

ПРОБЛЕМА ЛЕГИТИМНОСТИ ПРАВА:
РАЗМЫШЛЕНИЯ «НА ПОЛЯХ» МОНОГРАФИИ
В. В. ДЕНИСЕНКО «ЛЕГИТИМНОСТЬ КАК
ХАРАКТЕРИСТИКА СУЩНОСТИ ПРАВА»¹

И. Л. ЧЕСТНОВ*

Автор статьи излагает основные положения монографии В. В. Денисенко «Легитимность как характеристика сущности права». Актуальность исследования легитимности состоит в утрате доверия к тому социальному порядку, который сегодня утвердился в мире, и к тем понятиям, которые идеологически его легитимировали. Автор работы в первой главе проводит различие понятий «легитимность» и «легальность (законность)» как различие между процессом и свойством. «Легитимация», по мнению В. В. Денисенко, — это процесс придания позитивному праву его законной силы. Легитимация зависит от исторической эпохи и политического режима, может быть религиозной, харизматической, формально-юридической. Легальность (законность) — это лишь один из способов придания законам легитимности, т. е. один из способов легитимации закона. Не принудительность, но прежде всего авторитет, признание норм позволяет им действовать, поэтому легитимность закона является главным сущностным свойством позитивного права, а не обеспеченность принуждением. Вторая глава монографии посвящена легитимности права в современном обществе, и в ней развертывается аргументация в пользу формальной рациональности против суггестии в процессе легитимации права.

Автор статьи приводит аргументы в пользу дополнительности процедурно-рационального способа легитимации права и идеолого-суггестивного.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: легитимность права, кризис легитимности права, теория коммуникативного действия, критический дискурс-анализ, постклассическая методология права.

CHESTNOV I. L. PROBLEM OF LEGITIMACY OF LAW: REFLECTIONS “ON THE MARGINS” OF V. V. DENISENKO’S MONOGRAPH “LEGITIMACY AS A CHARACTERISTICS OF THE ESSENCE OF LAW”

The author of the article states the main provisions of V.V. Denisenko’s monograph “Legitimacy as a Characteristics of the Essence of Law”. The study of legitimacy is

¹ Денисенко В. В. Легитимность как характеристика сущности права. Введение в теорию. Монография. М.: Юрлитинформ, 2014. 184 с.

* Честнов Илья Львович — доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права С.-Петербургского юридического ин-та (филиала) Академии Генеральной прокуратуры РФ; заслуженный юрист РФ.

Chestnov Ilija Lvovich – doctor of legal sciences, professor of the Department of Theory and History of State and Law, St. Petersburg Legal Institute (Branch) of the Academy of the General Prosecutor’s Office of the Russian Federation; honoured jurist of the Russian Federation.

E-mail: ichestnov@gmail.com

© Честнов И. Л., 2014

urgent due to the loss of confidence in the social order which has been established in the modern world and in those notions which have legitimized it ideologically. The monograph's author in the first chapter distinguishes between the notions of "legitimacy" and "legality (lawfulness)" as between a process and a feature. According to V.V. Denisenko, "legitimization" is a process of legalization of positive law.

Legitimization depends on the historical epoch and the political regime. It may be a political one, a charismatic one, and a formal legal one. Legality (lawfulness) is one of the methods to legitimize statutes, that is, one of the methods of statutes' legitimation. Authority and acknowledgment of norms, rather than their coercive character, enables them to be applicable. Therefore, legitimacy of a statute, rather than its enforceability by its coercive nature, is a main essential characteristics of positive law.

The second chapter of the monograph is devoted to legitimacy of law in the modern society. This chapter gives arguments in favour of the formal rationality as opposed to the suggestion in the process of legitimation of law.

The author of the article gives arguments in favour of the complementary character of procedural and rational method and ideological and suggestive method of legitimation of law.

KEYWORDS: legitimacy of law, crisis of legitimacy of law, theory of a communicative action, critical discourse-analysis, postclassical methodology of law.

Легитимность права — сегодня одна из важнейших проблем юридической науки. Ее актуальность обусловлена, во-первых, утверждением о том, что легитимность есть сущностный признак права,² а это требует как минимум теоретического обоснования. Во-вторых, это общесоциальная проблема утраты веры в тот социальный порядок, который сегодня утвердился в мире, и в те понятия, которые идеологически его легитимировали. Такие

² Признание другого как любого, каждого равноправного субъекта права — имманентный признак права, по мнению А. В. Полякова, С. И. Максимова и некоторых других современных авторов. «Способность к признанию, — пишет известный украинский теоретик права, — является собственно правовой способностью, делающей право возможным. Акты признания — это особые интенциональные акты, выражающиеся в направленности на Другого, при этом он рассматривается как ценность вне зависимости от степени его достоинств, как ценность, заслуживающая гарантий защиты со стороны права. Ценностно значимый акт признания есть то, что конституирует "клеточку" права, представляет собой конститутивный момент правосознания» (Максимов С. И. Концепция правовой реальности // Неклассическая философия права: вопросы и ответы / под ред. А. В. Стовбы. Харьков, 2013. С. 54–55). «...Что означает признание права (правовых текстов)? — вопрошает А. В. Поляков. — Это есть признание неких общих рамок поведения, т. е. определенных прав и обязанностей, связывающих всех членов общества; признание их "объективного", независимого от индивидуальной воли лица, и социально значимого (ценностного) характера, понимание их содержания и порядка реализации, включая признание возможности наказания за несоблюдение таких правил. ...Право легитимируется не только через виртуальные тексты первичных источников права и не только через политические тексты государственной власти, но и через актуальные тексты, создаваемые самой практикой реализации прав и обязанностей» (Поляков А. В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. СПб., 2009. С. 18). Справедливости ради следует оговориться, что уже Г. Гегель, по крайней мере в йенский период своего творческого пути, полагал, что «признание рождается одновременно с отношениями права. Право есть обоюдное признание» (См.: Рикер П. Путь признания: три очерка. М., 2010. С. 172).

ранее казавшиеся очевидными понятия, как общество, социальность, идентичность, социальная группа и др., с помощью которых классическая социальная философия и наука объясняли (или пытались объяснить) все остальные общественные явления и процессы, нынче представляются наиболее спорными, не имеющими «единственно правильного» описания и объяснения. Это связано не только с «недоверием к метанарративам» как визитной карточке постмодернизма, но и с осознанием принципиальной ограниченности человеческого разума и, как следствие, непредсказуемости любых или менее сложных социальных решений в «обществе риска».³ «Поскольку вряд ли какие бы то ни было попытки свести всю сложность мира к аккуратной и исчерпывающей классификации могут быть успешными, — утверждает З. Бауман, — двойственность едва ли будет побеждена и перестанет угрожать алчущим безопасности. Скорее, карты показывают обратное: чем сильнее желание порядка и лихорадочней попытки его установить, тем больше возникает двусмысленностей, тем глубже вызываемое ими беспокойство. И мало шансов, что установление порядка будет когда-нибудь завершено, ибо оно является занятием самоподдерживающимся и самовозрастающим, оборачивающимся саморазрушительной деятельностью».⁴ Более того, власть использует хаос в качестве «грозного орудия власти в ее претензиях на господство» (курсив З. Баумана), поэтому «“Порядок”... — полемическая и по сути своей спорная концепция».⁵

Можно и дальше перечислять аргументы в пользу значимости разработки этой проблемы. При этом приходится с сожалением констатировать, что сегодня юристы ее — эту проблему — не замечают. В связи с этим симптоматично появление монографии В. В. Денисенко «Легитимность как характеристика сущности права». В первой главе небольшой по объему, но весьма содержательной книги автор анализирует природу и различные подходы к легитимности права. При этом сразу же заявляется различие понятий «легитимность» и «легальность» (к чему В. В. Денисенко не раз обращается на страницах монографии — с. 5, 6, 13 и др.). Стоит процитировать некоторые интересные размышления ученого на этот счет: «Причина, по которой ряд отечественных ученых-правоведов отождествляют категории “легитимность” и “легальность (законность)”», видится в том, что эти исследователи не делают различия между процессом и свойствами, то есть между “легитимацией” и “легитимностью”... Те же ученые, для которых легитимность и легальность (законность) — это одно и то же, просто смешивают с легитимностью один из способов легитимации, а именно легальный. ... “Легитимность” — это категория, которая имеет самостоятельное от иных терминов содержание, в отличие от законности (легальности) характеризуется не объективные, но субъективные аспекты, а именно — признание субъектом права и государства. ... “Легитимация” — это процесс придания позитивному праву его законной силы. Легитимация зависит от исторической эпохи, политического режима, может быть религиозной, харизматической, формально юридической (то есть легитимация “через

³ «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 глобализма. Новая всемирно-политическая экономика / пер. с нем. А. Б. Григорьева, В. Д. Седельника; послесл. В. Г. Федотовой, Н. Н. Федотовой. М., 2007. С. 153).

⁴ Бауман З. Индивидуализированное общество / пер. с англ. под ред. В. Л. Иноземцева. М., 2002. С. 42.

⁵ Там же.

процедуру», как называет современный тип легитимации Н. Луман). ...Легальность (законность) — это лишь один из способов придания законам легитимности, то есть один из способов легитимации закона» (с. 14–15).

Далее, рассматривая проблемы современной философской методологии применительно к легитимности права, автор приходит к заключению, что отечественной юриспруденции «необходима принципиально новая философская парадигма в понимании природы, онтологической сущности позитивного права» (с. 17) и, соответственно, его легитимности. По его мнению, право следует понимать как «*нормативную социальную систему, которую нельзя свести к какому-либо формальному источнику права. Для того чтобы полноценно раскрыть процессы, происходящие в сфере права как социальной системе, необходимо использовать в качестве философской методологической основы теорию, использующую как понимающий, так и объективистский подходы к обществу*» (с. 24) (курсив В. В. Денисенко). Наиболее перспективными подходами, которые, по мнению автора, можно для этого использовать, являются концепция габитуса П. Бурдьё и теория коммуникативного действия Ю. Хабермаса, достаточно обстоятельно рассматриваемые на страницах монографии. Симптоматичным является методологический вывод автора: «В контексте вышеизложенного следует констатировать необходимость пересмотра устаревшей философской парадигмы бытия, лежащей в основе методологии отечественного правоведения. Поэтому для научного исследования права как социального регулятора неизбежным является использование юридической наукой в разработке методологии исследований общественных наук XX в., таких, как антропология, психология, социология и семиотика» (с. 33).

В третьем, центральном в содержательном смысле, параграфе первой главы, озаглавленном «Легитимность как сущностная черта позитивного права», утверждается: «Без понимания вопросов легитимности права как вида социальных норм, нельзя ответить на вопрос — как формируются нормативные порядки, обладающие силой связывать волю индивидов, направлять их поведение. Именно признание позитивного права является причиной его исполнения, наделяет его силой в правоотношении, ибо реализация закона исключительно по причине страха наказаний, так называемое маргинальное правомерное поведение, никогда не будет достаточным для достижения целей правового регулирования» (с. 40). «Таким образом, можно сделать вывод, — утверждает В. В. Денисенко, — что не принудительность, но прежде всего авторитет, признание норм позволяет им действовать, поэтому *легитимность* закона является главным сущностным свойством позитивного права, а не *обеспеченность принуждением*, поэтому легитимность является свойством, признаком права, который наряду с иными качествами характеризует онтологическую сущность права, и поэтому изучение легитимности как правовой категории является вполне обоснованным (здесь и далее курсив В. В. Денисенко. — И. Ч.) (с. 45)».

Далее автор анализирует проблемы легитимности права в различных типах правопонимания (параграф 4) и природу легитимности права с точки зрения соотношения рациональности и суггестии (внушения) (параграф 5). Последняя проблема — полемика с одним из рецензентов монографии Ю. Ю. Ветютневым — представляется весьма интересной и важной, и на ней стоит остановиться несколько подробнее. «В разные эпохи легитимация, то есть процесс достижения легитимности, происходил по-разному, но первичен вопрос, может ли легитимность законов быть рациональной или же это результат внушения?» (с. 70). Возражения против тезиса о том, что «право формируется в современных правовых системах (не относящихся

к системам религиозного либо традиционного права) путем рационального выбора субъектов, — пишет В. В. Денисенко, — сводятся либо к недоверию способности непрофессионалов принимать решения, участвовать в правосорочестве, либо к убеждению в том, что это лишь иллюзия и манипуляции с общественным сознанием» (с. 76). Сам же автор недвусмысленно утверждает, что, «если в традиционном обществе процесс легитимации права носил суггестивный характер (то есть характер внушения), по мере процесса десакрализации сферы власти и законов происходит процесс, который М. Вебер назвал “расколдовывание мира”, связанный с переходом от сакрального к светскому восприятию государства и законов, легитимность стала приобретать рациональный характер» (с. 93–94). При этом несколькими страницами ранее В. В. Денисенко констатировал, что дальнейшее развитие формализма права как «качество западной правовой культуры» приводит к кризису легитимности (с. 91).

Вторая глава монографии посвящена легитимности права в современном обществе, и, по большому счету, в ней разворачивается аргументация в пользу формальной рациональности против суггестии в процессе легитимации права. Это доказывается анализом процесса социальной эволюции (параграф 1) и характеристикой модернизации современного общества (параграф 2). Попутно обсуждается проблема постмодернизма (или общества «позднего модерна») и мультикультурности в связи с легитимностью права. Затем автор возвращается к проблеме кризиса права, связанного, прежде всего, с кризисом его легитимности, который «непосредственно связан с процессами модернизации, возникновением в обществе новых противоречий (так называемых социальных патологий современности) и проблемами правового регулирования» (с. 123). По мнению В. В. Денисенко, «современное общество характеризуется ослаблением религиозных и моральных регуляторов общественных отношений, усилением роли позитивного права вследствие дифференциации ценностных сфер» (там же). В то же время автор заявляет: «Причина возникновения патологий правовой модернизации заключается в том, что доминирование позитивного права в системе социальных норм разрушает традиционные общественные связи, что, помимо негативных культурных последствий, приводит и к таким юридическим проблемам, как рост национализма, уменьшение эффективности права вследствие потери коллективной идентичности» (с. 123–124). В связи с этим критикуется инструментальный «механистический» подход к праву, который не учитывает роль личности и необходимость легитимности права (с. 126–132).

В четвертом параграфе обстоятельно обсуждается кризис правового регулирования, связанный, по мнению автора, с «юридификацией общества»: «...регламентация большинства отношений позитивным правом приводит к тому, что оно становится слишком сложным и формальным для граждан. Такой процесс приводит к кризису правового регулирования и кризису легитимности позитивного права» (с. 135). По мнению В. В. Денисенко, такой кризис можно преодолеть только «с позиции коммуникативной рациональности, основанной на интересубъективном понимании права», а не на «концепции аутопойезиса» (с. 137). «С точки зрения теории коммуникативной рациональности, — пишет автор, — право должно рассматриваться не только как инструмент или механизм достижения цели, но как процедура достижения взаимопонимания между субъектами, процесс поддержания коммуникативных связей, достижения консенсуса» (с. 139). И далее: «Сегодня стало очевидно, что внешнее воздействие, в том числе информация, заключенная в нормах права, не детерминирует

общественные отношения непосредственно. Поэтому необходимо учитывать “человеческий фактор”, выражающийся в правовой культуре, опосредующий правовое воздействие на массовое поведение населения при помощи демократических процедур» (с. 141–142).

Одним из средств преодоления кризиса легитимности общества и права автор считает гражданское общество, чему посвящен заключительный, пятый, параграф монографии. При этом подчеркивается, что «современное гражданское общество отнюдь не является панацеей от злоупотреблений государства, более того, развитие общества на основе индивидуалистической, формально-правовой идеологии привело к фетишизму, опредмечиванию власти, отчуждению личности» (с. 148). Только если «в обществе существует высокий уровень доверия, способствующий объединению граждан, то законодательство будет достигать своих целей» (с. 154).

В заключение, подводя итог исследованию легитимности права, автор утверждает: «Легитимность — это юридический термин, применяемый для характеристики позитивного права, обладающего престижем, в силу которого он диктует обязательные требования и устанавливает образцы поведения. ...Легитимность характеризует сущность позитивного права, через легитимность оно раскрывается как действующий институт в том или ином обществе. ...Легитимация — это процесс придания праву своего официального статуса, значения. Легитимация не является неизменным явлением, в процессе социальной эволюции происходит постепенное изменение мотивов и ценностей, легитимирующих позитивное право. ...Нельзя легитимировать право, аргументируя это наличием в нем вневременных принципов. Это связано с тем, что определенные ценности, лежащие в основе права, которые разделяются одними гражданами, могут быть нелегитимны для других социальных групп» (с. 157, 159).

Соглашаясь с большинством интересных и плодотворных идей, высказанных автором на страницах монографии, позволю сформулировать свою позицию «на заданную тему», тем более что над проблематикой легитимности права приходится размышлять постоянно.⁶

Легитимность — парадоксальное явление.⁷ **Парадоксами легитимности** являюся: недоверие к власти и одновременно необходимость власти;⁸ отсутствие соотносительности принятия системы права и отдельных норм права⁹; необходимость постоянного выхода за рамки легитимного

⁶ Из последних публикаций на этот счет см.: Честнов И. Л. 1) Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 302–306; 2) Методология юриспруденции // История и методология юридической науки. Учебник для вузов / под ред. Ю. А. Денисова, И. Л. Честнова. СПб., 2014. С. 334–336; 3) Стадии механизма правового регулирования как инструмента социального контроля // Сидоров С. А., Честнов И. Л. Механизм правового регулирования в системе социального контроля. Монография. СПб., 2014. С. 198–204; 4) Источник права как механизм правообразования // Социокультурная антропология права. Коллективная монография / под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. СПб., 2015. С. 295–300.

⁷ О парадоксе(ах) авторитета см.: Рикер П. Справедливое. М., 2005. С. 207 и след.

⁸ М. Фуко утверждал, что власть не только подавляет и угнетает, но и способна созидать. Сообразуясь с системой знания, власть как «микрофизическое явление» проникает в ткань общественных отношений и обеспечивает воспроизводство социальной реальности (Foucault M. Power // Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977. Brighton, 1980. P. 38).

⁹ О различии действительности норм в рамках данного правопорядка и действительности самого правопорядка, которая фактически сводится к его действенности и легитимности как условию действенности, пишет Н. В. Варламова (Варламова Н. В.

правопорядка для его совершенствования — для легитимности права необходимо недоверие к нему. Признание другого как равноправного субъекта права (носителя статуса) обусловлено психическими стереотипами межличностного восприятия, предубеждениями, в том числе приписыванием отрицательных свойств любому представителю другой социальной группы.¹⁰ Другой в традиционном мышлении — это, как правило, чужой. Для преодоления такого положения дел как раз и необходим диалог как политика толерантности, признание другого равноправным мне и любому Другому. Эта проблема усугубляется сложной структурированностью, высокой социальной мобильностью и фрагментарностью, мультикультурностью современного социума. При фрагментаризации референтности как таковой и референтных групп ставится под вопрос принятие всеми единого для данного социума правопорядка. Существует ли таковой или следует говорить о множественности правопорядков? Признание другого предполагает необходимость учета (а значит — четкой идентификации) социального (и правового) статуса контрсубъекта, а также единство «когнитивной базы» — неких общих представлений об устройстве мира и положении в нем человека.¹¹

Институты, утверждает П. Рикер, легитимируются дискурсами и текстами, а эти последние производятся, высказываются и публикуются институтами, жаждущими легитимации.¹² Отсюда возникает еще один парадокс легитимности — парадокс представительства — самоосвящения представителя, действующего якобы от имени представляемого. Парадоксальность представительства состоит в том, что доверенное лицо обретает власть над передавшим ему свои полномочия.¹³ Это связано с тем, что группа образует себя как раз с помощью делегирования, наделяя мандатом выступать от своего имени какого-либо индивида. В результате возникает отношение метонимии: доверенное лицо превращается в часть группы, которая может функционировать как знак вместо целой группы. «Обозначающее — это не только тот, кто выражает и представляет обозначаемую группу; это тот, благодаря кому группа узнает, что она существует, тот, кто обладает способностью, мобилизуя обозначаемую им группу, обеспечивать ей внешнее существование».¹⁴ В связи с этим справедливым представляется вывод Ж. Деррида о том, что народ США как таковой возникает в результате подписания своими представителями декларации независимости США, так как «подпись измышляет подписывающего».¹⁵

Особое значение проблема представительства приобретает в эпоху глобальных проблем современности, когда происходит рост некомпетентности масс вследствие дифференциации знания. Может ли народ давать

Нормативность права: проблемы интерпретации // Правовая коммуникация и правовые системы // Труды Института государства и права Российской академии наук / под ред. Ю. Л. Шульженко, Н. В. Варламовой. № 4. 2013. С. 94).

¹⁰ Самопризнание и взаимное признание, — пишет П. Рикер, — всегда остается незавершенным и наиболее уязвимым по причине постоянно сохраняющейся асимметрии отношения к другому по модели помощи, а также и наличия реальных препятствий» (Рикер П. Путь признания. С. 71). В то же время взаимность возможна только при наличии асимметрии «я — другой» (Там же. С. 148).

¹¹ Красных В. В. «Свой» среди «чужих»: миф или реальность? М., 2003.

¹² Рикер П. Справедливое. С. 209.

¹³ Бурдые П. Делегирование и политический фетишизм // Социология политики. М., 1993. С. 233.

¹⁴ Там же. С. 239.

¹⁵ Деррида Ж. Отобиография // Ad Marginem. Ежегодник. М., 1994. С. 179.

компетентные наказания своим избирателям или хотя бы компетентно их контролировать, если признать преимущества свободного мандата над императивным? Сомнительность положительного ответа вытекает как раз из растущей некомпетентности большинства и манипулируемости общественным мнением.¹⁶ Проблема представительства усугубляется также тем, что, как доказал К. Арроу, с одной стороны, результат голосования — единственного способа обеспечить представительство — прямо зависит от процедуры его проведения, а с другой стороны, не существует правила коллективного выбора, удовлетворяющего принципам демократии.¹⁷

С позиций современной постклассической методологии легитимность права — это не статичная данность, и даже не состояние, о чем пишет В. В. Денисенко, а процесс или механизм постоянного подтверждения принятия права населением. Механизм легитимации права предполагает объяснение его формирования, воспроизводства и изменения. Нормативизм, как и юснатурализм вообще эту проблему не поднимают и не решают: с точки зрения позитивистов политика права выходит за рамки юридической науки, а позиция естественного права предполагает, судя по всему, божественную креацию вечных неотчуждаемых прав человека, принципов морали. Социология права рассматривает легитимность права, прежде всего, с точки зрения действительности права как его действительности. Именно такую точку зрения отстаивает Н. В. Варламова, демонстрируя тем самым движение в сторону социологического либертариизма. «Нормативность любого социального регулятора и права в том числе следует понимать как совокупность требований должного, обусловленных сущим, выводимых из сущего и легитимированных им. Любая социальная норма — это не просто требование должного, но и отражение социально типичного (“нормального”) сущего. ...Источник любой социальной нормы кроется в сущем: она выражает и закрепляет социальную целесообразные модели поведения и устанавливается и (или) обеспечивается авторитетной инстанцией (фактически признаваемой таковой, даже если она считается трансцендентальной)».¹⁸ Действительность правопорядка, обеспечивающая действительность отдельных норм права, полагает Н. В. Варламова, «фактически сводится к его действительности и легитимности как условию действительности...».¹⁹ Предельное же основание действительности правопорядка, по ее мнению, предопределяет предельная санкция, введенная Г. Кельзенем. «Именно предельная санкция, понимаемая как выход за рамки данного нормативного порядка, разрушение его, и есть то, что в конечном счете обеспечивает обязательность установленного нормативного порядка. Она принадлежит миру сущего, демонстрируя взаимосвязь сущего и должного: требования должного установлены для обеспечения определенного состояния сущего, которое с тех или иных позиций легитимировано как должное».²⁰

В то же время остается нерешенной, а лишь заявленной проблема: как именно функционирует механизм легитимации права. Весьма перспективным вариантом представляется уже упоминавшаяся выше теория коммуникативного действия Ю. Хабермаса. На ее методологической основе

¹⁶ О манипулируемости общественным мнением см.: *Шампань П.* Делать мнение: новая политическая игра. М., 1997.

¹⁷ Arrow K. Social Choice and Individual Values. N.Y., 1951.

¹⁸ Варламова Н. В. Нормативность права: проблемы интерпретации. С. 78.

¹⁹ Там же. С. 94.

²⁰ Там же. С. 101.

формулируются «специфические правила дискурса», позволяющие через процессуальную делиберацию норме права приобрести статус общезначимости. Р. Алекси, известный теоретик права, подробно их разрабатывающий, формулирует следующие правила: «1. Каждый, кто может говорить, может принимать участие в дискурсе. 2. (a) Каждый может поставить под сомнение любое утверждение. (b) Каждый может ввести любое утверждение в дискурс. (c) Каждый может выражать свои взгляды, желания и потребности. 3. Ни одному из ораторов нельзя препятствовать реализовать 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».²¹

Приведенные положения являются приложением к правоведению идей дискурсивной рациональности, основанной на «идеальной речевой ситуации» как практике «идеального коммуникативного сообщества», развиваемой К.-О. Апелем и Ю. Хабермасом.²² 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.²³ Поэтому «делиберативная» (она же дискурсивная) теория права, ориентированная на консенсус, сегодня поставлена под сомнение критическим дискурс-анализом, акцентирующим внимание на различиях, конститутивных для всех социальных идентичностей (в том числе и правовых статусов),²⁴ и борьбе социальных групп за право официальной номинации социальных явлений и процессов как юридических. Неслучайно 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».²⁵

Дискурс-анализ в его постклассической версии *критического дискурс-анализа* направлен на выявление механизмов власти и гегемонии в социальных практиках с помощью анализа текстов и использования языка.²⁶

²¹ Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. Вып. 1. 2008. СПб., 2009. С. 452–453.

²² Apel K.-O. Diskurs und Verantwortung. Frankfurt a/M., 1988; Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 1–2. Frankfurt a/M., 1981.

²³ М. Фуко по поводу идей Ю. Хабермаса как-то заявил: «Идея, будто может существовать состояние коммуникации, которая будет таковая, 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).

²⁴ См. подробнее: Laclau E. Emancipation(s). London; N.Y., 1996; Laclau E., Mouffe C. Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics. 2nd ed. London, 2000.

²⁵ Алекси Р. Юридическая аргументация... С. 453.

²⁶ Р. Вудак выделяет следующие принципы критического дискурс-анализа: 1) Критический дискурс-анализ рассматривает лингвистический характер социальных и культурных процессов и структур. 2) Он исследует власть в дискурсе и власть над дискурсом. 3) Общество и культура диалектически связаны с дискурсом — они формируются дискурсом и в то же время конституируют дискурс. Каждый отдельный пример применения языка воспроизводит или трансформирует общество и культуру, включая отношения власти. 4) Использование языка может быть идеологическим. Чтобы определить это,

Критический дискурс-анализ как методологическая программа,²⁷ представленная, например Н. Фэркло, предполагает, во-первых, анализ дискурсивной практики, т.е. связи текста (в нашем случае — текста права) и социальной практики. Предполагается выявление того, как именно социальная практика производит и интерпретирует текст. В этом, например, преуспели сторонники школы критических правовых исследований США, показав, кто фактически является законодателем. Во-вторых, необходимо провести интердискурсивный анализ исследуемого текста, его включенность в систему текстов, жанров и практик. В-третьих, критический дискурс-анализ направлен на измерение дискурсивного события — социальной практики. Основным интерес при этом направлен на отношения власти и идеологии.²⁸

Существование (т. е. действительность) права, его нормативность, включающая легитимность, с моей точки зрения, — это результат борьбы социальных групп за право юридической номинации — квалификации социальных ситуаций как юридически значимых. Такая «борьба за право» «юридической гегемонии» предполагает «первичный произвол» лица, обладающего социальным (включая в современном мире и формально-юридический) капиталом, конструирующим новый правовой институт. Затем эта инновация с помощью механизмов символической манипуляции общественным сознанием легитимируется среди широких народных масс, хабиутализируется («опривычивается») и начинает выдаваться за «естественный порядок вещей», т. е. происходит «амнезия происхождения» сконструированного элитой и референтной группой правового института. При этом принципиально важно, что инновация становится правовым институтом, если она функционально значима. Только благодаря определенной эффективности правило поведения будет легитимировано и начнет воспроизводиться широкими народными массами. Последнее как раз и является показателем легитимности права.

Легитимность права достаточно сложно измерить.²⁹ Границы легитимности условны и изменчивы; они простираются от полного доверия до критического отношения к соответствующему институту права. Механизм воспроизводства (как инновационного, так и традиционного) легитимности права образуют дискурсивные практики социальных групп в борьбе за право официальной номинации социальных явлений, в том числе юридической

необходимо проанализировать тексты и исследовать их интерпретацию, восприятие и социальное влияние. 5) Дискурсы несут исторический характер, их можно рассматривать только в контексте. 6) Связь между текстом и обществом не прямая, а опосредована социокогнитивно. 7) Критический дискурс-анализ подразумевает систематическую методологию и связь между текстом и его социальными условиями, идеологиями и отношениями власти. Интерпретации всегда динамичны и открыты для новых контекстов и новой информации. 8) Дискурс — это форма социального поведения (*Woodak R. Disorders of Discourse. London, 1996. P. 17–20*).

²⁷ По мнению Т. ван Дейка, «не существует “одного” дискурс-анализа как некоего метода, так же как и не существует “одного” социального или когнитивного анализа. Как ДИ, так и КДИ располагают большим количеством разных методов изучения в зависимости от целей исследования, природы изучаемого объекта, интересов и квалификации исследователя и других параметров исследовательского контекста» (*Ван Дейк Т. А. Дискурс и власть: Репрезентация доминирования в языке и коммуникации. М., 2013. С. 19–20*).

²⁸ *Fairclough N. Critical Discourse Analysis. The Critical Study of Language. London, 1995.*

²⁹ К сожалению, в монографии В. В. Денисенко эта проблема не получила надлежащего осмысления.

квалификации. Именно победитель с помощью символической власти номинации «убеждает» население в легитимности соответствующей картины мира, правовой реальности. До тех пор пока широкие массы населения не выступают открыто против такой картины мира — в данном социуме имеет место легитимность как содержание диалогичности.

Невозможно указать одну или группу «причин», порождающих легитимность права. Вслед за П. Бурдьё позволительно сказать, что легитимность возникает в результате «конкурентной борьбы за власть, которая осуществляется посредством конкуренции за непосвященных или, лучше сказать, за монополию на право говорить и действовать от имени какой-либо части или всей совокупности непосвященных»³⁰. Поэтому «настоящим законодателем является не автор проекта закона, но все те агенты, которые, выражая специфические интересы и обязательства, ассоциируемые с их положением в различных полях (в юридическом поле, но также в религиозном, политическом и т. д.), сначала вырабатывают частные и неофициальные устремления и требования, а затем придают им статус «социальных проблем», организуя с целью их «продвижения» формы публичного волеизъявления (статьи, книги, платформы ассоциаций или партий) и давления (манифестации, петиции, требования)».³¹

Сказанное не означает полного отрицания важности и необходимости процессуального аспекта легитимности права. По большому счету, рациональная процедура, на приоритете которой настаивает В. В. Денисенко, дополняется суггестивными аспектами легитимации — идеологической гегемонией социальной группы, обладающей монополией на официальную номинацию, классификацию, категоризацию и квалификацию социальных явлений как правовых. Как именно это взаимодополнение фактически осуществляется — требует специальных научных исследований.

³⁰ Бурдьё П. Политическое представление // Бурдьё П. Социология социального пространства. М.; СПб., 2005. С. 198.

³¹ Бурдьё П. О символической власти // Там же. С. 95.