

ЭКЗИСТЕНЦИАЛЬНЫЙ И ЮРИДИЧЕСКИЙ
СМЫСЛ ПРАВОСУДИЯ:
ИЗВЛЕЧЕНИЕ ЕВРОПЕЙСКОГО ОПЫТА

Ю. Е. ПЕРМЯКОВ*

В статье предпринята попытка определить исходные позиции в осмыслении методологических оснований уяснения понятия правового опыта. Чтобы понять специфику и универсальный смысл европейской правовой традиции, автор предлагает анализировать социальную практику, от которой под именем «прошлого» общество хотело бы дистанцироваться. Опыт права, по мнению автора, составляют не нормы и институты, а те усилия, которые предпринимает общество для вхождения в новое смысловое пространство. В своей непосредственной данности опыт прошлого заявляет о себе присутствием субъекта, оснащенного опробованными социальными технологиями. Реальность опыта, доступная позитивному описанию, представлена наличной ситуацией, в которой конкретными субъектами исторического действия был предпринят отказ от уже освоенной социальной технологии. Обретение опыта правосудия предполагает преодоление глубоко усвоенных юридической наукой мифологем — убеждения в том, что право всегда соотносится в той или иной степени со справедливостью, обеспечивает правопорядок посредством нормы, а судья априори способен к правовому решению. Чтобы раскрыть вопрос о подчинении судьи праву, автор полагает недостаточным анализ судебного решения в аспекте алгоритма, именуемого судебной процедурой. Необходимо проследить процесс обретения субъектом права внутренних оснований подчинения юридической норме и требованию справедливости, т. е. утвердить себя в качестве инстанции, что невозможно без вхождения в пространство вполне определенной правовой культуры. Правовая культура, в которой границы социума совпадают с границами миропорядка, не допускает ни понятия справедливости, ни понятия инстанции (первый тип правовой культуры). В современности этот феномен представлен «лагерной культурой». Ситуация, в которой притязание на учреждение инстанции является уделом героя, представлена вторым типом правовой культуры. Третий тип, определяемый соотношением субъекта, инстанции и правового суждения, являет собой культура утверждения справедливости как следования правилу.

* Пермяков Юрий Евгеньевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права, международного права юридического факультета Самарского государственного университета.

Permyakov Yuri Evgenievich — candidate of legal sciences, associate professor of the department of theory and history of state and law, international law of the law faculty of the Samara State University.

© Ю. Е. Пермяков, 2013

E-mail: permyakov54@mail.ru

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: правовой опыт, правосудие, справедливость, субъект права, инстанция, правовое суждение, судебная процедура, код правовой культуры.

PERMYAKOV YU. E. THE EXISTENTIAL AND LEGAL SENSE OF JUSTICE: DRAWING UPON THE EUROPEAN EXPERIENCE

The article attempts to determine the starting points of comprehending the methodological basis of understanding the concept of legal experience. To understand the specific character and the universal sense of the European legal tradition, the author proposes to analyse the social practice from which, under the name of "the past", society would like to distance itself. The experience of the law, in the author's opinion, is not the rules and institutions, but the efforts made by society to enter a new semantic space. The experience of justice presupposes overcoming the myths deeply imbedded in legal science. To reveal the question of the judge's submission to law, the author thinks insufficient the analysis of court decisions as an algorithm of judicial procedure. It is necessary to trace the process of a right holder's gaining the internal grounds for subordination to the legal norm and to the requirement of justice, i.e. to establish itself as an instance which is impossible without entering the space of a well-defined legal culture. The legal culture in which the boundaries of a society coincide with the borders of the world order allows neither the concepts of justice nor the concepts of instance. Nowadays this phenomenon is represented by the 'band wagon' culture. The situation instantiates the lot of a hero is represented by the second type of legal culture. The third type of legal culture defined by the ratio of an agent, an instance and a legal judgment, is a culture of approval of fairness as following the rule.

KEYWORDS: legal experience, justice, fairness, right holder, instance, legal judgment, court procedure, legal code.

Тема правосудия и справедливости актуальна для всех культур и во все исторические эпохи. Это не означает, что во все времена люди одинаково мыслили справедливость и по одной модели устраивали правосудие. В обсуждение о сущности правосудия и его юридических формах вступают люди, мотивированные собственным историческим опытом и находящиеся внутри специфически устроенного правового пространства. Поэтому обсуждение этих животрепещущих вопросов неминуемо сопряжено с необходимостью различения дискурсов, внутри которых звучит тема справедливости. В том, что эти специфические особенности есть, нас убеждает не столько анализ законодательства и юридических процедур, сколько содержание правовой идеологии и понятные в локальной культуре аксиомы правоприменения. Требование справедливости, как следование формально заданному масштабу действий, прежде чем стать официальным решением, подпадает под критику, навеянную политическими, моральными или религиозными соображениями тех, кто интерпретирует норму и принимает решение о следовании содержащемуся в ней правилу. Последнее обстоятельство объясняет не только наличие барьеров, препятствующих международному сотрудничеству в области борьбы с преступностью, судебной защиты прав и свобод личности и коллективного противодействия нелегитимным формам организованного насилия, но и дефицит интегративного сочетания философского, юридического и исторического подходов в изучении справедливости, тотальную подчиненность научного дискурса утвердившимся в национальной культуре смыслам. Однако увидеть собственный

опыт непросто; сама задача осмысления правового опыта теоретической рефлексии не подвергалась, отчего в научной литературе можно встретить утверждения о его очевидности и доступности.¹

Правовой опыт, как и опыт исторический, до недавнего времени был пренебрегаемой темой в науке.² Здесь много неясного. Ясно пока лишь одно: рассуждать о том, что подходит, а что не подходит правовой системе России, не имея критериев «приемлемости» опыта, в научном смысле непозволительно. Можно сколь угодно долго размышлять об обмене опытом, синтезе и преемственности правовых традиций, но у этих упражнений догадливого разума нет точки опоры, поскольку по воле автора речь с равным успехом начинается либо с констатации принципиальных различий правового опыта России и Западной Европы, либо с констатации единства европейского и российского правопонимания. Здесь неизбежен вопрос о том, как можно нечто констатировать в качестве специфического опыта правовой жизни, чтобы это утверждение не было лишь пристрастным мнением, облеченным в наукообразную форму. Как сказать об опыте так, чтобы сам факт упоминания о нем не воспринимался бы научным сообществом как последний аргумент в беспредметном споре, где утверждение о прошлом и будущем принимает форму исторического пророчества?

Западная традиция права признается единственной теми, кто сам мыслит категориями европейской культуры.³ Эта господствующая в отечественном правоведении установка объясняет готовность российских правоведов войти в интеллектуальное пространство европейской традиции и их равнодушие к непосредственной практике и эмпирическим основаниям собственной юридической науки, которая, чтобы не утратить последние признаки научности, не вправе принимать на веру ни собственный предмет, для описания и объяснения которого она предназначена, ни свойственную предмету проблематику.⁴ Методологический инструментарий,

¹ Так, В. А. Рыбаков полагает, что «пространственные и временные пределы действия правового опыта в отличие от преемственности не имеют границ. Им могут пользоваться все народы, черпая его из различных государственных образований» (*Рыбаков В. А.* Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы. Автореф. дис. ... д. ю. н. Омск, 2009. С. 9). О доступности правового опыта в качестве объекта эмпирического исследования упоминает В. Н. Карташов: «...организационно-практическая деятельность и накопленный правовой опыт составляют эмпирическую базу для науки» (*Карташов В. Н.* Введение в общую теорию правовой системы общества: текст лекций. Ч. I. Ярославль, 1995. С. 18).

² Об осмыслении исторического опыта как новой исследовательской проблеме см.: *Анкерсмит Ф. Р.* История и тропология: взлет и падение метафоры. М., 2009; *Зверева Г. И.* Понятие «исторический опыт» в «новой философии истории» // Теоретические проблемы исторических исследований. Вып. 2. М., 1999. С. 104–117; *Олейников А. 1*) Исторический опыт — новый предмет теории // <http://kogni.narod.ru/exper.htm>; 2) Исторический опыт — новый предмет теоретических исследований // *Номо Историчесус*. К 80-летию со дня рождения Ю. Л. Бессмертного / отв. ред. А. О. Чубарьян. Кн. I. М., 2003; *Лехциер В. Л.* Введение в феноменологию художественного опыта. Самара, 2000. С. 27–64.

³ Эта позиция ясно выражена Н. В. Варламовой: «...никакой иной правовой традиции не существует. Право — феномен западной цивилизации (культуры)...» (*Варламова Н. В.* Типология правопонимания и современные тенденции развития права. М., 2010. С. 39).

⁴ Национальный характер правовой теории определяется ее главным назначением — созданием юридических доктрин, в которых был бы артикулирован алгоритм правового мышления, обеспечивающий интеграцию всех элементов правовой системы. См. подробнее: *Пермяков Ю. Е.* Правовые суждения. Самара, 2005. С. 156–172.

почерпнутый из западной юриспруденции, оставляет вне сектора своего внимания тот механизм правового воздействия, о котором она, при значительном сходстве европейской и российской культуры, не подозревает.⁵ Это обстоятельство порождает в российской юриспруденции страшный разрыв, и по этой причине юридическая практика воспринимает юридическую доктрину как своего основного соперника, а в рассуждении о российской правовой реальности ученые привычно делают оговорку о том, что законодательные инициативы и правоприменительная практика не выдерживают серьезной научной критики. Преподаватели права, в свою очередь, предупреждают своих студентов, чтобы те не вздумали в своей будущей деятельности воспользоваться научной аргументацией в суде и, с другой стороны, не шли бы на поводу у профессиональных юристов, готовых предложить «серые» технологии применения права и разрешения правового конфликта.

Если теоретик права назначает предметом своего исследования то, что еще не стало и, возможно, никогда не станет реальностью опыта, науке можно только посочувствовать. Тогда она в силу своей неизбежной зависимости от нарратива вовлечена в обсуждение несуществующего опыта, так что объект описания приобретает свойства реальной действительности.⁶ В ходе дискуссии о несуществующем опыте в параллельном пространстве формируются научные школы, которые повествуют о развитии правовых институтов, находят свои авторитеты и историки, о которых моментально забывают после правовой реформы или смены политического курса, поскольку в действительности этот опыт не может стать объектом научной критики и тем более быть востребованным практикой.⁷ Один из основных мифов юридической науки состоит в том, что право обеспечивает порядок посредством нормы.⁸ В России, где норма и нормальное служат синонимом рутинного и нетворческого, «нормативный порядок» никогда не приобретал значения фундаментальной социальной ценности. Своими достижениями в культуре, политике и экономике Россия обязана не правопорядку, а тем, кого этот правопорядок выбрасывал за черту легитимности, — список этот огромен и включает в себя не только раскулаченных, ссыльных, репрессированных, опальных военачальников, писателей и научных деятелей, но и прежде всего саму политическую власть, практикующую в постоянно воспроизводимой ситуации чрезвычайного положения неправовые методы

⁵ Так, в российской публицистике и правоприменительной практике вряд ли кого удивит ссылка на «политическую волю», необходимую для того, чтобы положения закона были реализованы в случае привлечения к ответственности лица, занимающего ответственное положение в государственной иерархии. Между тем, юридическая догматика ни о какой воле, помимо той, которой располагал законодатель, не осведомлена. Любая инструкция, любое распоряжение, поступившие исполнителю от непосредственного начальника, имеют преимущество перед актами высшей юридической силы. Наука не предлагает объяснения и старается не замечать эти «неинтересные» и «нетипичные» факты.

⁶ Карл Поппер назвал эту методологию эссенциализмом (*Поппер К.* Нищета историзма // *Вопросы философии.* 1992. № 2. С. 64–68).

⁷ См. подробнее: *Пермяков Ю. Е.* Юриспруденция как строгая наука // *Юриспруденция в поисках идентичности.* Самара, 2010. С. 101–158.

⁸ По мнению В. П. Малахова, мифологизация — самый легкий способ снятия противоречий в понимании чего-либо, поэтому сама нацеленность юридической теории на позитивное объяснение феномена права уже обуславливает ее мифологическую природу (*Малахов В. П.* Миф о научности юридической теории // *Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права.* М., 2011. С. 78).

управления. В российской истории герой неотличим от бунтаря, а подвиг — от преступления.⁹

Чтобы понять специфику и универсальный смысл европейского понимания права, для начала уточним, что обращение к опыту как таковому актуально лишь при встрече прошлого с настоящим, где под именем «прошлого» означена социальная практика, от которой общество дистанцируется, отдавая предпочтение той, которая именуется современностью. Эта встреча может быть описана посредством метафор вроде «вызова истории», «исторического выбора» и т. д. Однако в своей непосредственной данности опыт прошлого заявляет о себе присутствием субъекта, оснащенного опробованными социальными технологиями. Здесь тема возвращения прошлого теряет свою мистическую заряженность. Когда говорят «прошлому не быть», имеют в виду не банальное — что было, то прошло, а вполне прагматичное: встреча с теми, кто намерен использовать апробированные некогда технологии, не должна стать роковой для судьбы отечества, права или каких-либо институтов. Реальность опыта — это наличная ситуация, в которой конкретными субъектами исторического действия был предпринят отказ от уже освоенной социальной технологии. По выражению Франклина Анкерсмита, «исторический опыт расщепляет пока еще диффузное настоящее на прошлое и настоящее».¹⁰ Нельзя опыт правовой жизни освоить как объект философского или даже научного исследования, если нет самой ситуации «расщепления», в которой надлежит сделать исторический выбор и дистанцировать себя от тех или иных смыслов. Ведущиеся сегодня на телевидении публичные споры об истории важны не тем, что открывают нам факты прошлой жизни, а тем, что создают дискурс, смысловой контекст для оценки фактов настоящего. История Европы оказывается местом борьбы за конструирование политически актуальных в России смыслов.

Опыт всегда оплачен. С содержательной стороны он предстает совокупностью лишений, неизбежно понесенных тем, кто решил приобрести либо оставить за собой некий статус, понимаемый в онтологическом масштабе как способ исторического бытия. В таком понимании опыт открывается своей внешней стороной и может быть объектом утвердительных верифицируемых суждений правовой антропологии. Опыт демонстрирует не только цели и решимость субъекта исторического действия, но и его состоятельность в этом качестве, т. е. те реально предпринятые усилия, благодаря которым притязание становится нормой. Стало быть, спор о том, есть ли европейский опыт, на который может опереться Россия в осуществлении правовой политики, может быть не только идеологическим, но и научным.

Обращение к теме опыта характерно для ситуации, в которой переход от одного состояния к другому совершается с преодолением инерции. Это

⁹ Вопрос об ответственности предшествующего руководства страны ставился на всем протяжении советской власти, не утратил он своей актуальности и в XXI в. Известно, что первый указ исполняющего обязанности президента В. В. Путина (указ № 1763 «О гарантиях Президенту Российской Федерации, прекратившему исполнение своих полномочий, и членам его семьи» от 31 декабря 1999 г.) помимо социальных гарантий наделял первого Президента России особым статусом лица, не подлежащего уголовной и административной ответственности. В соответствии с п. «д» ст. 1 этого указа прекративший свои полномочия Президент не мог быть задержан, арестован, подвергнут обыску, допросу либо личному досмотру (СЗ РФ. 2000. № 1 (ч. II). Ст. 111).

¹⁰ Анкерсмит Ф. Р. История и тропология: взлет и падение метафоры. С. 13.

движение и соответствующий его направлению вектор силы можно описать в таких пространственно-временных категориях, как прошлое — будущее, Россия — Европа, центр — периферия, заключение — свобода и т. д. Если в конце 1980-х — начале 1990-х годов к государственно-правовой реформе побуждало отношение к собственному прошлому, с которым надо было расстаться («казарменный социализм», «партийно-номенклатурная система» и т. п.), то затем реформа права осознавалась как следствие так называемой глобализации, признания российским обществом универсального смысла правовых ценностей западноевропейской культуры.

В «нулевое» десятилетие очарование достижениями зарубежной юридической техники и решениями западной юстиции иссякло, политический реализм, граничащий с цинизмом, снова вырос в цене. Дистанцирование от правового опыта Европы было инициировано рассуждениями о «суверенной демократии», «судебном суверенитете», введением в законодательство понятия некоммерческой организации, выполняющей функции агента иностранного государства, и т. д. На фоне девальвируемых рассуждений демократически ориентированных политиков о судьбе гражданского общества и религиозно-метафизических построений, декларирующих незыблемые ценности, более чем когда-либо понятен и оправдан интерес современного правоведа к стандартам строгой научности. Казалось бы, понятие правового опыта должно послужить юридической науке столь же успешно, как когда-то понятие опыта пригодилося естественным наукам в качестве фундаментальной методологической конструкции. Однако картина сложилась совершенно иная: не уяснив того, в чем заключено непосредственное бытие права и эмпирические основания юридической науки, отечественное правоведение до сих пор полагает, что право, как исторический факт, доступно непосредственному восприятию в силу официального характера его нормативных источников и решений, всегда заключенных в строгую документальную форму. Последствия правопонимания, когда право сводят к системе официальных актов органов власти, сказываются, в частности, в том, что в юридической теории вопрос о специфическом правовом опыте не возникает, поскольку через призму нормативизма не видна инерция социальной материи, которую призван упорядочить и преобразовать устанавливаемый правом порядок.

Следуя традиции непредвзятых методов анализа права и государства, которую можно проследить в европейской науке последних десятилетий (Фуко, Агамбен и др.), позволю задать читателю наивный вопрос: на чем покоится его уверенность в том, что судья способен выносить справедливые и законные решения? Поскольку такая обязанность предусмотрена в целом ряде нормативно-правовых актов, правовая доктрина считает аксиоматичным положение о том, что судья располагает способностью к правовым суждениям. Так, в концепции Г. Кельзена подчинение норме выступало изначально заданной парадигмой — «основной нормой», а сама нормативная юриспруденция им понималась как наука о должновании.¹¹ Но если не упускать из вида практику отмены неправосудных приговоров и общественное недовольство несправедливыми решениями, а также репрессивную модель правовой политики в целом, к которой время от времени сползает государственность, следует признать, что судья при разрешении спора может счесть целесообразным

¹¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция // *Российский ежегодник теории права*. 2009. № 2. С. 438.

подчиниться не правовым предписаниям, а каким-либо иным требованиям, природа которых не вполне ясна. С точки зрения юридической теории, этих фактов вообще не должно быть, поэтому ее категориальный аппарат допускает лишь понятие судебной ошибки, т. е. непредумышленного заблуждения в оценке фактических обстоятельств и толкования нормы. Юридическая доктрина повествует о судье как таком участнике правоотношений, который по своей природе предназначен исключительно для правомерного поведения и реализации права. Он не может действовать за пределами права и вопреки праву. Судебные ошибки юридический позитивизм склонен рассматривать как несовершенство законодательства, и, соответственно, незаконное решение предстает как следование норме, неудачно расположенной в системе права.

Однако даже в социологической концепции права, где оно представлено в качестве социальной структуры (правоотношения, взаимодействия), нет нужды в понятии опыта. В социологии права неспособность судьи к правовому суждению объясняют деформациями профессионального сознания и низким уровнем правовой культуры. Неправосудное решение в этом ключе может быть рассмотрено как развитие конфликта правовых культур. И в том, и в другом случае решение выражает уверенность судьи в том, что он следует нормативным требованиям. Социология права усложняет правовую реальность, впуская в нее не только официально установленное право, но и локальные нормативные системы с их специфическими правопорядками. Увы, слишком много фактов, чтобы усомниться в полноте этого объяснения. Судья может попросту бояться юридической нормы — так, как дети боятся грозы. Он затягивает процесс, отклоняет ходатайства, консультируется с надзорной инстанцией, испрашивает разрешения у председателя суда — и все это для того, чтобы встреча с ней не состоялась, чтобы не оказаться субъектом законного и справедливого решения. Утверждение о статусе человека и судьбе вещи, которое всегда завершает судебную процедуру, налагает на личность должностного лица, рискнувшего воспользоваться полномочиями судебной власти, обременение, вынести которое можно лишь при условии, что есть сила духа.¹² Иначе говоря, рациональная способность к правовому суждению обусловлена не логическим содержанием нормы, она коренится в метафизической достоверности суда и не может быть обеспечена правовой осведомленностью и соблюдением одних лишь формальностей судопроизводства.¹³ Юридической науке, предпочитающей обсуждать тексты зарубежных авторов, необходимо преодолеть снобизм и остановить взор на той стороне правовой жизни, которая пока что не подлежит вразумительному объяснению.¹⁴

Если не подменять проблематику правового решения теми вопросами, которые обыкновенно рассматривают применительно к юридической

¹² «Авторитет судьи — его собственная заслуга, правосудие — сфера Богочеловеческая», — пишут Э. М. Мурадян и Б. А. Тулинова (*Мурадян Э. М., Тулинова Б. А. Суд. Источники. Принципы. Решения.* М., 2011. С. 22, 112).

¹³ См. подробнее: *Пермяков Ю. Е. Основания права.* Самара, 2003. С. 331–376.

¹⁴ «Я не могу понять, — пожаловалась в прямом эфире одной из радиостанций иностранная журналистка, — почему все в Москве стоят на красный свет и едут на зеленый». Ряд этих детских вопросов, недостойных высокой науки, можно бы продолжить: почему полицейские боятся применить оружие при пресечении преступления, почему жалоба обретает большую эффективность, если написана в форме доноса, почему практикуются «прямые видеобращения» к президенту сотрудников правоохранительных органов и т. д.

квалификации, надо признать, что в европейской и ориентирующейся на нее отечественной науке факт справедливого решения не находит рационального (концептуального) объяснения. Судья подчинен норме, поэтому вопрос о наличии у него воли, нацеленной на ее применение, избыточен в любой концепции права. Юридическая наука не может ставить под сомнение это аксиоматичное для нее и позитивного права положение, что и составляет сердцевину, смысловое ядро европейской правовой культуры. Юриспруденция допускает наличие «следственных» и «судебных» ошибок в правоприменительной практике, но факты, когда неправильное применение закона было бы целью правоприменителя, она, в отличие от публицистики, заметить не способна. У нее нет системы понятий, предназначенной для обоснования решения о применении нормы либо отказа от такового. Этот пробел в научной методологии подтверждает парадоксальную мысль о том, что привычное очевидно и именно по этой причине ненаблюдаемо.

Итак, опыт права составляют не его нормы, институты и процедуры, а те рациональные интенции и общественные инициативы, благодаря которым носитель правового притязания смог состояться в качестве субъекта права, а государственное учреждение и чиновник — в качестве официальной инстанции, способной представлять от имени метафизических сущностей — справедливости, народа, судьбы. Опытом права располагает не социальная система, которая, к стати сказать, безразлична к себе самой и лишена онтологических оснований, а субъект, для которого обращение к нормам и юридическим процедурам служит способом утверждения собственной сущности и который вне этого обращения подвергает себя риску утратить экзистенциально важные для него отношения с внешним миром и культурой. Справедливое и законное решение служит уязвленной личности средством восстановления в своих правах поверженного беззаконием смысла.

Вопрос о том, в какой смысловой картине мира европеец способен мыслить себя субъектом права, настолько объемён, что здесь придется воспользоваться схематичными построениями, в которых внимание читателя акцентировалось бы на ограниченном количестве смыслообразующих конструкций. Этими конструктами выступают прежде всего такие понятия, как «субъект», «инстанция» и «правовое суждение», которые позволяют раскрыть национальные коды в любой правовой культуре, поскольку служат элементами инвариантной структуры правовой процедуры.¹⁵ Нас не смущает то, что в собственно юридической литературе этим понятиям не уделяется должного внимания, поскольку становление права, обретение опыта правовой жизни и развитие юридической доктрины не всегда идут нога в ногу.¹⁶ Чтобы раскрыть вопрос о подчинении судьи праву, теории

¹⁵ Здесь надо пояснить смысл заимствования этого приема (и понятия кода) у Ролана Барта, который об анализе повествования писал следующее: «...задача состоит вовсе не в том, чтобы проникнуть в мотивы повествователя или понять эффект, производимый рассказом на читателя: она в том, чтобы описать код, при посредстве которого повествователь и читатель обозначаются на протяжении всего процесса рассказывания» (Барт Р. Введение в структурный анализ повествовательных текстов // От структурализма к постструктурализму. Французская семиотика. М., 2000. С. 220).

¹⁶ По этой причине, к стати сказать, нельзя игнорировать наличие правового опыта в странах и общинах, расположенных далеко от Европы и не создавших своей правовой науки. Вьетнамский монах Тхить Куанг Дык, отважившийся в 1963 г. на самоожжение в знак порицания предпринимаемых властью притеснений, высказал свои правовые

должны бы признать в суде не просто алгоритм действий, именуемых судебной процедурой, но субъекта права, способного посредством подчинения юридической норме и требованию справедливости утвердить себя в качестве инстанции. Инстанция, как чистая способность к истинному — и потому авторитетному — суждению, беспредметна, у нее нет ничего своего, поскольку все сказанное ею продиктовано сущностью того, о чем говорится домогающимися справедливого решения участниками процесса. Поскольку превращение субъекта в инстанцию равносильно его добровольной смерти (П. Бурдые: «умри и стань институтом»), учение об инстанции как субъекте авторитетного суждения в европейской теории не было создано. Попытка П. Рикёра ввести в отношения субъекта права и его контрагента фигуру «третьего» имеет тот изъян, что «третий» («любой», «каждый») мыслится им по аналогии с субъектом права, т. е. как деперсонифицированный субъект («я» или «ты») со своими интересами и правовыми притязаниями.¹⁷ У инстанции, однако, в отличие от субъекта права нет ни притязаний, ни собственных интересов, иначе бы независимость судьи от исхода дела не могла бы рассматриваться в качестве основания справедливого решения. Как инстанция, суд существует лишь внутри судебной процедуры и только как субъект авторитетного суждения для данного дела; в ином качестве, если его не отождествлять с судебным учреждением, он не встречается.

Рассмотрим три типа правовых культур на основе соотношения права и справедливости.

Тип 1. «*Право как режим: ни субъекта, ни инстанции, ни справедливости*». Вопреки распространенному убеждению в том, что право как бы то ни было всегда соотносится со справедливостью, которая выражает принцип общественного устройства, мы должны констатировать в европейской истории ситуации, когда есть право (т. е. регламентированный режим существования), но нет справедливости. Исторически первой она представлена эпохой раннего периода античной культуры, когда вселенная мыслилась как космос, т. е. упорядоченное единство. Вопрос о справедливости чего бы то ни было тогда вряд ли мог прозвучать: если у всего имеется единое первоначало, автономия и своеволие невозможны. В табуированном обществе нарушение запретов знаменовало собою уступку хаосу и переход в небытие, поэтому охрана нормативного порядка имела смысл не как поддержание справедливости, о которой мир еще ничего не знал, а как стратегия организованного выживания и борьба с внешними силами, исходящими ниоткуда. В контексте мифологических представлений древнее право было свято не в силу своего содержания и его соответствия ценностным критериям, а потому, что мыслилось единожды установленным в качестве безусловной формы коллективного и индивидуального

притязания в иной форме, нежели Эмиль Золя, опубликовавший статью в защиту арестованного офицера. Однако его поступок приобрел для становления национального правосознания не меньшее историческое значение, чем знаменитое воззвание «*J'accuse*» («Я обвиняю»), кстати сказать, лишенное признаков юридической догматики (См.: Золя Э. Я обвиняю. Письмо господину Феликсу Форэ, президенту республики // Золя Э. Собр. соч. В 26 т. Т. 26. М., 1967. С. 216–232).

¹⁷ «Для философии диалога всегда соблазнительно ограничить себя только отношениями с другим, которые, как правило, развиваются под знаком диалога между «я» и «ты»... Казалось бы, только такие отношения заслуживают называться межличностными. Но этой встрече недостает отношения к *третьему*, которое кажется таким же изначальным и простым, как и отношение к «ты»» (Рикёр П. Справедливое. М., 2005. С. 34).

существования.¹⁸ Пространство социальной жизни еще не было ареной вселенской битвы добра и зла, поэтому исторические события лишены моральной смысла и не составляют компетенции социальной власти: они определялись исключительно волей богов. В этот период власть приобретает легитимность в той мере, в какой была в состоянии гарантировать соответствующие космическому миропорядку отношения земли и неба. Недовольство небожителей тем, как царь-жрец исполняет религиозные обряды и почитает установленные свыше законы, грозило миру катастрофой. На фоне этой картины мироустройства земные события прочитывались как отзвуки идущей на небесах войны титанов и козней богов. Человек еще не был наделяем статусом морального субъекта. Поскольку ему был закрыт доступ к выбору и свободе, борьба с неопознаваемым и недостижимым злом не могла стать смыслом его поступка. До той эпохи, когда вселенское зло устроилось на Земле и обосновало внутри социального пространства собственную иерархию, единственным модусом человеческого бытия было лишь трагическое претерпевание надмирной воли. Организация общества без признания правосубъектности его членов приобретает черты военного лагеря или колонии, вокруг которых простиралось вовне враждебное окружение.¹⁹ Нормы и иерархия, неуклонное соблюдение которых служит альтернативой гибели и катастрофы, реализуются посредством распоряжений, иной формы у правового суждения нет. Возможно, это именно тот случай, когда можно согласиться с Дж. Остином в том, что право — это всего лишь приказ суверена.²⁰

В XX в. правовой режим, исключая правосубъектность и справедливость, исследован как феномен лагерной жизни Джорджо Агамбеном. Он рассуждает о зоне безответственности и «невозможности суждения», которая, по его мнению, располагается не по ту сторону добра и зла, а внутри пределов того и другого.²¹ Регламентация поведения внутри религиозных общин, покинувших пределы современной цивилизации, еще ждет своих исследователей.²²

Тип 2. «Притязание на справедливость: герой без инстанции». Требование справедливости впервые запечатлено античными авторами в повествовании о героях, пытавшихся бросить вызов судьбе и вступить в спор с богами, от которых были рождены. Эти схватки, безусловно, имеют метафизическое измерение, поскольку своеволие героя сокрушает предустановленный порядок и обретает черты события, т. е. изменения способа человеческого бытия. Мир, где герои вмешиваются в компетенцию высших сил и совершают подвиги, подвергает себя риску стать объектом

¹⁸ В мифе достоверность возникает вместе с объяснением (см. об этом: *Фрейдберг О. М.* Миф и литература древности. М., 1978. С. 15).

¹⁹ Близкое к этому описание правового режима дает в характеристике мифологии Империи И. А. Исаев: «В сердцевине имперского мифа лежала цивилизационная ойкуменическая идея Империи, априори предполагавшая победу организованного космоса над хаосом и соединении (точнее, присоединение) разделенных частей мирового пространства. В политической мифологии Империи важной составляющей являлось представление о справедливости, правильности и легитимности того порядка, который Империя предлагала внешнему миру» (*Исаев И. А.* Топос и номос: пространства правового порядка. М., 2007. С. 16).

²⁰ *Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В.* История политических и правовых учений. СПб., 2007. С. 325–326.

²¹ *Агамбен Дж.* Номо Сасер. Что остается после Освенцима. М., 2012. С. 20.

²² Наиболее известная из них — ушедшая в леса Красноярского края «Церковь последнего завета», объединившая последователей Виссарияна (С. А. Торопа).

божественного гнева, поскольку предустановленный и вечный порядок претерпевает изменения. Герои сдвигают мировую ось и обрекают людей на необходимость самостоятельного, не гарантированного высшими силами бытия, которое отныне становится рискованным. Следование закону перестало трактоваться в духе объективно установленного и предзаданного порядка. Порядок следовало создавать, и эта обязанность, которая была известна уже составителям Ветхого Завета, в европейской традиции была возложена на несовершенного человека. Те представители философских течений, которые не слишком пленились идеей всеобщей гармонии и объективно заданного единства, но усматривали в мире постоянную изменчивость, хаотичность и вследствие этого невозможность объективного знания, пришли к выводу о приоритетном значении субъекта в установлении основ социального устройства: если в вечном движении и изменчивости ничто не возникает и не уничтожается, у нравственности нет иного основания, кроме человеческого произвола.²³ Протагор и софисты ввели в свои рассуждения об основаниях этики антропологическое измерение, где человеческое усилие претендует на то, чтобы стать основанием власти и права.

Герой, который приходит в историю как законодатель и реформатор, создает законодательную инстанцию, поскольку свои притязания на справедливость ему, кроме богов, адресовать некому.

Героическая эпоха и соответствующая ей правовая культура с культом борца за справедливость никогда не уходили в безвозвратное прошлое. В России она представлена традицией создавать инстанцию для каждого трудного случая, который подлежит разрешению на основе создаваемой для него нормы. Мифологема современной юридической науки о том, что быстро меняющиеся общественные отношения диктуют необходимость постоянного совершенствования механизма правового регулирования, как нельзя лучше иллюстрирует эту модель права. Правовой опыт борьбы с закостневшей нормативной системой получил в политической публицистике именование «бешеного нормотворчества».

Тип 3. «Справедливость как следование правилу». В космологической социометрии пифагорейцев происходит превращение мира физических тел, материальных вещей, исторических событий, человеческих чувств и способностей в число. Из учения Пифагора и его учеников следовал вывод: чтобы для обретения гармонии человеку войти в соприкосновение с миром как объектом измерения, необходимо не только исходить из идеи о принципиальной измеряемости мира («власти числа»), но и самому быть посвященным в тайну числа, гармонию мира, «музыку сфер».²⁴ Пифагорейцы отбросили возможность познания справедливости так, как познается физическое тело и весь материальный мир, открытый взору любого человека. Мир чисел и отношений не очевиден даже для религиозного сознания, коль скоро познается посредством особого инструментария — математики. Позже Аристотель попытается доказать, что наука о человеческом счастье вовсе не связана представлениями о божественном и не может быть наукой о физической природе.

Из диалогов Сократа следует, что всякое представление о чем бы то ни было, включая и справедливость, установленную по мудрости богов, нуждается в согласовании с разумной мыслью. Божественное, воплощаясь в человеческих делах, должно быть разумным, а человек, по мысли Сократа,

²³ Трубецкой Е. Н. Труды по философии права. СПб., 2001. С. 49.

²⁴ Чанышев А. Н. Курс лекций по древней философии. М., 1981. С. 144.

в самом себе имеет способность постичь божественное, коль скоро наделен разумом.²⁵ Признавая вслед за своим учителем основополагающим началом мироустройства волю богов, Платон взывал к проявлению человеком разумной заботы о себе самом и, соответственно, рассматривал право как проявление такой заботы, сам же человек понимался им как космологическое существо, способное посредством разумной души воспринимать универсальный и совершенный разум. Начиная с Аристотеля основания права из области внутренней созерцательной деятельности отрешенного от внешнего мира мыслителя («идея блага») перемещаются в область социального. Логику человеческих суждений Аристотель считает важнейшим условием достижения общественной гармонии, разумных и справедливых дел. Человеческое единомыслие придает справедливости статус общественной ценности, которая не может быть реализована усилием единичной воли. Человек укоренен в социуме, субстанциально с ним связан тем, что способен следовать норме и укреплять общественные устои благодаря отрицанию в себе всего того, что неразумно. В борьбе с собственными страстями человек опирается на рассудительность, подчиняя этой добродетели все остальные качества. В учении Аристотеля возможность публичной власти достигается не через одно лишь правление, но также посредством правосудности всей полисной жизни.²⁶ Аристотель продолжил дело Сократа и предвосхитил интерес последующих эпох к юридической процедуре тем, что сформулировал формальные правила мышления и уравнил шансы людей постигнуть условия истинного суждения: она могла открыться каждому, кто смог бы воспользоваться его аналитикой. С позиции сегодняшнего исторического опыта можно сделать предположение о том, что наиболее конструктивной для развития идеи права в его учении оказалась постановка вопроса о формальных критериях легитимности человеческого суждения.

В свои размышления о естественном законе как принципе мироздания стоики ввели концепт судьбы. Вся человеческая жизнь до мелочей подчинена судьбе и потому рассматривалась ими фаталистически — как свершающееся по воле свыше правосудие. Добродетель в их учении имеет самонаправленный характер, что оттеняет ее значение в качестве основания воздаяния или возмездия.

Христианское богословие, подчеркивая мотив спасения, придало суждениям о справедливости иллюзивный характер: истинным «есть» обладает не наличная предметность, а предназначенное к свершению. Истинность своих соборов католическая церковь гарантировала неукоснительным соблюдением строгих правил интерпретации священных текстов, т. е. каноничностью.

В области светской философии субъект утверждался в собственной автономии, основания чего бы то ни было он находил прежде всего в результате собственной рефлексии. Вслед за Абельяром Лейбниц выступил в защиту человека как субъекта деятельности, наделенного свободной волей и способного подлежать ответственности.

В обосновании права в качестве универсальной ценности европейской культурой изначально были задействованы такие понятия, которые фиксируют помимо метафизических возможностей правовых суждений (единое первоначало, равновесие, единая мера, справедливость,

²⁵ См., например, диалог Сократа с Алкивиадом об осознании справедливости в управлении государством: Платон. Собр. соч. В 4 т. Т. 1. М., 1990. С. 220–267.

²⁶ О правосудности Аристотель рассуждает в «Никомаховой этике» (Аристотель. Соч. В 4 т. Т. 4. М., 1983. С. 52–293).

возмездие, правосудность, судьба) и их экзистенциально-субъективных предпосылок (забота, благо, истинность, спасение) также и некие институциональные условия (каноничность, авторитет, структура, дискурс). Единство этих оснований обнаруживается зарубежной философией права при осмыслении вопроса о субъекте правового суждения (П. Рикёр и др.²⁷), чьи притязания на легитимность получают символическую форму и — уже в качестве таковых — всецелую подчиненность дискурсу и свободу от собственных экзистенциальных оснований.

Основное содержание этого типа правовой культуры — уважение к процедуре, суть которой усматривается в становлении субъекта авторитетного правового суждения — суда. Легитимность его суждений определяется справедливостью, и потому — в отличие от всех иных государственных учреждений — суд не нуждается в особом покровительстве со стороны государства, напротив, осуществляя судебный контроль за властью, он больше, чем кто-либо, свидетельствует о силе гражданского общества и исторической состоятельности народа.

²⁷ Поль Рикёр так формулирует свое философское кредо: «Этическая цель заключается в стремлении к благой жизни (“я”) с “другим” и для “другого” (отношение лицом-к-лицу) в условиях справедливых общественных установлений (“третий” или “любой”）」 (Рикёр П. Герменевтика. Этика. Политика. М., 1995. С. 48).