶ См. подр.: *Лапаева В. В. Социология права. Учеб. пособие. 2-е изд. М., 2008. С. 123–139.*

⁷ Данный подход к классификации типов правопонимания см.: *Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 29–38. <http://www.igpran.ru/public/articles/Lapaeva.Monografiya2012.pdf>.*

⁸ По мнению автора, «текст делает правовым не официальная форма (например, государственного закона) и не какая-либо идея (например, добра и справедливости), а легитимное пользование выводимыми из него в качестве нормативного основания коррелятивными правами и обязанностями» (*Поляков А. В. Коммуникативно-феноменологическая концепция права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Харьков, 2013. С. 98*).

⁹ *Честнов И. Л. Концепт справедливости в постклассическом правопонимании // Правоведение. 2013. № 2. С. 46.*

¹⁰ *Поляков А. В. Коммуникативно-феноменологическая концепция права. С. 102.*

или только на мужчин? Ответить на эти вопросы с позиции простого уравнительного истолкования идеи формального правового равенства, на мой взгляд, нельзя. А вот взвесив баланс взаимных прав и обязанностей, целей и интересов, ценностей и принципов, затрагивающих всех заинтересованных сторон, согласовав их в процессе правового дискурса-диалога, можно найти для этой проблемы политическое, а затем и правовое решение...».¹¹ Но из этих рассуждений опять же не ясно, в каком пространстве коммуникаций устанавливается этот искомый баланс интересов. Если речь идет о парламентской или судебной правотворческой процедуре, в рамках которой на основе подобного баланса интересов формируется *правовой закон*, то его позиция по существу ничем не отличается от либертарно-юридического правопонимания В. С. Нерсисянца. Если же этот баланс интересов достигается в самом обществе, то мы имеем дело с социологическим типом правопонимания. Судя по всему, А. В. Поляков склоняется ко второму подходу, поскольку считает, что суть когнитивного переворота в юриспруденции, совершенного с помощью коммуникативной концепции права, может быть сведена к тезису «право есть там, где люди убеждены в том, что оно есть» и что убеждение в наличии права «есть признание неких рамок поведения, т. е. определенных прав и обязанностей, связывающих всех членов общества; признание их “объективного” характера, понимание их содержания и порядка реализации».¹²

Подобный подход, для которого правовой характер нормы определяется ее социальной легитимацией, вполне укладывается в рамки социологического правопонимания¹³ — направления, развивающегося

¹¹ С вами беседует А. В. Поляков. Типы правопонимания // <http://law.edu.ru/aforum/talk.asp?aForumID=3&topicID=242>.

¹² Поляков А. В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву. Материалы философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсисянца. М., 2006. С. 116–119.

¹³ Чтобы пояснить суть этого подхода, лучше всего привести в качестве примера наиболее значимое для права деяние — умышленное убийство — и сравнить предлагаемую трактовку соразмерности преступления и наказания с тем, как решается эта проблема с позиций либертарно-юридического правопонимания. С точки лежащего в основе либертарно-юридической теории принципа формального равенства смертная казнь за умышленное убийство — это «выражение и подтверждение силы права и правового принципа равноценной ответственности в том крайнем случае противоправных действий, когда нарушается исходный и главный запрет права — запрет убивать», а отмена смертной казни за умышленное убийство — это «отказ от принципа права и равноценной правовой ответственности в самом важном и напряженном пункте правовой регуляции» (Нерсисянец В. С. Философия права. Учебник для вузов. М., 2006. С. 629). Подобный отказ, писал В. С. Нерсисянец, не ликвидирует сам принцип правомерности смертной казни за умышленное тяжкое убийство, а лишь приостанавливает его действие. По своей правовой сути «отмена смертной казни всегда будет оставаться правовым экспериментом (как бы долго он ни длился), в процессе которого будет проверяться, может ли соответствующий правопорядок нормально функционировать при допущенном отходе от основного принципа права и требования равноценной правовой ответственности» (Там же. С. 631). Сторонники же коммуникативного правопонимания в его социологической версии в своих рассуждениях на эту тему обычно исходят из того, что «в одних обществах соразмерным убийству последствием считают смертную казнь, а в других обществах — лишение свободы или возмещение причиненного вреда» (Поляков А. В. Нуждается ли теория права в идеях М.Хайдеггера? Предисловие главного редактора // Правоведение. 2013. № 4. www.jurisprudence-media.ru/article_cur.php...). При таком подходе отрицается регулятивный характер самой идеи формального равенства как некоего абстрактного, трансцендентального начала, а под соразмерностью между убийством

в русле позитивистской парадигмы¹⁴ и имеющего давние традиции в отечественной теории права. Стремление же модернизировать социологическое правопонимание путем его постмодернистской интерпретации (что в российских условиях, по сути, представляет собой попытку перескочить из архаики в авангард, минуя стадию модерна¹⁵) мало что добавляет к этой теоретической позиции по существу, но при этом значительно усложняет ее понимание и реализацию ее научного потенциала. Между тем наша правовая реальность настолько архаична, нерациональна и запутанна, что требует прежде всего модернизации путем максимальной рационализации всей правовой системы. В этой ситуации постмодернистские рассуждения о наивности эпохи модерна с ее классической рациональностью, о том, что «формальная логика как один из показателей рациональности не действует в отношении права»¹⁶ и т. п., представляются весьма небезобидными.¹⁷

Тем не менее, хотя коммуникативные концепции не дают прорыва к научному синтезу классических типов правопонимания, они весьма значимы для современной российской правовой теории и практики. Поясняя

и наказанием за него понимается исторически изменчивый социальный консенсус по данному вопросу, который может соответствовать, а может и не соответствовать принципу равенства. Но в этом случае само понятие «соразмерности» (которое в данном контексте предполагает не просто соизмерение одной мерой, но соизмерение, имеющее целью именно уравнивание) лишается смысла.

¹⁴ См. подр.: *Варламова Н. В.* Методологические проблемы современной юридической науки. С. 241–243.

¹⁵ Ситуация с правопониманием, сложившаяся в постсоветской теории права, подтверждает суждения о том, что для характеристики социокультурных факторов модернизации России вполне подходит терминология, заимствованная из эстетики: архаика, модерн, авангард. Ее использование позволяет высветить тот факт, что «в современной России сложился катастрофический дефицит социального модерна. То есть практик, основанных не на сохранении и не на разрушении, а именно на обновлении, на эволюционном принципе последовательных изменений существующей реальности. В том числе реальности социокультурной. Зато есть избыток архаических институтов, основанных на поддержании и воспроизводстве эталонных образцов. И точно такой же избыток авангардных практик, которые демонстративно разрывают с косными образцами. Не случайно сегодня есть активные сторонники революционного “обнуления” традиции, столь же активные сторонники охранительной архаики и практически нет продуманных и разработанных программ “культурной эволюции”» (*Культурные факторы модернизации. Доклад Фонда «Стратегия 2020». М.; СПб., 2011 // http://intelros.ru/pdf/kulturnye_faktery_modernizacii.pdf*).

¹⁶ *Сапельников А. Б., Честнов И. Л.* Теория государства и права. Учебник для вузов. СПб., 2006. С. 166.

¹⁷ Вряд ли можно считать слишком резкой ту оценку результатов эпигонского применения идей и практик постмодернизма в современной России, которую дает руководитель Центра исследований идеологических процессов Института философии РАН А. Рубцов: «Постмодерн на Западе надстраивался над завершенным и даже избыточным модерном — у нас же на этом месте истории вырастает нечто монструозное. Политика впадает в “дикий постмодернизм”. Логическое отменяется в идеологии, пропаганде и правоприменении... Спорить с носителями такого сознания и адептами этих практик не получается вовсе: они легко ускользают от аргументов и выводов, фактов и доказательств, от апелляции к нормам, максимам и императивам. Эта неприлично гибкая позиция держит любой удар, поскольку ни к чему не прикреплена и ничем не связана. Полемизировать с ней — что месить воздух. Здесь нет лжи как таковой, и ничто не страшно, как в сказке на ночь. В этом есть что-то детское... и все было бы мило, если бы ставками в раздачах не были жизни людей и судьбы страны ...» (*Рубцов А.* Бронепоезд на узкой колее. Россия падает в «модернизированную архаику» — как выглядит наша страна в контексте мировой истории // Новая газета. 2015. 12 янв. С. 10).

научно-практическое значение коммуникативного подхода к праву, я буду далее сопоставлять его с либертарно-юридическим типом правопонимания (поскольку все, как известно, познается в сравнении), в основе которого лежит трактовка сущности права как формального равенства. Принцип формального равенства раскрывается автором данной теории — В. С. Нерсесянцем — как триединство равной меры регуляции общественных отношений, свободы и справедливости.¹⁸ Если в целях сравнительного анализа интерпретировать этот тип правопонимания в терминах коммуникативного подхода, то можно сказать, что либертарная юриспруденция изучает право как такую форму социальной коммуникации, для которой «основанием для интерпретации социальной реальности, а также и для обособления той ее сферы, которая будет интерпретирована, выступает индивидуальная свобода».¹⁹ Правовым критерием, которому должна соответствовать эмпирическая реальность, здесь является теоретическая (идеальная, абстрактная) конструкция формального равенства как *равенства в свободе*, а не эмпирические (случайные, исторически изменчивые, произвольные, не обусловленные объективным основанием) процессы социальной легитимации. Именно соответствие данному критерию и является в итоге основанием для социальной легитимации правопорядка с позиций либертарно-юридического подхода.

Разницу между этими типами правопонимания можно продемонстрировать на таком выразительном примере из политико-правовой практики последних лет, как «дело Гудкова» — депутата Государственной Думы, который был лишен своего мандата решением Думы на основании нарушения им требования Закона о статусе депутата (речь шла о норме, запрещающей занятие предпринимательской деятельностью). Это дело интересно прежде всего тем, что здесь был задействован целый ряд государственных органов: Генеральная прокуратура РФ, выступившая инициатором вопроса о прекращении депутатских полномочий Г. Гудкова, Следственный комитет РФ, представивший материалы о его предпринимательской деятельности, и Государственная Дума РФ, принявшая окончательное решение по данному вопросу. Не слишком далеко в правовой оценке этого казуса ушло от них и российское общество. В СМИ, где обсуждались главным образом политические аспекты проблемы, по поводу правовой стороны вопроса доминировало представление о том, что хотя по сути дела здесь явно «что-то не так», но с формально-юридической точки зрения все как бы и верно. Юридическое сообщество, не проявив сколько-нибудь заметного интереса к принятому Государственной Думой решению, по умолчанию с ним согласилось. В итоге мы получили ситуацию, которую с точки зрения коммуникативного правопонимания, ориентированного на принцип «право есть там, где люди убеждены, что оно есть», очень сложно интерпретировать как неправовую. На этом примере хорошо видно, что способность к выявлению и теоретическому разоблачению произвола, облеченного в форму закона, явно не относится к сильным сторонам коммуникативной теории права, делающей ставку на социальную легитимацию правовых текстов.

А с позиций либертарно-юридического правопонимания совершенно очевидно, что если депутат лишается статуса народного избранника

¹⁸ См.: Нерсесянц В. С. *Философия права*. С. 30–47.

¹⁹ Варламова Н. В. *Методологические проблемы современной юридической науки*. С. 225.

по воле своих политических оппонентов в парламенте и это делается на основании закона, то мы имеем дело с неправовым законом (даже если и общество, и государство в лице его соответствующих органов считают такой закон правовым и легитимным). Данный подход исключает возможность применения к праву известной ленинской фразы: «По форме верно, а по сути издевательство» — и утверждает, что все, что не соответствует сущности права, не может быть верным и с формально-догматической точки зрения. Исходя из того, что право, как говорил В. С. Нерсисянц, — это математика свободы, неправовой характер такого закона можно доказать с математической или как минимум с логической четкостью (если, конечно, не принимать всерьез постмодернистские рассуждения о том, что логика в правовом анализе — это рудимент наивной классической рациональности²⁰). Анализ этого дела показал,²¹ что неправовой исход стал результатом целой цепочки выводов, в основе которых лежало игнорирование того обстоятельства, что в рамках Конституции РФ как внутренне непротиворечивой системы норм, выстроенной на базе приоритета прав человека и гражданина, *параметры правового статуса депутата должны быть увязаны с нормами, закрепляющими соответствующие права гражданина*. В данном случае была прервана внутренняя связь между пассивным избирательным правом гражданина (закрепленным в ч. 3 ст. 32 Конституции, согласно которой не имеют права быть избранными лишь граждане, содержащиеся в местах лишения свободы или признанные судом недееспособными) и полномочиями депутата Государственной Думы.

Если же от этого конкретного примера перейти к более широкому сравнительному анализу рассматриваемых типов правопонимания, то можно сказать, что главными критериями для такой сравнительной оценки являются: 1) готовность дать доктринальный ответ на главные запросы социальной практики и 2) способность предложить адекватную этим запросам юридическую догматику.

1. Когда мы говорим о запросах, с которыми практика обращается к юридической науке, то речь, разумеется, идет не о том, что кто-то выходит на улицу с плакатами и призывами, обращенными к науке. Наука сама должна их выявить, озвучить и осмыслить в рамках соответствующего доктринального подхода. Думаю, не будет ошибкой сказать, что в стране, переживающей сложный период перехода от авторитарно-тоталитарного, приказного (т. е. произвольного) законодательства к системе правовых законов, главное, что нужно социальной практике от юридической науки, — это *модернизация общественного правосознания*, освобождение его от архаических наслоений, препятствующих пониманию права как формы свободы людей в их общественном взаимодействии, и *разработка теоретически ясных и эмпирически верифицируемых критериев отграничения права как сферы индивидуальной свободы от властного произвола, облеченного в форму закона*.

По общепринятому мнению, главным дефектом правового сознания россиян является традиционно присущий ему правовой нигилизм. Однако с позиций теории социокультурной динамики России А. С. Ахиезера,

²⁰ Сапельников А. Б., Честнов И. Л. Теория государства и права. С. 163. — Но в этом случае уже нельзя рассматривать юриспруденцию как науку, т. е. как систему логически непротиворечивого знания.

²¹ См.: Лапаева В. В. 1) Как избавиться от народного избранника // Независимая газета. 2012. 24 окт. http://www.ng.ru/ideas/2012-10-24/5_gudkov.html; 2) // Вопросы права и политики. 2012. № 4. http://e-notabene.ru/lr/article_231.html.

заслуживающей, на мой взгляд, самого серьезного внимания, правовой нигилизм — это лишь внешнее проявление такой фундаментальной беды нашего общества, как присущий ему внутренний социокультурный раскол. Этот раскол означает, что в обществе сложились диаметрально противоположные системы смыслообразования и соответствующих социальных практик, разрывающие основы интеграции социума и запускающие механизмы его саморазрушения. Раскол — это невозможность коммуникации в форме диалога, способного сформировать общественный договор на базе неких единых для данного социума срединных смыслов. С позиций такого подхода А. Ахиезер убедительно продемонстрировал манихейскую природу российского общественного сознания²² (эта мысль потом была развита в работах ряда других авторов²³), суть которой заключается в жесткой, не признающей полутонов бинарной оппозиции между сущим и должным, добром и злом, своими и чужими и т. д.

В данном контексте представляет интерес высказывание бывшего британского посла в России Эндрю Вуда: «Русским до сих пор трудно, почти невозможно, понять... что бывают взаимовыгодные решения... “Взаимовыгодный” — хорошо звучит для Запада, но в России такой подход считают наивным».²⁴ Это тонкое наблюдение «со стороны» высвечивает сразу несколько нетривиальных характеристик российского общества, подтверждаемых данными ряда межстрановых и российских социологических исследований. Прежде всего — высокий уровень взаимного недоверия в обществе. Специфика российского социального капитала, связанного с уровнем доверия в обществе, заключается в том, что подавляющее большинство россиян (78 % опрошенных) склонны доверять лишь ближайшему окружению. При этом недоверие всем остальным рассматривается как условие выживания.²⁵ Отсюда вытекает неспособность различных социальных групп к диалогу и, соответственно, неготовность к поиску взаимовыгодных решений в рамках горизонтального²⁶ общественного договора.

Очевидно, что на такой основе невозможно сформировать нормальное массовое правосознание. Ведь право по своей природе (как выражение сущностного принципа формального равенства) — это как раз и есть итог взаимовыгодного договора свободных и равных субъектов. То есть *право* — это не просто коммуникация, не просто коммуникация в форме диалога, в котором достигается «понимание» и вырабатываются стандарты правового поведения. Это такой *диалог или мультилог, который*

²² Ахиезер А. С. Россия: критика исторического опыта. 2-е изд. В 2 т. Новосибирск, 1997–1998.

²³ См., напр.: Яковенко И., Музыкантский А. Манихейство и гностицизм: культурные коды русской цивилизации. М., 2010.

²⁴ Вуд Э. Как закрывалось российское сознание // <http://newsland.com/news/detail/id/1459720/>.

²⁵ Культурные факторы модернизации. Доклад Фонда «Стратегия 2020».

²⁶ В России в силу ряда исторических и геополитических особенностей ее развития традиционно доминирует вертикальный социальный контракт, заключаемый между наиболее влиятельными социальными группами и властью. Задача же нынешнего исторического момента состоит в переходе от подобного социального контракта к общественному договору как итогу согласования интересов внутри общества с его последующим властно-политическим оформлением и политико-правовым (институционально-нормативным) обеспечением. Подробнее см.: Аузан А. Вертикальный контракт неустойчив // <http://www.strana-oz.ru/2004/6/vertikalnyy-kontrakt-neustoychiv>.

осуществляется в форме взаимовыгодного договора. Гарантией взаимовыгодности договора, т. е. гарантией того, что никто не получит выгоды в ущерб другому, является формальное равенство его сторон. Это касается и собственно договора как формы права, и судебного прецедента (здесь суд берет на себя функцию согласования правомерных интересов сторон), и законодательной деятельности представительного органа, согласующего в рамках демократической процедуры частные интересы и воли в рамках нормы, выражающей равную для всех меру свободы и справедливости.

При столь низком правовом качестве общественного сознания все, что работает на повышение коммуникативного потенциала общества, представляется исключительно важным. Коммуникативные концепции вводят нашу теорию права, а через нее — и общественное сознание в контекст европейского политико-правового дискурса, знакомят с его концептуальным языком и таким образом способствуют формированию методологии поиска тех срединных жизненных смыслов, без которых невозможно преодолеть раскол российского общественного сознания.

В области правопонимания этот раскол общественного сознания проявляется прежде всего в том, что традиционная для данной сферы бинарная оппозиция между личностным началом, в котором проявляется стремление человека к индивидуальной свободе, и социальным началом, в основе которого лежат идеи социальной интеграции и социальной справедливости, в российской теории права принимает характер непримиримого противоречия между человекоцентристской и системоцентристской парадигмами правопонимания. Усилия ряда отечественных авторов (В. С. Соловьева, А. С. Яценко, Г. Д. Гурвича и их последователей в постсоветской юриспруденции) по разработке интегральной (интегративной, синтетической) теории права, направленные на преодоление этого идеологического противостояния, не увенчались достижением искомого теоретического синтеза.²⁷ Что же касается аналогичных попыток, предпринимаемых сейчас в рамках коммуникативного подхода к праву в его социологической версии, то они способны лишь сгладить напряжение за счет переноса системоцентристских начал с государства на общество, однако очевидно, что такой подход не даст принципиального решения проблемы.

Между тем необходимость надлежащего синтеза индивидуальной свободы и социальной солидарности в рамках понятия права актуальна (хотя и по иной причине) не только для России, где социальное в его преимущественно государственном выражении и проявлении доминирует над личностным, но и для Запада, где понимание права как формы осуществления индивидуальной свободы, веками пробивавшее себе дорогу в борьбе с властным произволом и с традиционализмом нравственно-религиозных нормативных систем, продолжает наступать по принципу «не перегибать — не выпрямишь» в ситуации, когда «перегибать» уже не нужно. Главная проблема здесь заключается в том, что право, являющееся по природе своей таким средством социальной интеграции, которое обеспечивает всеобъемлющий (т. е. глобальный в рамках данного социума) уровень социальной солидарности, в последнее время начинает работать в противовес некоторым базовым соционормативным основам человеческого сообщества.

²⁷ См. подр.: Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. С. 175–190.

В контексте такой постановки проблемы представляет интерес вопрос о том, почему незначительная, на первый взгляд, проблема усыновления детей однополыми союзами оказалась сейчас в центре не только правового, но и общественного и даже политического дискурсов. Обращаясь к этой проблеме в своем выступлении на III Международном конгрессе Всемирной конференции по конституционному правосудию, посвященном теме «Конституционное правосудие и социальная интеграция», Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин напомнил суждения И. Канта о том, что «природные задатки человека, направленные на применение его разума, развиваются полностью не в индивидуе, а в роде»²⁸ и что природа, задумавшая человека как разумное существо, имела план полностью реализовать эти разумные начала в масштабах всего человечества в целом, приведя его к достижению «совершенного гражданского объединения человеческого рода».²⁹ В связи с этим он заметил, что «если отбросить соблазны постмодернизма, обесценивающего любые усилия по трудному поиску смысла человеческого бытия, и признать вслед за Кантом наличие вектора исторического развития человечества, нацеленного на реализацию его разумных начал, то надо исходить из того, что только человеческий род, сохранивший свое многообразие, которое является источником его развития, способен реализовать заложенные в человечество возможности. С позиций такой расстановки приоритетов право человека, как наиболее полное выражение разумных основ социальной нормативности, должно способствовать сохранению и развитию человеческого рода. И уж, как минимум, не подрывать основы его сохранения и развития».³⁰

Думаю, что столь большое внимание к проблеме усыновления детей однополыми союзами³¹ порождено не только и, по большому счету, не столько опасениями по поводу негативных последствий для развития ребенка, воспитанного однополной парой. Есть все основания предполагать, что в подтексте этих озбоченностей лежат более глубинные проблемы, связанные с тем, что победное шествие идеологии индивидуализма, отстаивающей права меньшинств, уже несет в себе угрозу подрыва тех основ, изначально заложенных в нормативный фундамент человеческого общества, которые в свое время обеспечили его выживание. Борьба за право «быть другим» настолько раздвинула границы терпимости со стороны общества к социальным отклонениям от этих нормативных основ, что такими темпами мы скоро дойдем до легализации инцеста и отбросим табу, которое когда-то стало первым шагом на пути от животного к человеку. Во всяком случае, настораживает то обстоятельство, что обсуждение этой проблемы в связи с решением ЕСПЧ, признавшим правомерность уголовного преследования за инцест в законодательстве ФРГ, вращалось в основном вокруг проблемы генетических отклонений у детей. Между

²⁸ Кант И. Идея всеобщей истории во всемирно-гражданском плане // http://civisbook.ru/files/File/Kant_Idea.pdf.

²⁹ Там же.

³⁰ Зорькин В. Д. Вызовы социальной интеграции в глобализованном мире и российский опыт решения проблем. Доклад на III Международном конгрессе Всемирной конференции по конституционному правосудию (Сеул, 2014) // <http://ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=68>.

³¹ Замечу, что я говорю не о браках, а об однополых союзах, полагая, что с юридической точки зрения такие союзы допустимы (поскольку не нарушают свободу других), но им нельзя придавать правовой статус брака и, соответственно, предоставлять право на усыновление.

тем, противники оспариваемого закона справедливо отмечали, что «германская юстиция не знает уголовного преследования половых сношений даже в тех случаях, когда... ожидаемая степень инвалидности выше, чем при инцесте».³² Основная проблема вовсе не в негативных последствиях для здоровья детей, которые в перспективе можно блокировать с помощью генной инженерии. Главное в том, что допуск в сферу семейных отношений сексуальной конкуренции разорвет институт семьи изнутри. И мы не можем сейчас сказать, какие последствия для человечества принесет подобное разрушение этого фундаментального социального института, начало формированию которого было положено первым (думаю, самым гениальным в истории человечества) актом социальной инженерии — введением табу на эндогамные половые контакты, избавившим родовую общину от разрушавшей ее внутривидовой борьбы за сексуальных партнеров.³³

Опасения подобного рода, которые вряд ли можно считать сильно преувеличенными, ставят перед теорией права новые задачи. Право, уже оттеснившее с ведущих позиций в системе соционормативной регуляции нравственные и религиозные нормы, которые в течение многих веков гарантировали сохранение и устойчивость исходных ценностно-нормативных оснований человеческого общежития, должно принять на себя эту нагрузку. Думаю, что в этом принципиально важном вопросе коммуникативный подход к праву в его социологической версии (для которой характерен акцент на солидаристских началах права) может быть согласован с либертарно-юридическим подходом. Речь идет о том, чтобы, не отрицая основополагающий либеральный принцип, согласно которому индивид вправе реализовать свою свободу в тех пределах, где он не нарушает свободу другого индивида, *инкорпорировать в понятие права как меры индивидуальной свободы идеи социальной солидарности и необходимости сохранения фундаментальных основ социума*. Это значит, что надо, оставаясь в рамках либеральной парадигмы, наполнить новым смыслом понятие «другой» и понятие «свобода».

В настоящее время есть основания предположить, что императив сохранения человеческого рода требует ввести в содержащееся в данном тезисе *понятие «другой»*, охватывающее собой всех субъектов права,

³² *Инцест и тяжелый вопрос о морали и праве* // <http://statuspress.com.ua/international-news/incest-i-tyazhelyj-vopros-o-morali-i-prave.html>.

³³ По мнению антропологов, именно введение этого табу стало отправной точкой отсчета при переходе от проточеловеческого стада к человеческому роду. «...Запрет вступать в половые отношения с членами своего рода, — пишет известный отечественный антрополог Ю. И. Семенов, — сочетался с требованием вступать в такие отношения исключительно лишь с членами одного другого определенного рода. Точно такие же требования предъявлял к своим членам и этот последний род. В данном случае мы сталкиваемся со своеобразным союзом двух родов, каждый из которых запрещал половые отношения внутри себя и обязывал своих членов искать половых партнеров в союзном роде. Этот союз в этнографии принято именовать дуальной родовой организацией. Как свидетельствуют данные этнографии, дуальная организация имела в прошлом человечества универсальное распространение» (*Семенов Ю. И. Брак и семья: возникновение и развитие* // http://scepis.ru/library/id_6.html). В основе дуального союза родовых общин лежал своего рода «общественный договор» об обмене брачными партнерами, который и стал предтечей права как формы отношений, основанных на договорном по своей природе равенстве сторон (Подробнее см.: *Лапаева В. В., Тумурова А. Т. Процессы генезиса права с позиций принципа формального равенства* // *История государства и права*. 2009. № 9. С. 8–17; *Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика*. С. 458–466).

представителей будущих поколений. Эта проблема имеет два основных аспекта.³⁴ Первый (частично затронутый мною выше) касается необходимости передать будущим поколениям такую систему духовных ценностей и основанных на них социальных институтов, которая как минимум не вела бы к подрыву соционормативных основ общества, гарантирующих его выживание. Второй, более очевидный на данном этапе, аспект проблемы связан с ограниченностью ресурсной базы планеты и необходимостью сохранить для будущих поколений жизненно важные ресурсы, обеспечивающие выживание и развитие человечества. Для России как страны, экономическое благополучие которой в настоящее время основывается главным образом на потреблении невозполнимых природных ресурсов, этот вопрос стоит особенно актуально. С учетом сказанного научные разработки проблематики прав будущих поколений, уже дошедшие до уровня международных деклараций и конвенций,³⁵ представляются исключительно важными.

Очень показательным в этом плане, что в первом конституционном акте, признавшем права человека естественными и неотчуждаемыми, — в Декларации прав американского штата Вирджиния от 12 июня 1776 г. провозглашалось, что «от природы все люди одинаково свободны и независимы и обладают некоторыми неотъемлемыми правами, от которых они не могут отречься, вступая в общество, и которых они не могут лишиться свое потомство (курсив мой. — В. Л.)».³⁶ Думаю, что на первых подступах к решению этой проблемы носителями прав будущих поколений могли бы выступать все несовершеннолетние граждане страны, которым должно быть гарантировано сохранение определенного набора жизненно важных социальных благ, доступных поколению их родителей.

С точки зрения правового принципа формального равенства можно сказать, что «ныне живущие не должны действовать так, чтобы их наследникам досталось сравнительно меньшее количество тех благ, которыми они пользуются сами».³⁷ Авторы, опирающиеся на подобную «нормативную посылку равенства», полагают, что «следующие друг за другом поколения людей соединены между собой использованием Земли как общего наследства. В отношении к этому наследству каждое поколение занимает одинаковое (или равное) положение, являясь одновременно

³⁴ Анализ проблемы ответственности россиян перед будущими поколениями с позиций конституционно-правового подхода см.: Зорькин В. Д. Современный мир, право и Конституция. М., 2010. С. 528–536.

³⁵ Декларация об ответственности нынешних поколений перед будущими поколениями, принятая ЮНЕСКО в Париже 12 ноября 1997 г., а также Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия, принятая Генеральной конференцией ЮНЕСКО 16 ноября 1972 г., Рамочная конвенция ООН об изменении климата и Конвенция о биологическом разнообразии, принятые в Рио-де-Жанейро 5 июня 1992 г., Декларация Рио-де-Жанейро по окружающей среде и развитию, принятая Конференцией ООН по окружающей среде и развитию 14 июня 1992 г., Венская декларация и Программа действий, принятые Всемирной конференцией по правам человека 25 июня 1993 г., а также принятые начиная с 1990 г. Генеральной Ассамблеей ООН резолюции, касающиеся защиты глобального климата в интересах нынешних и будущих поколений, и др.

³⁶ Декларации прав американского штата Вирджиния // <http://univer5.ru...gosudarstva-i-prava...gosudarstva...prava>.

³⁷ Прокофьев А. В. Справедливость и газонефтяные доходы // Формирование морально-ценностных и правовых основ современной культуры: истоки и перспективы. Материалы межвуз. науч.-практ. конф. Тула, 2008. С. 186.

пользователем и распорядителем по доверенности».³⁸ Такая опора на конструкции наследственного права и общей собственности³⁹ возможна лишь в том случае, когда нынешние и будущие поколения людей рассматривают себя как части единого человеческого рода и подчиняют свою деятельность безусловному биологическому императиву выживания и развития этого рода. С точки зрения такого подхода каждый индивид существует в правовом отношении как член человеческого рода и одновременно — как носитель присущего лично ему специфического правового статуса. В этом смысле концепция прав будущих поколений возрождает идею братства, являющуюся составной частью великой идейной триады Французской революции.

Необходимо наполнить новым содержанием и основополагающее для права понятие «свобода», которое не должно сводиться лишь к свободе от давления со стороны внешнего произвола. Специалисты выделяют две основные линии в трактовке данного понятия, согласно которым свобода (т. е. свободная воля индивида) — это: 1) воля, не подчиненная давлению произвола со стороны другого индивида, социальной группы, публично-властных структур и т. д.; 2) воля, не связанная помимо чужого произвола также и иными внешними (по отношению к этой воле) обстоятельствами, обусловленными социальной или биологической слабостью самого индивида. Эти позиции в целом укладываются в два разных подхода к пониманию формального равенства в свободе, согласно которым равенство: 1) предполагает отказ от идеи равных стартовых возможностей и 2) корректирует исходное фактическое неравенство до максимально возможного в данных исторических условиях равенства стартовых возможностей.⁴⁰ Второй подход, в постсоветской России постепенно завоевывающий сторонников после кратковременного (но разрушительного по своим последствиям) доминирования либерального фундаментализма, предполагает такое понимание природы правового государства, согласно которому его социальная деятельность по защите незащищенных обделенных групп населения означает «не государственную благотворительность, продиктованную соображениями политического или морального характера, а реализацию социальным государством своей обязанности обеспечивать путем соответствующих компенсационных механизмов⁴¹ наиболее слабым

³⁸ Там же. С. 247.

³⁹ В связи с этим интересно отметить, что именно на конструкции наследственного права и общей собственности опирается концепция цивилизма В. С. Нерсисянца, которая (как и концепция прав будущих поколений) возрождает и развивает идею братства (См.: *Нерсисянц В. С.* Национальная идея России во всемирно-историческом прогрессе равенства, свободы и справедливости. Манифест о цивилизме. М., 2001. С. 21–31. — Об идее братства в контексте концепции цивилизма см.: *Лапаева В. В.* Типы правопонимания: правовая теория и практика. С. 167–168).

⁴⁰ См.: *Федотова В. Г.* Равенство социальное // Новая философская энциклопедия. Т. 3. М., 2001. С. 394.

⁴¹ «Восходящее к Пифагору, а затем к Платону, Аристотелю и вплоть до наших дней представление о двух видах равенства, — писал в связи с этим В. С. Нерсисянц, — является ложным. Такое понимание равенства возникло в условиях неразвитого права. Правовое равенство (в каждое данное время в своем объеме и смысле) всегда одно. Деление же равенства на демократическое и аристократическое, уравнивающее и распределяющее, строгое и пропорциональное и т. п. является формой выхода за рамки правового равенства в сторону привилегий... Разные характеристики равенства (пропорциональное, распределяющее и т. п.) остаются равенством лишь в тех пределах, в которых они не выходят за рамки правовой компенсаторности. Всякий выход в процессе

членам общества равенство стартовых возможностей в реализации гражданами своих основных прав и свобод». ⁴²

Соотношение этих двух разных трактовок свободной воли в рамках правового принципа формального равенства исторически изменчиво. Если говорить об общей тенденции, то можно сказать, что в период становления капитализма господствовал первый подход к пониманию свободной воли. Он означал сведение правового равенства к равенству перед общей для всех нормой закона, которая не дифференцирована по социальным группам таким образом, чтобы учесть незаслуженную слабость одних и силу других. Характерное для этого времени понимание существа права остроумно выразил Б. Франклин, который так сказал о демократии (а по сути дела, о праве): «Демократия — это договор между хорошо вооруженными джентльменами». Однако по мере развития демократии этот договор втягивает в свою орбиту все более широкие слои населения. В результате свобода воли человека все в большей степени предстает как его возможность воспользоваться своими правами в меру личных волевых усилий, т. е. в меру реализации человеком его сущности как разумного существа, обладающего свободной волей, когда эта воля не деформирована привнесенными обстоятельствами, связанными не только с давлением чужого произвола, но и с социобиологической слабостью самого индивида. Это вовсе не означает, что правовая норма утрачивает всеобщий характер. Просто в результате все большей дифференциации правового регулирования в зависимости от степени социальной защищенности тех или иных слоев общества сужаются границы, в которых норма имеет всеобщий характер, но суть права как *всеобщей* меры свободы при этом не меняется.

«Как бы ни был узок этот правовой круг, — подчеркивает В. С. Нерсесянц, — право выступает как всеобщая форма, как общезначимый и равный для всех этих лиц (различных по своему фактическому, физическому, умственному, имущественному положению и т. д.) одинаковый масштаб и мера... Правовая мера всеобща лишь в тех пределах и постольку, пока и поскольку она остается единой (и, следовательно, равной) для различных объектов измерения (регуляции), в своей совокупности образующих сферу этой всеобщности, т. е. круг различных отношений, измеряемых общей (единой) мерой. Всеобщность эта, следовательно, относительна, — она ограничена пределами действия единой меры в различных отношениях. Само равенство здесь состоит в том, что поведение и положение субъектов данного общего круга отношений подпадают под действие единой (общей, равной) меры». ⁴³ В этом смысле история политико-правового развития человечества предстает как *диалектически противоречивый процесс унификации и дифференциации сферы свободы* в общественной жизни, в основе которого лежит общий принцип универсальности прав человека, выражающий сущность человека как носителя разумной свободной воли.

Данный принцип требует, с одной стороны, расширения сферы права и его выхода за национальные границы, а с другой — все большего учета субъективных особенностей участников правового общения, т. е. все большей дифференциации субъектов права по социальным группам

пропорционально-распределяющего уравнивания за границы *правовой компенсации* (курсив мой. — В. Л.) ведет к появлению привилегий, т. е. к нарушению права» (Нерсесянц В. С. Философия права. С. 509 (сноска 1)).

⁴² Зорькин В. Д. Конституция живет в законах. Резервы повышения качества российского законодательства // Российская газета. 2014. 19 дек.

⁴³ Нерсесянц В. С. Философия права. С. 37.

с целью выравнивания стартовых возможностей представителей различных групп в сфере реальной реализации ими своей правоспособности. «Прогресс принципа равенства (исторический и логический), — подчеркивает В. С. Нерсисянц, — это движение (историческое и логическое) от хаоса к космосу; это выявление все новых и новых сфер для приложения и экспансии принципа равенства, все новых оснований, вариантов и методов для социального логарифмирования. Этой тенденции к унификации (монолизации) и к единообразию (уровню, т. е. фактическому равенству), кажется, противоречит тенденция к индивидуализации и многообразию фактических различий (т. е. тенденция к плюрализации)... Можно сказать: тенденция к эгалитаризации противостоит тенденции к плюрализации (разнообразия различий). Но это не противоположные тенденции, т. к. любая плюрализация (и разнообразие различий) протекает в рамках определенного единообразия, одного определенного эгалитарного принципа, определенной униформы, в границах определенного равенства».⁴⁴ Важно, отмечает он при этом, чтобы принцип равенства в чем-то одном не губил разнообразия в остальном, не мешал «проявлениям и функционированию, словом, жизни фактических различий и многообразий».⁴⁵

Либертарно-юридическая теория В. С. Нерсисянца не только допускает предложенное выше расширение понятия «другой», но и предполагает такую интерпретацию понятия «свобода», которая позволяет соединить идеи индивидуальной свободы и социальной справедливости на базе принципа формального равенства, т. е. в границах права. Однако сказанное не означает, что данная теория не нуждается в использовании научного потенциала коммуникативного подхода к правопониманию. На мой взгляд, лежащее в основе либертарно-юридической теории понимание права как правового закона, формируемого в рамках демократической процедуры правотворчества, может быть существенно развито за счет привлечения идей теории делиберативной демократии, разрабатываемой в рамках коммуникативного подхода к праву.

Теория делиберативной демократии, развиваемая прежде всего в работах Ю. Хабермаса, опирается на традиционный либеральный идеал «сообщества свободных и равных индивидов, которые в политической коммуникации определяют формы совместной жизни».⁴⁶ Но при этом демократия и право в его трактовке не просто внутренне взаимосвязаны (как в теории В. С. Нерсисянца, где демократия и право предстают как равноценные составляющие свободы в ее институциональном и нормативном выражении). Демократия у Ю. Хабермаса — это главная, конституирующая основа права, которое выступает как продукт демократического, т. е. справедливого, в его понимании дискурса. Права человека для него — это не только и не столько то, что обеспечивает возможность участия человека в процессе социальной и политической коммуникации, сколько продукт такого участия. Его концепция демократии участия, ориентированной на максимально полное вовлечение в политический процесс выработки решений всех заинтересованных сторон на равных основаниях, базируется на специфической трактовке гражданского общества, в рамках которой

⁴⁴ Нерсисянц В. С. К праву. О происхождении равенства. Из неопубликованного // Владик Сумбатович Нерсисянц / сост. В. В. Лапаева. Ереван, 2009. С. 3–4.

⁴⁵ Там же. С. 3.

⁴⁶ Денежкин А. «Фактичность и значимость» Ю. Хабермаса: новые исследования по теории права и демократического правового государства // Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 194.

«либералистское представление о гражданском обществе как сфере хозяйственного взаимодействия частных собственников уступает место модели добровольных ассоциаций, которые образуют центры политической коммуникации».⁴⁷

Суть современной демократизации он видит в установлении нового «разделения властей» — не между органами государственной власти, «но между различными источниками интеграции общества».⁴⁸ При этом Ю. Хабермас уделяет большое внимание необходимости уравновесить коммуникативное воздействие тех социальных институтов, которые он выражает через понятие «общественность» («*Öffentlichkeit*») и трактует как открытые формы «совместности жизнедеятельности людей (в противоположность относительной закрытости, обособленности частной жизни)»⁴⁹ с экономической и административной подсистемами общества. Интегративная сила коммуникации, которая обеспечивается через действие автономных образований общественности, пишет он, «должна утвердить себя в противовес системной интеграции, происходящей в рамках монетарных и административно-властных отношений... Такое самоутверждение... подразумевает также возможность влияния на системные компоненты общества через политическую систему».⁵⁰

Последний момент в этом высказывании представляет особый интерес. Речь идет о том, что политической системе в концепции Ю. Хабермаса отводится роль гаранта обеспечения тех этических начал социального дискурса, которые автор связывает с понятиями коммуникативной рациональности и основанной на ней процедурной справедливости. Гражданское общество как сфера деятельности общественности нуждается «в дополнении со стороны структурирующей государственной власти, которая понимается Ю. Хабермасом не как служебный орган для реализации конкретных программ, произведенных в процессе спонтанной самоорганизации общества как целого (республиканская модель), но и не как центр «анонимной» политической интеграции социума (либерализм). Скорее, принципы и структуры *правового* (курсив А. Денежкина. — В. Л.) государства трактуются в качестве механизма институализации политического дискурса общественности».⁵¹ Применительно к сфере правообразования речь идет о формализации того многоканального дискурса, который ведет общественность, и переводе его в политическую плоскость принятия законодательных решений. Современное право формируется и совершенствуется в процессе живого, постоянно обновляющегося диалога между парламентом и обществом.

Таким образом, в рамках его концепции демократии либеральная идея, согласно которой закон существует лишь для того человека, который участвовал (либо имел возможность участвовать) в его создании, получает новое развитие: правотворческий потенциал парламентской деятельности определяется тем, насколько образование мнений внутри парламентских

⁴⁷ Там же. С. 196.

⁴⁸ Там же. С. 193.

⁴⁹ Мотрошилова Н. О лекциях Ю. Хабермаса в Москве и основных понятиях его концепции // Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. С. 126.

⁵⁰ Habermas J. On the Relationship of Politics, Law and Morality. Frankfurt. University of Frankfurt, Dpt. of Philosophy. Undated. P. 15. — Цит. по: Фливберг Б. Хабермас и Фуко — теоретики гражданского общества // Социологические исследования. 2000. № 2. С. 127–128.

⁵¹ Денежкин А. «Фактичность и значимость» Ю. Хабермаса... С. 197.

групп оказывается восприимчивым к результатам неформального образования мнений в обществе. Можно сказать, что у Ю. Хабермаса правовой закон предстает как результат единства правового, политического и социального начал. Причем на социальную составляющую при этом ложится очень существенная нагрузка. Применительно к России такой подход, в частности, означает, что без формирования широко разветвленной сети структур общественности невозможно ввести законодательный процесс в правовое русло. До тех пор пока наиболее организованной частью нашего общества остается организованная преступность, правовое развитие страны будет заблокировано. Без институализированного, т. е. постоянно действующего и эффективного, влияния общественности на процессы формирования и функционирования законодательного органа никакое устойчивое и целенаправленное повышение правового качества законодательства невозможно в принципе.

Концепция делиберативного консенсуса как основы легитимности властных структур применима не только к парламенту, но и к другим органам государственной власти. Так, одним из актуальных направлений совершенствования правовой практики с использованием возможностей коммуникативного подхода является повышение демократической легитимности конституционного правосудия.

В период становления этого правового института проблема его демократической легитимности стала одним из основных пунктов знаменитой полемики основателя конституционного правосудия Г. Кельзена с К. Шмиттом — наиболее известным и влиятельным на тот момент критиком конституционной юстиции. К. Шмитт, выступавший против создания органа, который он охарактеризовал как «аристократию мантии», исходил из того, что «учреждение подобного рода гаранта конституции прямо бы противоречило политической логике демократического принципа». ⁵² При этом с помощью демократической риторики он обосновывал отнюдь не демократическую в своей основе идею о том, что гарантом и хранителем конституции должен быть исключительно президент как выразитель единства народа и носитель «нейтральной, посреднической, регулирующей и охраняющей власти». ⁵³ В лице всенародно избранного главы государства, считал он, преодолевается присущий конституционным монархиям дуализм общества и государства, который порождает противостояние между монархом и его правительством как олицетворением государства, с одной стороны, и парламентом как представителем общества — с другой. А поскольку в рамках парламентской демократии XX в. уже нет былого противостояния законодателя и правительства, то конституционный суд направлен здесь исключительно против демократически избранного парламента, выражающего принцип демократии. Г. Кельзен же со ссылками на имевшийся опыт конституционного правосудия утверждал, что это противостояние сохраняется и что угроза нарушения конституции нередко исходит от парламентского большинства, тесно связанного с главой государства и правительством. ⁵⁴

История наглядно продемонстрировала правоту Г. Кельзена в этом споре. А практика конституционно-правового развития на постсоветском пространстве показала, что даже наделение органов конституционного

⁵² Шмитт К. Государство. Право и политика. М., 2013. С. 215.

⁵³ Там же. С. 198.

⁵⁴ См.: Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции // Шмитт К. Государство. Право и политика. С. 405.

контроля очень весомыми формальными полномочиями негативного законодателя не только не превращает суд в орган, способный диктовать свою волю другим ветвям власти, но и не очень заметно укрепляет реальное положение суда в системе разделения властей. Введение в большинстве постсоциалистических государств кельзеновской модели сильного конституционного суда, которому «принадлежит “последнее слово”, когда речь идет об исключении неконституционных законов из правовой системы»,⁵⁵ во многом было обусловлено тем обстоятельством, что в ситуации неразвитого парламентаризма конституционные суды способны более адекватно выразить волю конституционного законодателя. Однако столь сильные полномочия конституционного суда не могут не вызывать опасений у других ветвей власти, провоцируя их на ослабление позиций суда с помощью большого и разнообразного набора средств, которыми богата социально-политическая практика.

Применительно к России можно с уверенностью сказать, что те, кто занимается реальной политикой, хорошо понимают, что, если ситуация в стране дестабилизируется, именно Конституционный Суд РФ окажется тем органом, у которого формально есть «право последней руки» в принятии судьбоносных для страны решений. Наличие у Конституционного Суда РФ полномочий, позволяющих многим специалистам отводить его решениям такое место в иерархии нормативных актов, которое максимально приближено к нормам Конституции,⁵⁶ в современных условиях не только усложняет положение Конституционного Суда в системе разделения властей, но и накладывает на Суд большую историческую ответственность. Сказанное не означает, что Конституционному Суду надо отказываться от использования имеющихся у него полномочий и от сопряженной с ними ответственности. Но, возможно, ему следовало бы доступными средствами подстраховаться в части усиления своей демократической легитимности.⁵⁷ С этой точки зрения представляет интерес предложенная М. ван Хуком модель демократической легитимации решений, принимаемых органом конституционного правосудия, которая основана на ряде последовательных циклов коммуникации.⁵⁸

Первый коммуникативный цикл — это обмен аргументами сторон правового спора с участием конституционного суда в качестве арбитра. Если суд убедит участников спора в правомерности своего решения, то такое решение, скорее всего, может считаться легитимным в глазах всего общества. В любом случае (особенно если аргументация суда не будет достаточно убедительной) дело может стать предметом анализа со стороны представителей юридической науки и практики. И это будет следующий коммуникативный цикл с участием профессионального интерпретирующего сообщества. Когда предмет спора представляет широкий общественный интерес, дело освещается в СМИ или в сети Интернет, втягивает заинте-

⁵⁵ Гарлицкий Л. Легитимность конституционного контроля: старые проблемы и новые тенденции // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 4. С. 132.

⁵⁶ Там же. С. 130.

⁵⁷ Подробнее см.: Лапаева В. В. Создание центра конституционного права как фактор повышения демократической легитимности конституционного правосудия // Современный конституционализм: вызовы и перспективы. Материалы междунар. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации / отв. ред. В. Д. Зорькин. М., 2014. С. 214–221.

⁵⁸ См.: Ван Хук М. Конституционные суды и делиберативная демократия // Правоведение. 2013. № 2. С. 142–144.

ресованные слои общества в его обсуждение, расширяя таким образом соответствующее пространство коммуникации. В случае наиболее резонансных дел (когда спор о праве касается проблем, составляющих то, что называется «общим делом») обсуждение переходит на следующий коммуникативный круг, в который вовлечена вся публичная сфера общества.

Особое место в структуре дискурса по поводу решений конституционного суда той или иной страны занимают решения и правовые позиции наднациональных судов, отражающие точку зрения регионального или мирового интерпретирующего сообщества. Применительно к пространству Совета Европы важно подчеркнуть, что при всей обязательности для национальных правовых систем эти решения не предписываются «сверху», а являются итогом постоянного обмена мнениями между ЕСПЧ и национальными судами, в результате которого происходит корректировка позиций всех участников коммуникации. Таким образом, демократическая легитимация конституционного правосудия осуществляется в рамках широкого национального и наднационального общественного форума, через который, с одной стороны, реализуется социальный контроль за правовым качеством решений конституционных судов, а с другой — правовые позиции судов и лежащая в их основе правовая идеология укореняются в массовом правосознании, укрепляя таким образом демократическую легитимность этих органов власти.

2. При всем значении указанных выше направлений развития правовой теории и практики главным показателем научно-практического потенциала того или иного типа правопонимания в рамках российской теории права является его способность предложить юридическую догматику, адекватную главной задаче текущего момента — отграничения права от произвола. Коммуникативные концепции права пока что не проявили себя в этом вопросе. Наиболее заметные усилия по обновлению догмы российского права в данном направлении предпринимаются сейчас сторонниками *либертарно-юридической догматики*, в основе которой лежит представление о том, что язык права носит не дескриптивный, а прескриптивный характер. Это значит, что он «не просто описывает то или иное фактическое состояние, но трактует (интерпретирует) его с позиций юридически должного»,⁵⁹ предписывает рассматриваемому фактическому состоянию надлежащие правовые характеристики. В настоящее время можно выделить следующие основные направления формирования догмы права, в которых работают сторонники либертарно-юридического правопонимания: это построение системы принципов права, разработка критериев ограничения права и осмысление природы правовой нормативности.

Принципы права — основные идеи и руководящие положения, определяющие содержание и направления правового регулирования, — являются, как справедливо замечено, связующим звеном между социально-философской и юридико-догматической интерпретациями права.⁶⁰ На практике это означает, что именно на принципы права ложится главная нагрузка по обеспечению взаимодействия правовой системы с другими социальными системами, представляющими совокупность нравственных, идеологических, политических, экономических, религиозных и т. д. отношений. В этом смысле принципы права могут рассматриваться как

⁵⁹ *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. Учебник для вузов. М., 2004. С. 383.

⁶⁰ *Сидоркин А. С.* Принципы права: понятие и реализация в российском законодательстве и судебной практике. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2011. С. 2.

«своеобразные “окна”, через которые на закрытые правовые системы... оказывают влияние разнообразные социальные факторы». ⁶¹ Развивая эту аналогию, можно сказать, что такие «окна» распахнуты в сторону многогранной и разнообразной системы социальных ценностей и выстроены они таким образом, чтобы пропускать через себя только те ценности, которые поддаются юридикации.

Особенность либертарно-юридической догмы права заключается в том, что она выстраивается путем конкретизации абстрактного сущностного (т. е. всеобщего для правовой сферы) принципа формального равенства, что придает системе правовых принципов, лежащих в ее основе, иерархизированный и аксиоматичный характер. ⁶² Именно в этом и заключается главное отличие либертарно-юридического подхода как от естественно-правовой доктрины, ориентированной на партикулярные по своей природе нравственные принципы, так и от коммуникативных теорий права, сторонники которых считают, что «между принципами права и законодательством... нет логически выводимой связи» и что «из одного и того же принципа права или конституционного положения можно сделать логически непротиворечивым способом значительно отличающиеся выводы». ⁶³

Другое важное направление догмы права, в котором достаточно полно раскрылся потенциал либертарно-юридического подхода, связано с разработкой *критериев ограничения конституционных прав человека федеральным законом*. При всем значении конституционных формулировок, закрепляющих основные права и свободы человека и гражданина, наиболее существенные гарантии прав человека определяются не столько самим каталогом этих прав, сколько конституционными критериями (основаниями и пределами) их ограничения. В настоящее время уже достаточно очевидно, что сформулированная Конституционным Судом правовая позиция по вопросу о критериях ограничения прав человека ⁶⁴ нуждается

⁶¹ *Правоприменение: теория и практика* / отв. ред. Ю. А. Тихомиров. М., 2008. С. 59.

⁶² См.: *Варламова Н. В.* Философия права и юридическая догматика (проблема внутренней непротиворечивости правовой теории) // *Юриспруденция XXI века: горизонты развития. Очерки*. СПб., 2006. С. 269–300. — Аксиоматичный — потому что все правовые принципы логически выводятся из всеобщего принципа формального равенства, который для этой теории является исходным положением, принимаемым в качестве бесспорного, а иерархизированный — потому что в рамках данной системы принципов есть критерий построения иерархии, в качестве которого выступает мера конкретизации исходного принципа формального равенства.

⁶³ *Честнов И. Л.* Правовая коммуникация в контексте постклассической эпистемологии // *Правоведение*. 2014. № 5. С. 35. — «Неопределенность в юриспруденции, — развивает эту мысль автор, — ставит под сомнение ее краеугольный камень — принцип верховенства права, в частности, его важнейшее положение стабильности и непротиворечивости правовой системы» (Там же). Юрист, который ставит под сомнение верховенство права, по сути, признает приоритет властного произвола или иных — политических, религиозных, нравственных и т. д. — социальных регуляторов, каждый из которых стремится навязать всему обществу свои партикулярные ценности.

⁶⁴ Суть этой позиции сводится к юридической конструкции, согласно которой ограничение прав человека федеральным законом должно осуществляться по *основаниям*, связанным с защитой конституционных ценностей (в том числе и других прав человека), и в *пределах*, заданных необходимостью а) обеспечить соразмерность между ограничением прав человека и защищаемыми конституционными ценностями и б) сохранить существо самого права. См. абз. 4 п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 г. № 15-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан российской Федерации» в связи с за-

в теоретическом осмыслении и развитии. С позиций либертарно-юридического правопонимания предложены подходы к конкретизации таких ключевых понятий этой правовой позиции, как «соразмерность между ограничением прав человека и защищаемыми ценностями общего блага» и «существо права, в которое законодатель не может вторгаться».⁶⁵

Большие перспективы для развития либертарно-юридической догматики связаны с осмыслением *природы правовой нормативности*. Это касается прежде всего возможностей упорядочения и систематизации позитивного права на основе той единой регулятивной модели, какой является норма права. Если правовая доктрина, писал В. С. Нерсисянц, трактует позитивное право «как определенное системно-регулятивное целое, как право, представляющее собой систему норм права», то это по существу означает, что «прежде всего *само право в целом* (право как системное нормативно-регулятивное целое) мыслится как *единая норма права и именно как позитивно-правовая норма* (с соответствующими структурными компонентами — диспозицией, гипотезой и санкцией) (курсив автора. — В. Л.)».⁶⁶ Это положение, отражающее *понимание права как правового закона* и относящееся как к отдельной правовой норме, так и к правовому институту, и к отрасли права, и ко всей нормативно-правовой системе, имеет значение прежде всего для юридико-догматической интерпретации Конституции РФ. С позиций такого понимания правовой нормативности Конституции РФ как ядро нормативно-правовой системы, основанной на правах человека, следует рассматривать в качестве самостоятельной правовой нормы, в рамках которой применительно к любому из конституционных прав человека можно выделить диспозицию, гипотезу и санкцию.⁶⁷

Обозначенный круг проблем, разрабатываемых в настоящее время в рамках либертарно-юридической догматики, разумеется, не исчерпывает всей проблематики догмы российского права, нуждающейся в обновлении в свете актуальных потребностей российской правовой практики. Здесь кратко очерчены лишь те направления усилий, в которых наиболее заметно продвижение в сторону формирования человекоцентристской юридической догматики и которые в наибольшей степени отвечают задачам разработки «современной догмы российского права, способной надлежащим образом конкретизировать конституционно-правовые принципы и нормы, переводя их в плоскость практической правотворческой

просом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С. А. Бутмана, К. А. Катаняна и К. С. Рожкова (Российская газета. 2003. 31 окт.).

⁶⁵ Лапаева В. В. Критерии ограничения прав человека и гражданина в Конституции Российской Федерации // Государство и право. 2013. № 2; Варламова Н. В. Принцип пропорциональности как основа осуществления публично-властных полномочий // Aequum ius. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д. В. Дождева / отв. ред. А. М. Ширвиндт. М., 2014. С. 4–30 и др.

⁶⁶ Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства. С. 388. — В связи с этим он критикует Г. Кельзена, у которого основание нормативности позитивного права заключается не в самом позитивном праве (не в том, что само право в целом — это единая норма права), а вне его — в некой логической постулируемой «основной норме», которая не является нормой позитивного права.

⁶⁷ Подробнее см.: Лапаева В. В. Формирование современной юридической догматики — актуальная задача российской теории права // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции. К 60-летию Андрея Васильевича Полякова. Т. 2. СПб., 2014. С. 207–210.

и правоприменительной деятельности».⁶⁸ В заключение хочу сказать, что в нашей теории права проблемам юридической догматики уделяется крайне незначительное внимание. В последние годы все с увлечением занимаются конструированием собственных понятий права и правовых концепций, забывая о том, что догма права как связующее звено между правовой теорией и практикой — это сейчас главный критерий конкурентоспособности разных типов правопонимания. Для современной российской теории права это тот Родос, о котором когда-то говорили: «*Hic Rhodus, hic salta*».

⁶⁸ Зорькин В. Д. Конституционный вектор России. 20 лет реализации Основного Закона страны // Российская газета. 2013. 19 нояб. (rg.ru/2013/11/19/posizia.html).