

КОНЦЕПТ СПРАВЕДЛИВОСТИ В ПОСТКЛАССИЧЕСКОМ ПРАВООПОНИМАНИИ

И. Л. ЧЕСТНОВ*

В статье рассматриваются дискуссионные вопросы справедливости как принципа права. Справедливость — важнейшая категория классической юриспруденции, прежде всего, теории естественного права. Попытки ее содержательной универсализации не могут быть признаны убедительными в силу множественности социальных и личностных идентичностей. Универсально и содержательно обосновать справедливость как принцип права невозможно, так как критерии содержательности права контекстуально обусловлены.

Попытки решить проблему обоснования принципа справедливости с помощью формальной универсализации, например, через «должную процедуру», процедуры юридической аргументации или делиберации сегодня встречают все больше сторонников. Этот подход созвучен основным положениям постклассической парадигмы. Условием справедливости выступает процедура выработки консенсуса — взаимного признания субъективных притязаний на значимость. Содержание справедливости в ситуации постклассики формируется в ходе борьбы за право номинации (квалификации и классификации) событий и ситуаций как справедливых. В результате формируется господствующее социальное представление о справедливом как легитимном. Именно легитимность и составляет содержание справедливости сегодня.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: справедливость, принципы права, постклассическое правопонимание, легитимность права.

CHESTNOV I. L. CONCEPT OF JUSTICE IN THE POSTCLASSICAL LAW UNDERSTANDING

The article considers the debatable issues of justice as a principle of law. Justice is the most important category of classical jurisprudence, first of all, of the theory of



Честнов Илья Львович,
доктор юридических наук,
профессор, профессор кафедры
гос.-правовых дисциплин
Санкт-Петербургского
юридического института (филиала)
Академии Генеральной
прокуратуры РФ

* Chestnov Iliia Lvovich — doctor of legal sciences, professor, professor of the department of state and legal disciplines of the St. Petersburg Law Institute (Branch) of the Academy of the General Prosecutor's Office of the Russian Federation.

© И. Л. Честнов, 2013

E-mail: ichestnov@gmail.com

natural law. Attempts to universalise its contents cannot be considered convincing due to the plurality of social and personal identities. It is impossible to justify justice as a principle of law universally and consistently, as the criteria of the law's content in its richness are context-conditioned. The attempts to solve the problem of substantiating the principle of justice by formal universalisation of the procedure of legal arguments or deliberation, for example, through the 'due process', has acquired these days more and more supporters. This approach complies with the basic provisions of the postclassical paradigm. The condition of justice is the procedure for establishing a consensus — mutual recognition of subjective claims of importance. The content of justice the situation of postclassicism is formed in the course of the struggle for the right of nomination (qualification and classification) of events and situations as fair. The dominant social idea of fair as legitimate is formed as a result. It is legitimacy that forms the context of justice today.

KEYWORDS: justice, principles of law, postclassical understanding of law, legitimacy of the law.

Постклассическая юридическая наука предполагает выработку правовопонимания, адекватного социокультурному контексту постиндустриального, информационного, мультикультурного социума. В связи с тем что современное глобализирующееся общество, именуемое иногда «поздним модерном», радикально отличается от социума, трактовка права такого социума должна быть кардинально переосмыслена, включая принципы права, в том числе и принцип справедливости. Поэтому постклассическое правовопонимание — пересмотр всех принципов категорий классической юридической науки, наделение догмы права социокультурным, действительным (или прагматическим) содержанием. Основные характеристики постклассического правовопонимания, как представляется, могут быть сведены к следующим: антидогматизм, конструктивизм, контекстуализм, интересубъективизм правовых явлений и процессов.¹ Главное в постклассической юриспруденции — это поворот лицом к практическим нуждам, к человеку, выступающему правоприменителем и «потребителем юридических услуг».

Справедливость — важнейшая категория классической юриспруденции, прежде всего, теории естественного права. В ситуации интеграции юридического позитивизма и юснатурализма² справедливость выступает принципом права.³ Однако попытки ее *содержательной универсализации*,

¹ Авторская позиция по данному вопросу изложена: *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. Монография. СПб., 2012. С. 296 и след.

² «Думается, что дуализм естественного и позитивного права — это имманентно присущее юридическому концепту действительности свойство» (*Гаджиев Г. А.* Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). Монография. М., 2013. С. 32). В то же время следует различать интегральное и итеративное правовопонимание. Так, если интегративные правовые теории стремятся к теоретико-правовому синтезу на основе классической научной парадигмы, то интегральные — на основе постклассических методов снимают противоречия между конкурирующими подходами «в границах собственных онтологических допущений» (*Поляков А. В.* Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // *Российский ежегодник теории права.* № 1. 2008. СПб., 2009. С. 10–11).

³ «В первом приближении оно (понятие справедливости. — И. Ч.) означает как содержательную правильность права с объективной точки зрения, так и добропорядочность

свойственные классической философии и философии права, в современном мультикультурном социуме не могут быть признаны убедительными⁴ в силу контекстуальности социального бытия, множественности социальных и личностных идентичностей, расколотости Я. Даже версия естественного права с изменяющимся содержанием, представленная сегодня Р. Алекси,⁵ не дает возможности использования в юридической практике «формулы Радбруха»,⁶ если такое знаковое событие, как разрушение Башен-близнецов в Нью-Йорке 11 сентября 2001 г., одними воспринималось как тяжелейшая трагедия, а другими (жителями европейских государств, получающими социальные пособия) — как торжество справедливости.

Одним из наиболее разработанных вариантов содержательной универсализации принципа справедливости как правовой категории является доктрина юридического либертариизма. Единство формального равенства и свободы, которую он ограничивает, по их мнению, и есть справедливость.⁷ Однако кто и по какому критерию определяет меру свободы в данном конкретном случае? Тут обнаруживается противоречие содержательного и формального аспектов социального бытия, а тем самым критериев правового содержания форм внешнего выражения права, а значит, и принципа справедливости. Н. В. Варламова в связи с этим обстоятельно и принципиально критикует универсальность категорического императива И. Канта как вариант определения меры свободы, справедливо утверждая (согласаясь с Г. Кельзенем), что категорический императив не поддается эмпирической проверке. «При попытке их (положений категорического императива. — И. Ч.) практического применения, т. е. перевода в юридико-догматические категории и формулирования исходя из их постулатов правил поведения в конкретных ситуациях, неизбежно обнаруживается либо невозможность конституирования единого (общеобязательного) социального порядка, поскольку решающим для оправдания тех или иных норм оказывается субъективный критерий, либо необходимость признания

какого-либо лица с субъективной» (Хёффе О. Справедливость: Философское введение. М., 2007. С. 10). П. Рикер формулирует две теоремы справедливости: «смысл справедливости органически связан со стремлением к благой жизни» и «смысл справедливости, возведенный на уровень формализма, требуемого контракталистской версией деонтологической точки зрения, не может стать полностью независимым от всякой соотнесенности с благом в силу природы самой проблемы, выдвигаемой идеей справедливого распределения, а именно учета реальной разнородности распределяемых благ» (Рикер П. Справедливое. М., 2005. С. 23).

⁴ Что не делает невозможным формальную универсализацию принципа справедливости.

⁵ Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М., 2011.

⁶ Закон превращается в «неправо» тогда, «когда действующий закон становится столь вопиюще несовместимым со справедливостью, что закон как “несправедливое право” отрицает справедливость» (Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 234). Эта формула (которая в интерпретации юридического либертариизма звучит как «запрет на агрессивное насилие») может быть использована в социуме, в котором имеется моральный консенсус по вопросу «нетерпимых нарушений» прав человека. Но даже в таком случае она непригодна для оценки с моральной точки зрения большинства нормативных правовых актов, так как они в большинстве случаев являются морально нейтральными.

⁷ «В. С. Нерсесянц под сущностью права понимает формальное равенство, раскрываемое как единство трех составляющих: всеобщей равной меры регуляции общественных отношений, свободы и справедливости» (Лапаева В. В. Российская теория права на пути к интегративной юриспруденции // Правовые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе (к 70-летию профессора В. Г. Графского). М., 2008. С. 33).

действительности некоего (фактически любого) позитивного порядка, в рамках которого надлежащая инстанция уполномочена решать, что, согласно предложенного понимания справедливости, будет справедливым для каждого конкретного случая.

Таким образом, любая рациональная трактовка справедливости на деле оказывается вполне позитивистской (лишенной содержательной специфики) и в конечном счете сводится к личному или институционально оформленному произволу, поскольку справедливым является то, что полагает таковым конкретное лицо или надлежащая властная инстанция, учрежденная в рамках существующего позитивного правопорядка».⁸

В. В. Лапаева возражает против такого релятивизма. «Правовую меру равенства возможностей определяет не конкретное лицо, которое всегда будет субъективно (т. е. произвольно), а надлежащая государственная инстанция. И если с точки зрения права эта инстанция действительно надлежащая, то ее решение не будет произвольным. С позиций либертарного правопонимания право — это норма свободы в правовом государстве, где есть соответствующий природе этого государства механизм выработки, легитимации и реализации правового закона. На разных этапах развития человечества мера правовой развитости государства корреспондировала развитию права. В современном правовом государстве решение о том, что есть мера свободы, принимает парламент как орган, выражающий общую волю (а если он ошибается, то его позицию может откорректировать суд или сам народ как суверен на референдуме или в рамках избирательных процедур). Очевидно, что такое решение государства, выступающего в качестве институциональной формы свободы, в итоге не будет произвольным».⁹ Но можно ли быть уверенным, что, во-первых, легальное решение «надлежащей государственной инстанции» (которое, если соответствует процедурным нормам, то «по определению» является легальным) всегда соответствует сущности права и выражает истинную меру свободы? Любое ли легитимное (т. е. поддерживаемое общественным мнением) решение государственного органа или принятое на референдуме является справедливым с либертарной точки зрения? Классические работы основоположников либертаризма Ф. Хайека и Р. Нозика в защиту либерализма от демократии и чиновничьего произвола дают основание усомниться в этом.¹⁰ Боюсь, что только «задним числом» можно квалифицировать большинство конкретных решений (кроме очевидно «не правовых») государственного органа на предмет соответствия либертарным принципам права.

Собственно об этом же пишет А. Этциони — один из лидеров коммуитаризма применительно к «золотому правилу» (относись к людям так, как хочешь, чтобы они относились к тебе): любое, даже «положительное»

⁸ Варламова Н. В. Формальное равенство как универсальный принцип права // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 2. 2009. С. 69–70.

⁹ Лапаева В. В. Либертарная концепция права В. С. Нерсесянца: научное своеобразие и практическое значение // Философия права в России: история и современность. Материалы третьих философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца / отв. ред. В. Г. Графский. М., 2009. С. 214–215.

¹⁰ О противоречивости общественного мнения писал еще в 20-е гг. XX в. У. Липпман (*Lippmann W. The Public Philosophy. New Brunswick, London, 1992*). В 70-е гг. XX в. П. Бурдье заявил, что общественное мнение не существует, так как оно навязывается лицами, узурпировавшими функцию представительства (*Бурдье П. Общественное мнение не существует // Социальное пространство: поля и практики. М.; СПб., 2005. С. 272–285*).

действие ограничивает свободу.¹¹ По мнению Ж.-Ф. Лиотара, само по себе обозначение предмета (номинация) определенным словом ограничивает свободу назвать его иначе.¹² В этом, по мнению постструктуралистов, — перманентное принуждение, осуществляемое структурой, проявляющееся во власти, рассредоточенной в общественных отношениях.¹³ Тем самым содержательная универсализация принципа справедливости как формального равенства как минимум выглядит проблематичной.

О невозможности содержательно операционализировать категорию «справедливость» (вместе со свободой, демократией и другими абстрактными понятиями) утверждают У. Гэлли, А. Маккитайр, С. Льюкс и др. У. Гэлли ввел в научный оборот термин «сущностная оспариваемость» применительно к таким понятиям, как справедливость, свобода, демократия, в силу их принципиальной многозначности, комплексности, ценностной природы критериев определения. Такого рода понятия, писал У. Гэлли, не имеют приоритета друг перед другом, поэтому каждая точка зрения может быть теоретически обоснована и оспорена. Более того, установить эмпирическим путем адекватность этих принципиально разных позиций невозможно. Поэтому спор между ними в принципе неразрешим.¹⁴ Р. Дворкин в связи с этим заявляет, что у принципов права и судебных решений нет прямой связи,¹⁵ а известный антрополог Р. Д'Андрад утверждает, что между конститутивными нормами (культурными институциями, которые можно считать принципами права) и регулятивными нормами нет связи, подчиняющейся законам логики: многие конститутивные правила могут быть связаны с совершенно разными нормами, относящимися к разным субкультурам.¹⁶ Таким образом, содержательно и рационально обосновать такие морально окрашенные категории, как справедливость, формальное равенство, свобода (мера свободы), народовластие и т. д., невозможно. Справедливым в связи с этим представляется утверждение А. Макинтайра, по мнению которого «для окончательного разрешения рационального спора потребовалось бы обращение к такой норме или совокупности норм, чьего авторитета ни одна адекватно мыслящая личность не могла бы не признать. Однако поскольку от подобной нормы или совокупности норм одновременно требуется обеспечить критерии рациональной приемлемости или неприемлемости любой теоретической или концептуальной схемы, то она сама должна формулироваться и обосновываться независимо от какой-либо подобной схемы. Однако... подобных норм быть не может, любая норма, способная выполнять подобные функции, сама будет включена в совокупность теоретических и концептуальных схем, служащую ей опорой и средством артикуляции. Таким образом, что касается широких

¹¹ *Etzioni A. The New Golden Rule. Community and Morality in a Democratic Society. Ntw York, 1996.*

¹² *Lyotard J.-F. Der Widerstreit. Muenchen, 1987.*

¹³ Впрочем, власть, по мнению М. Фуко, — носитель не только принуждения, но и созидания, так как именно она воспроизводит социальную реальность (Фуко М. Истина и правовые установления // Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью. Ч. 2. М., 2005. С. 101).

¹⁴ *Gallie W. B. Essentially Contested Concept // Proceedings of the Aristotelian Society. Vol. 56. 1955. P. 67–198.*

¹⁵ Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 71. — О сущностной оспоримости понятия власти пишет С. Льюкс (*Luces S. Power: A Radical View. London, 1974. P. 9*).

¹⁶ *D'Andrade R. G. Cultural Meaning Systems // Cultural Theory. Essays on Mind, Self and Emotion / Shweder R. A., Levine R. A. (eds.). Cambridge, 1984. P. 91–93.*

теоретических и концептуальных построений, каждая соперничающая теоретическая точка зрения находит в себе самой и выражает в своих собственных терминах нормы, согласно которым, как утверждают ее приверженцы, она должна оцениваться, конкуренция между подобными соревнующимися точками зрения подразумевает конкуренцию норм. Не существует теоретически нейтральной, дотеоретической основы, позволяющей рассудить спор конкурирующих мнений». ¹⁷ Не случайно Р. Дворкин пишет, что неопределенность стандартов, лежащих в основе Конституции, неизбежно вызывает разногласия при их использовании «разумными людьми доброй воли». ¹⁸ Поэтому «слово “права” в разных контекстах имеет разную силу». ¹⁹

Тем самым приходится заключить, что *универсально и содержательно обосновать справедливость как принцип права невозможно, так как критерии содержательности права контекстуально обусловлены.*

Попытки решить проблему обоснования принципа справедливости с помощью *формальной универсализации*, например, через «должную процедуру» (или «моральность права», по Л. Фуллеру), процедуру юридической аргументации, ²⁰ делиберации или «со-общественности», сегодня встречают все больше сторонников. ²¹ Этот подход созвучен основным положениям постклассической парадигмы и предполагает справедливость как то, что формируется (конструируется) как общепризнанное или легитимное с помощью процедуры обсуждения предельно широким сообществом. Таким образом, условием справедливости выступает процедура выработки консенсуса — взаимного признания субъективных притязаний на значимость. ²² Такая процедура обеспечивает универсализацию признания, например нормы права, так как обеспечивает (по крайней мере, может обеспечить, как полагают сторонники этого подхода) согласие любого участника обсуждения ее принятия из-за внутренней рациональности этих правил. Другими словами, в данном случае содержание нормы права заранее не предопределяется, но выводится из формальной процедуры обсуждения и принятия. ²³ К условиям процесса обсуждения (делиберации)

¹⁷ MacIntyre A. Three Rival Versions of Moral Inquiry: Encyclopedia, Genealogy and Tradition. London, 1990. P. 172–173.

¹⁸ Дворкин Р. О правах всерьез. С. 188.

¹⁹ Там же. С. 257.

²⁰ Именно процедуру считает основанием юридической аргументации в дискурсивной теории права Р. Алекси (Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // *Российский ежегодник теории права*. Вып. 1. 2008. С. 451 и след.).

²¹ К числу сторонников формальной, процедурной рациональности, в том числе в обоснование справедливости права (законодательства), относятся Н. Луман, определяющий содержание права как процедурную легитимацию (см.: *Luhman N. Ausdifferenzierung des Rechts. Beitrage zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt a/M., 1981).

²² См. подробнее: Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2000.

²³ В определенном смысле к формально-процессуальной можно отнести и теорию справедливости Д. Ролза, полагающего, что выработка справедливых принципов устройства общества происходит «под покровом неведения», или в ситуации «перманентной перерешаемости» существующего положения дел (*Ролз Д. Теория справедливости*. Новосибирск, 1995). Справедливое в теории Д. Ролза «не обнаруживается, но порождается процедурными средствами, оно конструируется; справедливое неизвестно заранее; предполагается, что оно возникает благодаря размышлению при условии абсолютной честности» (*Рикер П. Справедливое*. С. 71). В то же время Д. Ролз априори полагает, что в ситуации выбора «под покровом неведения» человек, находящийся в здравом

автор теории коммуникационного действия причисляет иммунитет против подавления и неравенства, симметричность коммуникации, руководство одним мотивом — мотивом совместного поиска истины и, наконец, допущение идеального «неограниченного коммуникативного сообщества».²⁴

Такого рода методология основывается на дискурс-анализе в его постклассической версии критического дискурс-анализа, который направлен на выявление механизмов власти и гегемонии в социальных практиках с помощью анализа текстов и использования языка.²⁵

Критический дискурс-анализ, по мнению Т. ван Дейка, — это научное направление, стремительно развивающееся в лингвистике и социальных науках после выхода в 1979 г. книги «Язык и контроль». «Схожие направления существуют и в других дисциплинах, например, в психологии, социологии и антропологии, которые традиционно ориентированы на изучение способов *воспроизводства* власти и злоупотребления властью в обществе. Дискурс-аналитики в области гуманитарных и социальных наук изучают, в частности, место и роль *дискурса* в этих процессах. Они выявили, что многие формы социального неравенства, основанного, например, на гендерных, классовых и расовых различиях, конструируются, закрепляются и легитимируются с помощью устных и письменных текстов и в особенности с помощью различных видов публичного дискурса, контролируемого символическими элитами — политиками, журналистами, учеными, писателями и чиновниками».²⁶ «За последние 30 лет, — пишет лидер этого направления Т. ван Дейк, — представители критических дискурсивных исследований сформулировали множество различных исследовательских задач, но в целом все соглашались с тем, что основной целью КДИ является изучение способов воспроизводства злоупотребления властью с помощью дискурса».²⁷ Справедливость, с точки зрения критического дискурс-анализа, — это, как минимум, экспликация стратегий гегемонии социальных групп, обладающих монополией на номинацию (а тем самым и классификацию, и юридическую квалификацию) социальных событий и процессов.

рассудке, неизбежно предпочтет свободу и формальное равенство как исходные принципы устройства общества, а также правила распределения благ, предлагаемые именно им — Д. Ролзом (речь идет, прежде всего, о спорном принципе «выравнивания неравенства» или «различия») (Там же. С. 73–75).

²⁴ Там же. С. 137–140.

²⁵ 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, необходимо проанализировать тексты и исследовать их интерпретацию, восприятие и социальное влияние; 5) дискурсы носят 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*).

²⁶ Ван Дейк Т. А. Дискурс и власть: Репрезентация доминирования в языке и коммуникации. М., 2013. С. 13.

²⁷ Там же. С. 13, 18, 47–50, 88–96, 111–120 и след.

Критический дискурс-анализ как методологическая программа,²⁸ 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, это проведение интердискурсивного анализа 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 уделяется отношению власти и идеологии.²⁹

Одним из интересных вариантов процессуальной методологии обоснования справедливости (и права), основанной на применении критического дискурс-анализа в юриспруденции, является программа судебной лингвистики А. С. Александрова. По большому счету, справедливость как «истинное знание» или «судебная истина» в его концепции есть конструкт, формируемый в процессе судопроизводства. По его мнению «“реальное право” есть результат речевого взаимодействия; это эффект дискурса, т. е. психо-лингвистический феномен, который существует в психике говорящего и слушающего. Психо-лингвистический феномен права неотделим от языка-речи в смысле совокупности возможных контекстов интерпретации текста закона. Интерпретация, понимание, доказывание в суде по своей природе риторичны; задействуют фигуративный строй языка, а также идеологию... В области уголовного судопроизводства нет иной реальности, кроме текстовой. Поэтому следует говорить о языке уголовного судопроизводства вместо “права”, понимаемого, как устойчивая система нормативно-тождественных форм, с раз и навсегда вложенным в них содержанием — системой правовых норм. Язык уголовного судопроизводственного “права” говорит в контексте конкретного речевого взаимодействия и порождает “право-тут”. Оно воплощено в судебной истине, которая, таким образом, — вся в словах. Язык заставляет проговаривать речедейателей “истину”, признаваемую таковой слушателями — аудиторией. В отсутствие языка, речи сама постановка вопроса об истине невозможна... Судебная истина — это то, что принимают за истину говорящие на данном языке; она обусловлена состоянием речевого знания в данную эпоху. Судебная истина есть одно из средств, употребляемых властью для упорядочивания общественных — речевых отношений. Само уголовно-процессуальное право, упорядочивающее судебную речь, выработалось в ходе развития речедейательности в обществе. Полагаем, социальность имеет языковую природу. Нормативность производна от грамматичности, истинность — от риторичности».³⁰ «В свете постнеклассической трактовки понятия факта можно предположить, что судебный факт есть данное, к которому приплюсованы его пред-интерпретация (как в УПК, так и в сознании субъектов доказывания) и пост-интерпретация (в ходе судебного разбирательства), принимаемое

²⁸ 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» (Там же. С. 19–20).

²⁹ Fairclough N. *Critical Discourse Analysis. The Critical Study of Language*. London, 1995.

³⁰ Александров А. С. Введение в судебную лингвистику. Н. Новгород, 2003. С. 16.

судом в контексте судебного заседания за наиболее вероятный образ действительности. Доказательство есть факт, а факт есть сведение, которое допускается участниками доказывания в качестве малой посылки довода. Самое важное — объяснить, почему сообщение свидетеля, иное данное разрешается для использования в качестве средства аргументации, почему оно обладает силой убеждения»³¹. «...судебное разбирательство — это ролевая игра, которая развивается по законам жанра. Жанр “судебная драма” заведует набором сюжетов судебных дел, персонажами. Все ходы прописаны в языковой памяти людей. Судебная речь — “раскавычивание” того, что было сказано прежде, но будет принято за истину о преступлении и воздаянии за него. Повторяемость одних и тех же вербальных форм лежит в основе жанровой закономерности. Эта повторяемость, типичность способствует унификации и интеграции нашего правового опыта. Очевидно, сама возможность понимания судебной драмы заложена в предзнании ее, существующем на имплицитном уровне у любого, кто сопричастен национальной культурной, повествовательной традиции. Именно потребность в согласии, существующая у каждого вступающего в речевой обмен, структурирует ожидания судебной аудитории относительно допустимого смысла текста, создаваемого судебным дискурсом. Судебным деятелям надо разыграть спектакль, чтобы актуализировать в сознании аудитории те представления о справедливости, правде, добре, которые усвоены на бессознательном уровне каждым сопричастным повествовательной культуре. Поэтому любое уголовное дело — это рассказ о борьбе зла с добром и утверждении этического выбора в пользу добра. Поэтому, чтобы выиграть дело, юристу необходимо рассказать присяжным “хорошую историю”, а главное — связать свою позицию силами добра, являющимися таковыми в представлении аудитории: чтобы убедить аудиторию (присяжных), оратору нужно разделить с нею ее представления».³²

В другой работе А. С. Александров заявляет: «Посредством риторики законодатель убеждает в “правости” закона общество... Право делает правом речь, судебный дискурс. Если это эффективный, убеждающий дискурс, т. е. он воздействует на публику (аудиорию), значит, в тексте закона инсталлируется реальное право. Когда обыватели верят в судебную истину (справедливость приговора), тогда право выполняет свою функцию нормирования, упорядочивания в обществе. Риторическая рукоять (дискурс суда) приводит в действие механизм права — текста».³³

Гораздо более «умеренную» версию юридического дискурса развивает в своих работах Р. Алекси. Он исходит из того, что так же, как «правила не могут применяться сами собой, так и система не может сама придать себе законченность и когерентность. Для этого необходимы люди и определенные процедуры. И необходимой процедурой в данном случае является юридическая аргументация».³⁴ Отсюда вытекает необходимость нормативной теории, «которая позволит хоть немного определить силу или

³¹ Александров А. С. Диспозитив доказывания и аргументации // *Российский ежегодник теории права*. Вып. 1. 2008. СПб., 2009. С. 474.

³² Там же. С. 492–493.

³³ Александров А. С. Текст закона и право // *Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе*. Сб. науч. трудов / М-во внутр. дел Респ. Беларусь; редколл.: А. Л. Савенок (отв. ред.) [и др.]. Минск, 2012. С. 117–129.

³⁴ Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // *Российский ежегодник теории права*. Вып. 1. 2008. СПб., 2009. С. 451.

весомость различных аргументов и рациональность юридического обоснования. Такой теорией, судя по всему, является теория рационального юридического дискурса, возникающая благодаря включению теории общего практического дискурса в теорию правовой системы. Данное включение — не просто применение общей теории дискурса к праву, а развитие теории, необходимое на основании этой системы». ³⁵ Именно рациональный юридический дискурс и выступает условием достижения справедливости, моральной действительности, т. е. оправданности права. ³⁶

«Практический дискурс рационален, — пишет немецкий теоретик права, — если в нем выполняются условия рационального практического аргументирования. Если эти условия выполняются, то результат дискурса верен. Следовательно, теория дискурса — это процессуальная теория практической правильности.

Условия рациональности процедуры дискурса можно свести в систему правил дискурса. Практический разум можно определить как способность принимать практические решения на основании системы этих правил.

Правила дискурса можно классифицировать многочисленными способами. Здесь целесообразно разделить их на две группы: на правила, которые касаются непосредственно структуры аргументов, и правила, которые являются непосредственным предметом процедуры дискурса.

К правилам первой группы (к правилам, которые касаются непосредственно структуры аргументов) причисляют, например, требование отсутствия противоречий, универсализации с точки зрения согласованного использования применяемых способов оценки, требование терминологически-языковой ясности, истинности применяемых эмпирических предпосылок, дедуктивной полноты аргументов, принятия во внимание последствий, взвешенности решений, принятия ролевого обмена и анализа возникновения моральных убеждений.

Все эти правила применимы также монологически, и многое говорит в пользу того, что ни одна теория рационального практического аргументирования или обоснования не может от них отказаться.

Очевидно, что теория дискурса ни в коем случае не заменяет обоснование и аргументацию простым достижением согласия, в чем ее нередко упрекают. Более того, она полностью включает в себя правила рационального аргументирования, ориентированные непосредственно на аргументы. Ее особенность заключается исключительно в том, что она добавляет к этому уровню еще один, а именно правила, ориентированные на процедуру дискурса.

Эта вторая группа правил не носит монологический характер. Ее основной задачей является обеспечение беспристрастности практической аргументации. Служащие этой цели правила можно назвать «специфическими правилами дискурса». Главные из них гласят: 1. Каждый, кто может говорить, может принимать участие в дискурсе. 2. (а) Каждый может поставить под сомнение любое утверждение. (b) Каждый может ввести любое утверждение в дискурс. (с) Каждый может выражать свои взгляды, желания и потребности. 3. Ни одному из ораторов нельзя препятствовать реализовывать его права, закрепленные в пунктах (1) и (2), никаким давлением, в рамках или за пределами дискурса.

³⁵ Там же.

³⁶ См. подробнее: *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М., 2011.

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». ³⁷

Приведенные положения являются приложением к правоведению идеи дискурсивной рациональности, основанной на «идеальной речевой ситуации», как практики «идеального коммуникативного сообщества», развиваемой К.-О. Апелем и Ю. Хабермасом. ³⁸ При всем авторитете данной программы и ее обоснованности нельзя не заметить, что в ней не принимается во внимание контекст коммуникативной ситуации, роль власти и идеологии в манипуляции реальным (а не идеальным) коммуникативным сообществом при выработке, столкновении и борьбе аргументов. Поэтому «делиберативная (она же дискурсивная) теория права», ориентированная на консенсус, сегодня поставлена под сомнение критическим дискурс-анализом, акцентирующим внимание на различия, конститутивные для всех социальных идентичностей (в том числе и правовых статусов). ³⁹ Не случайно Р. Алекси оговаривается: «Центральная проблема теории дискурса состоит в том, что ее система правил не предоставляет никакого метода, который позволил бы конечным числом операций достигать всегда точно определенного результата». ⁴⁰

Справедливость в постклассической парадигме выступает скорее как концепт, а не завершенная когерентная теория. Концепт, по утверждению А. П. Огурцова, «можно охарактеризовать как смысловую форму, возникающую и функционирующую в смысловом поле естественного языка, в контекстах дискурсивных практик (от речи до текстов). Он взаимоинтенционален, поскольку взаимоинтенционален любой акт речевой коммуникации, он многомерен и исполнен смысловой напряженности, поскольку является выражением ценностных ориентаций и предпочтений участников коммуникативных актов, нагружен их интерпретациями. В этом их принципиальное отличие от понятия, логическое значение которого всегда всеобщее, не зависит от естественного языка и однозначно выражает логические отношения в идее, в идеальном бытии». ⁴¹

Содержание справедливости сегодня — в ситуации постклассики — это не универсальные процедуры дискурса, а *социальные представления о справедливом, формируемые в ходе политики как борьбы за право номинации (квалификации и классификации) событий и ситуаций*. Другими словами, справедливость — это механизм конструирования социального представления о справедливом. Такой механизм, по мнению П. Бурдьё, предполагает «первоначальный произвол», ⁴² который с помощью процесса социальной амнезии по прошествии некоторого времени начинает выдаваться за «естественный ход вещей». Принципиально важную

³⁷ Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс. С. 542–453.

³⁸ Apel K.-O. Diskurs und Verantwortung. Frankfurt a/M., 1988; Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 1-2. Frankfurt a/M., 1981.

³⁹ См. подробнее: Laclau E. Emancipation(s). London; New York, 1996; Laclau E., Mouffe C. Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics. 2nd ed. London, 2000.

⁴⁰ Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс. С. 453.

⁴¹ Огурцов А. П. Интерсубъективность как проблема философии науки // Философия науки: двадцатый век: Концепции и проблемы. В 3 ч. Часть первая: Философия науки: исследовательские программы. СПб., 2011. С. 420–421.

⁴² «Основа закона есть не что иное, как произвол» (Бурдьё П. За рационалистический историзм // Социологос постмодернизма. М., 1996. С. 15).

роль в объективации и реификации первичного действия и тем самым его превращения в структуру — социальное представление, социальный институт — играет механизм «опривычивания» (хабитуализации и седиментации — в терминах социальной феноменологии) нового. Новый феномен, с которым сталкивается человек в конкретной жизненной ситуации, «приписывается» к ранее известному и социально одобренному типу, что «означает объективацию его субъективного значения». ⁴³ Такая объективация, включающая хабитуализацию и седиментацию, предполагает наличие «социального запаса знания». «Он слагается из накопленного социального опыта — как нашего собственного, так и социально унаследованного. Социальный запас знания не только устанавливает мировоззренческие презумпции культурного сообщества, его представления о природном и социальном универсуме, но и функционирует как принятая им схема референции, т. е. придания объективных, социально санкционированных значений... Седиментация значений характеризует генезис персонального запаса наличного знания. Это «осаждение» (sedimentation) восприятий, организация их в практически достаточный для жизни корпус «подручного» знания. Он структурирован типически и содержит набор практических рецептов для достижения типичных целей типичными средствами. Новые восприятия соотносятся с практически апробированным запасом наличного знания посредством «пассивного синтеза осознания». Наличный запас знания содержит антиципации того, что последующие восприятия будут типически сходны с предыдущими в пределах элементов, типизированных в конструктах. И до тех пор, пока такие антиципации подтверждаются новым опытом, не выходящим за пределы предвосхищенного в запасе наличного знания, мир понятен, предсказуем и воспринимаем как «неоспоримая фактичность»». ⁴⁴

Эвристически ценными, позволяющими наглядно представить процесс превращения социальной инновации в привычное представляются идеи С. Московичи, связанные с формированием социальных представлений. В основе этого механизма, представляющего собой превращение «незнакомого в знакомое», ⁴⁵ лежат два процесса — анкоринг («заякоривание») и объективизация.

Суть *анкоринга* состоит в «постановке на якорь» новых, странных, неожиданных идей (добавим от себя — и образцов поведения). Иначе говоря, эти идеи (и действия) сводятся к привычным категориям и образам, помещаются в знакомый контекст. Это позволяет свести до минимума пугающее воздействие нового, неизвестного (именно для этого используются старые формы или их элементы). ⁴⁶ «Заякорить», по мнению С. Московичи, означает, во-первых, произвести наименование неизвестного явления (идеи), а тем самым описать его, наделив определенными характеристиками; во-вторых, произвести отграничение его от других явлений; в-третьих, превратить его в объект конвенции тех, кто имеет к этому

⁴³ Смирнова Н. М. Социальная феноменология в изучении современного общества. М., 2009. С. 188.

⁴⁴ Там же. С. 190, 191.

⁴⁵ Moscovici S. The phenomenon of social representations // Social Representations. Cambridge, 1984. P. 24.

⁴⁶ На это, в частности, обращает внимание К. Бергер (Berger C. R. A plan-based approach to strategic communication // Cognitive Bases for Interpersonal Communication. Hillsdale, 1996).

явлению непосредственное отношение.⁴⁷ Благодаря включению нового явления (идеи) в мир традиций соответствующей группы с помощью анкоринга меняются сами эти традиции.

Второй механизм превращения «незнакомое в знакомое», дополняющий анкоринг, называется С. Московичи *объективизацией*. Суть его состоит в преобразовании абстрактного представления в конкретный образ. При этом происходит перевод иконической сущности нового явления (идеи) в образ, а затем осуществляется соотнесение его с комплексом образов или с его прототипом.⁴⁸

В результате этих операций новое правило поведения номинируется, фиксируется в знаково-символической форме (зачастую метафоризируясь) и приобретает более или менее отчетливый образ в общественном сознании. Тем самым оно (правило поведения, объективированное в социальное представление, имеющее юридическое значение) типизируется⁴⁹ и входит в массовую культуру, в том числе в правопорядок.

Справедливость как концепт работает в юридической практике как механизм конкретизации объективированного (объективного) права к стереотипам юридически значимого поведения (юридическим практикам) и личностным интенциям людей — носителей статуса субъектов права. Тем самым в основе справедливости как социального представления — концепта — лежат интересубъективные практики, в которых вырабатываются взаимные ограничения индивидуальных притязаний на значимость. Они формируются в процессе борьбы за навязывание собственного «видения и делания мира». Справедливость — это борьба социальных групп за монополизацию дискурса справедливости, официальной номинации справедливости. В результате формируется *господствующее в данном социуме* (сегодня — в определенной социокультурной группе) *социальное представление о справедливом как легитимном*. Именно *легитимность и составляет содержание справедливости сегодня*.

Легитимность становится объектом пристального внимания философов и социологов во второй половине XX в. Существует несколько философско-правовых концепций легитимности права. Одной из наиболее распространенных в контексте классического науковедения является теория естественного права. Сегодня она исходит из необходимости «терминологической» связи права и морали. Так, Р. Алекси утверждает, что мораль (представления о справедливости) входит в правовую систему через принципы права. При этом принципы права, собственно говоря, и являются

⁴⁷ *Moscovici S. The phenomenon of social representations. P. 34.*

⁴⁸ *Ibid. P. 38–39.*

⁴⁹ Типизации представляют собой, по мнению А. Щюца, основной механизм поведения человека в его повседневной жизнедеятельности, из которых складывается интересубъективный мир повседневности, воспринимаемый как естественная данность, не подвергаемая сомнению. В основе типизаций — ритуализированных способов поведения — лежат две идеализации, два способа восприятия окружающего мира и себя в нем. Первая идеализация может быть названа как взаимозаменяемость точек зрения. Она предполагает, что любой другой человек на моем месте воспринимает мир так же, как и я. Вторая идеализация формулирует совпадение систем релевантностей. Она касается того, что различия между людьми, обусловленные уникальностью биографических ситуаций, не являются существенными и не влияют на восприятие мира. Эти идеализации, определяющие повседневное общение, считаются само собой разумеющимися (*Schuetz A. The problem of social reality. Hague, 1962. P. 11–12*).

господствующей моралью.⁵⁰ Моральные принципы, выступающие основными правами, предстают «верхним уровнем» в «империи права» у Р. Дворкина.⁵¹ Но легитимность как общепринятая мораль в (пост)современном мире, характеризующемся мультикультурностью, т. е. несовпадающими моральными ценностями, невозможна, так как представители разных социальных групп исповедуют разные моральные принципы, о чем уже упоминалось выше. Консенсус в относительно гомогенном социуме возможен по вопросам «вопиющей несправедливости», т. е. когда несправедливость «превышает определенный порог».⁵² Но для оценки подавляющего большинства нормативных правовых актов он практически неприменим.

Другой вариант обоснования легитимности основан на «постметафизическом мышлении», разрабатываемом, в частности, представителями франкфуртской школы.⁵³ Сторонники проекта «незавершенного модерна» основные надежды возлагали на формальную рациональность. Их исходная посылка состоит в том, что в современном мире невозможно обосновать какое-либо содержательное знание в силу радикального онтологического и гносеологического (которые смыкаются друг с другом) релятивизма. Суть его в том, что социальный мир текуч, изменчив, стохастичен, подвержен постоянным флуктуациям, коих становится все больше и больше в эпоху постиндустриального общества, а потому и невозможно аподиктическое знание о таком обществе. Из такой эпистемологической посылки, например, вытекает попытка обосновать право через процедуру принятия решения, служащую средством его легитимации, Н. Луманом.⁵⁴ В частности, он аргументирует это тем, что независимо от рациональной мотивации действий их функциональность внутри определенной социальной системы может оказаться иррациональной. И, наоборот, иррациональные действия, например в условиях незнания или даже аморального поведения, могут выполнять в этой системе рациональные функции.⁵⁵ Аналогичной точки зрения по своим методологическим основаниям придерживается Ю. Хабермас, утверждающий, что автономное демократическое законодательство требует некоторой процедуры полагания прав, которая обеспечивает

⁵⁰ «Среди принципов, значимых для решения практического вопроса, всегда находятся такие, которые относятся к какой-либо морали... Согласно тезису морали они [принципы] непременно включают в себя такие принципы, которые относятся к какой-либо морали» (Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). С. 95, 96). Интересно, что такой нормативист, как Г. Харт, также не отрицал роль морали: «Право любого современного государства демонстрирует в тысячах проявлений влияние и общепринятой морали, и более широких моральных идеалов» (Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 204).

⁵¹ *Dworkin R. Law's Empire.* Cambridge, London, 1986.

⁵² Именно это считает существенным признаком права Р. Алекси, ссылаясь на «формулу Г. Радбруха» (Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). С. 32, 33).

⁵³ Эта проблема входит в предметное поле франкфуртской школы начиная по крайней мере с 1973 г. (*Habermas J. Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus.* Frankfurt a/M., 1973; *Honneth A. Verdinglichung. Eine anerkennungstheoretische Studie.* Frankfurt a/M., 2005). В современной германской юридической науке эта проблема исследуется в рамках так называемого «акцептно-ориентированного» права (см.: *Lucke D. Die Akzeptanzorientierung rechtlicher Entscheidungen als Preisgabe des Juridischen. Vorüberlegungen zu einer Akzeptanztheorie des Rechts // Bausteine zu einer zu einer Verhaltenstheorie des Rechts / Hrsg. von Haft F., Hof H., Wesche S. Baden-Baden, 2001).*

⁵⁴ *Luhmann N. Legitimation durch Verfahren.* Neuwid, 1969.

⁵⁵ *Luhmann N. Zweckbegriff und Systemrationalität.* Frankfurt a/M., 1973. S. 14.

легитимность и делает возможным дальнейшее формирование правовой системы.⁵⁶ Критерий же этой процедуры лежит, по его мнению, в дискурсивной коммуникации, обеспечивающей избавление ее участниками от субъективных воззрений ради рационально мотивированного согласия.⁵⁷ А. В. Поляков считает легитимность, т. е. взаимное признание прав и обязанностей субъектов правовой коммуникации, ее содержанием. При этом он признает, что «социальная легитимация, имеющаяся здесь, не может быть установлена через какие-либо количественные признаки (столько-то человек “за” закон). Она обнаруживается лишь эмпирически, как некая социальная энергия, дающая возможность субъектам публично и с осознанием своей правоты выступать носителями прав и обязанностей, а также отстаивать и защищать свои права (индивидуально или через социальные институты, включая государство)».⁵⁸

Проблематичность излагаемой точки зрения состоит в том, что даже самая рациональная формальная процедура не может застраховать от ошибочного решения или патовой ситуации при отсутствии желания договариваться о чем-либо при, например, разрешении конфликта между замкнутыми субкультурами. Вышеизложенный скепсис, однако, не означает, что легитимность права в принципе не может быть эксплицирована. Она может быть измерена социологически, хотя для этого требуется методология качественного исследования. Кроме всего прочего, легитимность права всегда может быть выявлена «задним числом» — в историческом исследовании прошедших эпох по объективным показателям соотношения фактического поведения с официальными нормами права.

Критический дискурс-анализ акцентирует внимание на стратегиях гегемонии при формировании легитимности, а А. Хоннет — лидер франкфуртской школы — на «борьбе за признание». Э. Лаклау рассматривает легитимность в политическом аспекте в рамках теории «создания значений», включающей систему организации дискурса и социальность как результат ее практического приложения. Свою задачу представитель постмарксизма видит в выявлении субъекта, формирующего значения для людей, участвующих в политике, и тем самым формирующего легитимность.⁵⁹ По мнению А. Хоннета взаимные притязания на честь, достоинство и уважение,

⁵⁶ *Habermas J. Faktizitaet und Geltung. Frankfurt a/M., 1992. Kap. 3.* — В другой работе, со ссылкой на И. Моусса, он пишет: «Положительное право легитимно не потому, что оно отвечает содержательным принципам справедливости, а потому, что устанавливается посредством справедливых, то есть демократических по своей структуре процедур» (*Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. СПб., 2001. С. 242*).

⁵⁷ *Хабермас Ю. Философский дискурс о модерне. М., 2003. С. 325.*

⁵⁸ *Поляков А. В. Нормативность правовой коммуникации // Правоведение. 2011. № 5. С. 35.* — В другой работе он пишет: «Первый критерий (права. — И. Ч.) — это обязательная легитимация правовых текстов, являющихся основанием для возникновения прав и обязанностей у их адресатов. Легитимация является необходимым условием правовой коммуникации. Она предполагает как уяснение смысла правового текста, так и признание его действительности (валидности) с точки зрения правомерности и возникающей отсюда необходимости ему следовать. Такая легитимация 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 аксиологическое измерение. Только этим и оправдывается сама возможность государственного принуждения к тем, кто нарушает правовые предписания» (*Поляков А. В. Современная теория права. Ответ критикам // Правоведение. 2011. № 5. С. 12–13*).

⁵⁹ *Laclau E. New Reflection on the Revolution of Our Time. London, 1990. P. 33.*

составляющие содержание права, формируются и реализуются в форме борьбы. Оно — содержание права — зависит от того, какой именно социальной группе удастся заявить о своем праве на признание и утвердить его.⁶⁰ Тем самым провозглашение идентичности социальной группы (право на собственное признание), победившей в борьбе за номинацию социального (и правового) мира, составляет содержание легитимности и ее внешнее проявление.

Подводя итог изложенному выше, можно заключить, что справедливость в праве с позиций постклассической парадигмы — это конструирование легитимности юридических норм и институтов через формирование социальной (правовой) идентичности, в которой легитимность приобретает формальную определенность.

⁶⁰ *Honneth A. Kampf um Anerkennung. Frankfurt a/M., 1994. S. 205.*