

ЧТО ЕСТЬ ПРАВО?*

И. Л. ЧЕСТНОВ**

В лекции представлены основные положения авторского подхода к праву как диалогическому явлению. Дается обоснование тому, что диалогический образ права в наибольшей мере соответствует постклассическим представлениям о социогуманитарном знании. Право раскрывается как антиномия должного и сущего, материального и идеального, личности и структуры, инновационного и традиционного, трансцендентного и имманентного. Сущностным признаком права выступает его функциональная значимость. Особое внимание уделяется анализу релятивности, контекстуальной обусловленности и конструируемости права. Право, с точки зрения автора, — это социальный конструкт, ограниченный множеством социальных и культурных факторов. Аргументируется, что релятивность права — это его взаимообусловленность другими социальными явлениями (культурой, экономикой, психикой и т. д.) и обществом.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: правопонимание, теория права, постклассическая теория права, право как диалог, релятивность права.

CHESTNOV I. L. WHAT IS LAW?

The lecture presents the main provisions of the author's approach to law as a dialogical phenomenon. The author substantiates the fact that law in a dialogical way corresponds to post-classical concepts of socio-humanitarian knowledge to the fullest extent. Law is revealed as antinomy of due and existing, material and ideal, a personality and a pattern, innovative and traditional, transcendent and immanent. Functional significance of law is its essential characteristics. Special attention is paid to the analysis of relativities, contextual conditionality and design of law. Law, according to the author, is a social construct limited by an array of social and cultural factors. It is argued that the relativity of law is its interdependence with other social phenomena (culture, economy, mentality etc.) and with the society.

KEYWORDS: legal thinking, theory of law, post-classical theory of law, law as a dialogue, relativity of law.

* Продолжение цикла лекций о понятии права. Начало см.: Правоведение. 2012. № 6. С. 199–209; Правоведение. 2013. № 1. С. 232–239.

** Честнов Илья Львович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Федерального государственного казенного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Академия Генеральной прокуратуры Российской Федерации» (ФГКОУ ВПО АГП РФ).

Chestnov Iliia Lvovich – doctor of legal sciences, professor, honoured jurist of the Russian Federation, professor of the Department of State and Legal Disciplines, Federal Establishment of Higher Professional Education “Academy of the Office of the Prosecutor General of the Russian Federation”.

Онтологический вопрос о бытии права — что есть право? — зависит от исходных методологических допущений, принимаемых автором соответствующей теории. Я придерживаюсь постклассической методологии, шире — картины мира, которая активно развивается в философии науки (эпистемологии) В. С. Степиным, автором термина «постнеклассическая эпистемология», В. А. Лекторским, И. Т. Касавиным, Л. А. Микешиной и некоторыми другими философами. Основными положениями постклассической картины мира применительно к социогуманитарному знанию являются: признание многомерности и многогранности социальных явлений, их контекстуальная (историческая и социокультурная) обусловленность, воспроизводимость (сконструированность, а не заданность) практиками и ментальной, психической активностью (социальными представлениями) людей, постоянная изменчивость и стохастичность (неравновесность). Все эти — а данный перечень характеристик постклассической модели бытия может и должен быть продолжен — признаки социальности вписываются в концепцию диалога, развиваемую М. М. Бахтиным, В. С. Библером, М. Бубуром, Ю. М. Лотманом, Э. Левинасом, Б. Вальденфельсом, В. Л. Махлиным и другими сторонниками диалогизма. С моей точки зрения диалог — это взаимообусловленность, взаимодополнение и взаимопереход противоположных моментов социальности: материального и идеального, должного и сущего, личности и структуры, универсального и контекстуального и т. п. При этом диалог возможен только между людьми (как реально, так и потенциально — «внутренний диалог»). Поэтому взаимообусловленность противоположностей или антиномий социальности всегда проявляется во взаимодействиях людей. Последние могут быть названы диалогом только в том случае, если в интеракции происходит принятие точки зрения другого, как конкретного человека, так и носителя социального статуса — безличного обобщенного Другого или социальной структуры, которая онтологически дана как социальное представление и массовая практика. Можно сказать по-другому: диалог — это коммуникация, в которой акторы принимают во внимание точку зрения другого. При этом так понимаемый диалог — это не обязательно бесконфликтная идиллия человеческих отношений, возможно и конфликтогенное принятие позиции другого, т. е. диалог с другим как врагом (перефразируя К. Шмитта). Важно то, что такое восприятие другого предполагает его оценку как формально равного, достойного оппонента и потенциально содержит возможности разрешения конфликтов, кои перманентны человеческому существованию.

Все это имеет прямое отношение к праву и правопониманию, которое принципиально не может отличаться от общей характеристики социальных феноменов: социальная философия задает исходные начала правопониманию. Право, если исходить из постклассической философии, — это многомерное социальное явление, контекстуально обусловленное, постоянно изменчивое, конструируемое и воспроизводимое ментальными представлениями и практиками конкретных людей. В то же время право не может не обладать функциональностью или социальной значимостью — сущностным его признаком.

Право как диалог представляет собой взаимообусловленность противоположных моментов, которая проявляется во взаимодействиях конкретных людей, реализующих индивидуальные экспектации — субъективные права и обязанности. Противоположными моментами (антиномиями), разрешаемыми (снимаемыми, по Гегелю) в праве, являются *должное и сущее, материальное и идеальное, личностное и структурное, традиционное*

и инновационное, трансцендентное и имманентное, универсальное и контекстуально обусловленное.

Сущее в праве — это его внешние проявления, которые можно эмпирически зафиксировать. В чем или как существует право? Право бытийствует в знаковой форме, в которой фиксируется его содержание — мера возможного, должного или запрещенного поведения, и в значениях, приписываемых общественным сознанием этой знаковой форме; в поведении людей — субъектов права (в правоотношениях и простых формах реализации права), включающем их ментальные акты по интерпретации знаков (форм нормативности права и индивидуальных актов). Одновременно право существует и в социальных представлениях о желаемом правовом устройстве социума, т. е. в должном. Тем самым должное — это социальная оценка сущего с точки зрения господствующих ценностей.

Должное в праве (как и должное вообще) можно рассматривать как социальное представление. Социальное представление, по мнению основоположника данного понятия и научного направления С. Московичи, — это набор понятий, убеждений и объяснений, возникающих в повседневной жизни по ходу межличностных коммуникаций. «В нашем обществе они являются эквивалентом мифов и систем верований традиционных обществ; их даже можно назвать современной версией здравого смысла».¹ Структуру социального представления образуют информация об объекте представления, поле представления (его образы и смыслы) и установка (аттитюд), выражающая ориентацию субъекта относительно объекта социального представления.

Именно социальное представление детерминирует поведение человека (людей), в том числе и в юридической сфере. Тем самым социальные представления о праве выступают важной (если не важнейшей) составной частью правовой реальности.

Представляется принципиально важным не просто зафиксировать наличие и структуру социальных представлений о праве, но показать механизм их конструирования и функционирования. В принципе, конструирование правовых представлений можно рассматривать как источник права — механизм формирования правовой инновации, ее закрепление и функционирование (воспроизводство) в правовой культуре и правовом порядке. Правовое представление формируется правящей элитой и референтной группой под влиянием как внешних обстоятельств, так и их интериоризации индивидуальными идеями, концепциями, прозрениями отдельных выдающихся людей. Однако эти индивидуальные идеи религиозных (в Средние века), политических деятелей или интеллектуалов (в современном мире) могут превратиться в социальное (правовое) представление только через их легитимацию широкими слоями населения. Огромная роль в данном процессе сегодня принадлежит средствам массовой коммуникации, пропагандистам и комментаторам «великих идей», которые, собственно говоря, и формируют общественное мнение.

Социальные представления включаются в коллективную память и формируют с помощью ритуалов социальную идентичность.

Должное в праве как социальное представление возникает из оценки сущего как неудовлетворенность элиты и/или референтной группы в существующем положении вещей и генетически представляет собой

¹ *Moscovici S. On Social representations / Social cognition: Perspectives on everyday understanding / ed. by J.-P. Codol, J.-P. Leyens. The Hague, 1982. P. 118.*

«первичный произвол» по отношению к предшествующему правопорядку. В этом парадокс правовой инновации: новая норма права первоначально выступает как девиация относительного старого правопорядка. Если в результате пропагандистской деятельности элиты и/или референтной группы и определенной эффективности правовой инновации она легитимируется широкими народными массами, то происходит амнезия происхождения (по терминологии П. Бурдые), первичный «произвол» забывается, а инновация начинает выдаваться за «естественный ход вещей».

Должное и сущее взаимно предполагают друг друга: существование права включает оценку массового поведения с позиций правового идеала (например, смутного, имплицитного представления широких слоев населения о «справедливости»), т. е. должное, а последнее предполагает описание массового юридически значимого поведения. Более того, должное как социальное представление существует только тогда, когда воспроизводится в сущем, в фактических действиях людей и их ментальной активности по интерпретации своих действий с позиций должного.

Изложенные выше теоретические положения можно конкретизировать на примере диалектики (диалога) нормы права и правоотношения. Традиционно считается, что норма права — это должное, а правоотношение — сущее, возникающее при реализации нормы права. Действительно, норма права, прежде всего, — это модель правоотношения. Но норма права возникает не по произволу власть предержащих, а из многократно повторяющихся общественных отношений (взаимодействий конкретных людей), которые квалифицируются как юридически значимые и закрепляются в соответствующей знаковой форме (например, как правовой обычай, нормативный правовой акт и т. д.). Другими словами, норма права конструируется предшествующими ей фактическими отношениями. Сама же норма права «живет», обладает социальным действием только в том случае, если воспроизводится в правоотношениях. В связи с этим следует кратко остановиться на вопросе о действии нормы права.

По мнению Р. Алекси, «трем элементам понятия права: социальной действительности, правильности содержания и надлежащему установлению — соответствуют три понятия действительности: социологическое, этическое и юридическое. /.../ Какая-либо норма социально действительна, если ее соблюдают, либо если ее несоблюдение влечет за собой применение санкций. /.../ Норма считается морально действительной, если она является морально оправданной. Этическое понятие действительности права лежит в основе теорий естественного права и права разума. /.../ В случае, когда система норм или отдельная норма абсолютно лишены социальной действительности, иными словами, им не присуща социальная действительность даже в малейшей степени, такая система норм или такая норма не может быть также юридически действительной. Следовательно, понятие правовой действительности обязательно включает в себя также элементы социальной действительности».² Последнее замечание представляется чрезвычайно важным: юридической действительности (точнее — действительности) права не может быть вне или без социальной валидности и, добавлю от себя, без этической. Вступление в силу нормативного правового акта (юридическая действительность) — всего лишь юридическое условие или предпосылка его действия. Для того чтобы правовой

² Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М., 2011. С. 105, 107.

институт (или норма права) действовал, реализовывался, необходимы его положительная оценка, т. е. моральная (по терминологии Р. Алекси) действительность, и многократное воспроизведение практиками конкретных людей, т. е. социальная действительность. Кроме того, действие нормы права в социологическом смысле предполагает важнейший в юридической практике акт юридической квалификации — соотнесение модели юридически значимой жизненной ситуации с нормой права, что также демонстрирует взаимодополнительность сущего и должного в праве.

Материальное в праве выступает в виде фактических взаимодействий людей, внешней или объективной стороны права, и их результатов, объективированных в соответствующей форме. Придание правовому взаимодействию формы переводит его в знак, соединяющий материальное (носитель знака) и идеальное (смысл и значение знака). Специфика социальности (и права) состоит в том, что какое-либо явление или даже предмет (вещь материального мира) приобретает статус социального через его означивание в общественном сознании и осмысление, интериоризирующее социальные представления в индивидуальную психику. Поэтому материальное всегда включает в себя **идеальное** — социальные представления (по терминологии С. Московичи) и индивидуальные психические, ментальные процессы. Ситуация реальна по своим последствиям настолько, насколько она воспринимается как реальная — афоризм американского социолога У. Томаса, именуемый с легкой руки Р. Мертона «теоремой Томаса». Тем самым материальное (фактически правоотношения) в праве существует через их модель или вместе с их моделью — нормой права как знаковой формой и образом (социальным представлением) в правосознании.

Важнейшей для юриспруденции является антиномия **личности** (и ее индивидуальных действий) — **структуры**, проявляющаяся в праве во взаимоотношенности субъективного и объективного права. Сразу же необходимо отметить, что социальная (и правовая) структура эмпирически существует не как некая данность (как принято полагать в соответствии с процессом реификации, свойственным обыденному общественному сознанию), а как феномен общественного правосознания и массовых действий широких слоев населения. Поэтому правовой институт — это закрепленный в соответствующей форме правовой статус (компетенция) и многократно повторяемые юридически значимые действия людей, реализующих соответствующие права и обязанности, которые образуют содержание правового статуса института. Следовательно, объективное право (структура) существует благодаря ее воспроизведению действиями конкретного человека, реализующего субъективное право и обязанность. Субъективное же право в таком случае — это согласование человеком поведения с информацией, сформулированной в норме (институте) права — структуре. Надиндивидуальная правовая структура как объективированное представление предстает тем самым в виде прав и обязанностей, закрепленных за каждым другим (любым — по терминологии П. Рикера), кто попал в область его действия.

Одной из важнейших антиномий права с позиций постклассической методологии является оппозиция **инновации и традиции**, или **конструируемость** права и ее **ограниченность**. Во второй половине XX в. господствующей парадигмой социальных наук становится конструктивизм, для которого характерны антиуниверсализм, контекстуализм социального мира, релятивизм всех социальных явлений, опровержение наивного реализма, замена объективизма интерсубъективностью (между индивидуализмом

и холизмом). Одновременно для социального конструктивизма характерны методологический индивидуализм³ и антропологизм: социальные явления и процессы суть ментальные представления и взаимодействия людей.

Существуют ли социальные институты и социальные группы как некая данность, «вещь»? От того или иного способа решения проблемы коллективных образований — социальных структур, способа их бытия — одной из самых острых в социальной философии, зависит ответ на вопросы бытия права, государства, нормы права, правового института и т. п. Обладают ли общеправовые категории (норма права, правоотношение, правонарушение и др.) собственным бытием, как, в какой (или в каких формах) формах они существуют? Это один из важнейших и сложнейших вопросов философии права, который, как и другие философские вопросы, не имеет единственного (или единственно «верного») решения. С позиций современной постклассической эпистемологии, повторюсь, социальных структур, коллективных образований не существует как неких данностей или «вещей», а существуют отдельные люди, их совместные действия и представления, образы и образцы поведения как правильные/неправильные, эффективные/неэффективные и т. д. В то же время люди объединяются в социальные группы на основе некоторых общих представлений о желательности такого объединения или другого объединяющего фактора (часто это происходит неосознанно, например, в силу рождения). Поэтому социальная группа, а также социальный институт — это представления (социальные репрезентации) о некотором единстве, общей идентичности определенной части людей. Эти социальные представления не являются объективной данностью, обладающей собственным, внеиндивидуальным бытием, субстанциональностью, целью и деятельностью, а представляют собой социальный конструкт, «воображаемые (т. е. сконструированные) сообщества». Цель и деятельность, как и объективность, привносится в социальную группу (объединение людей) общественным сознанием, механизмом означивания (наделения значением), которые затем интериорируются в личностные смыслы.

Конструктивизм в юриспруденции — это критика объективирующих правовую реальность концепций классической юриспруденции, с позиций которых право выступает миром идеальных сущностей, «парящих» над эмпирической социальной реальностью, созданных гением римских юристов (или глоссаторов) или «мировым духом». *Конструктивизм* — это новое представление о правовой реальности, предполагающее сконструированность правовой системы и ее воспроизводство (инновационное и традиционное) действиями и ментальной активностью человека. Реализация такой программы предполагает переописание практически всех юридических категорий, наделение праксеологическим смыслом юридических догм и конструкций. При этом важно не просто постулировать данное положение, но показать, как это работает, т. е. выявить механизм социального конструирования правовой реальности. Такой механизм, как уже говорилось выше, предполагает анализ правовой инновации и ее объективацию в соответствующей форме и массовых практиках.

³ Методологический индивидуализм свойствен, пожалуй, большинству сторонников социального конструктивизма. В то же время более перспективной видится позиция методологического концептуализма, предполагающего объективное существование сконструированной социальной структуры как социального представления и многократных действий, его воспроизводящих.

В то же время конструируемость правовой реальности не является произволом. Инновационная деятельность ограничена множеством факторов и в первую очередь возможностями и желанием людей, в отношении которых инновация, собственно говоря, вводится. Если инновация не будет отвечать ожиданиям широких слоев населения, то она не будет обладать социальной действенностью и не превратится в правовой институт.

Конструируемость права конкретизируется в его контекстуальности, релятивности, выражающих имманентное бытие правовой реальности.

Одним из принципов постклассической картины мира и, соответственно, эпистемологии является *релятивизм* — относительность знания об объекте, включенном в субъект-субъектные интеракции и межкультурный контекст. Он провозглашает, что знание об объекте является всегда неполным, ограниченным, обусловленным господствующими ценностями, идеологией, общественной доксой, научными традициями и т. п., следовательно — относительным. Социальная эпистемология (Б. Барнс, Д. Блур, С. Фуллер и др.) начиная с 70-х гг. XX в. обосновывает зависимость научного познания от субъект-субъектных отношений, от социокультурного контекста. Релятивизм преодолевает наивно-реалистическое представление о познании и мире: познание не является отражением природы («зеркалом природы», по Р. Рорти), так как мы никогда не сможем сравнить представление о реальности с самой реальностью (Т. Рокмор), ибо последняя дана нам только как представление.

Все это относится и к юридическому знанию, которое — с точки зрения постклассической эпистемологии — обладает лишь относительной автономностью в среде социогуманитарного знания и обусловлено социокультурным контекстом (прежде всего, господствующими типами правовопонимания), господствующей картиной мира, мировоззрением. Юридическая наука — это «частная социальная теория», содержание которой определяется связью с социальной философией и другими общественными науками, обладающая лишь относительной автономией. Если знание о праве относительно (социально обусловлено), то тем самым с постклассической точки зрения обосновывается тезис Гегеля, что право — момент, сторона общества. В связи с вышесказанным можно сформулировать онтологический принцип релятивизма права: *право — это социальное явление, обусловленное взаимодействиями с другими социальными феноменами, вне и без которых право не существует, и с обществом как социальным целым* (при этом последнее не более чем социальное представление, по терминологии С. Московичи, объединяющее людей на определенной территории). Отсюда напрашивается тезис, который может показаться эпатазирующим: нет «чистых» правовых явлений, как нет и не может быть «чистой системы права» Г. Кельзена. Право, как и любой социальный институт, хотя и не имеет единственного и единого референта — оно многогранно, многоаспектно — существует в социальном мире в виде взаимодействий людей, опосредованных социальными (интериоризируемыми в индивидуальные) представлениями. В этих интеракциях всегда сосуществуют психика (психические феномены), культура, язык, часто — экономика, политика и т. п. Выделить юридический момент, например, в договоре купли-продажи, перевозки или в голосовании на избирательном участке, в подаче жалобы и т. д. можно только аналитически. Таким образом, *нет правовых явлений (законов, индивидуальных актов, правоотношений), которые одновременно не были бы психическими (как писал в свое время Л. И. Петражицкий), экономическими, политическими и т. д. — в широком смысле — социокультурными феноменами.*

Вышесказанное не означает, что релятивность права — это произвол и анархия. Как отмечалось выше, релятивность права — это зависимость и обусловленность права обществом. С точки зрения постклассической диалектической социологии права право, как и любой другой социальной институт, выполняет социальную функцию: обеспечивает нормальное функционирование социума (как минимум — самосохранение, как максимум — процветание). Право это делает с помощью нормирования наиболее значимых общественных отношений; экономика — производством и распределением материальных благ; политика — принятием политических решений и т. д. В этом как раз и состоит сущность права, минимум его универсальности. Почему минимум, — потому, что содержательно — это «голая абстракция», наполняемая конкретным содержанием в различные исторические эпохи и в разных культурах-цивилизациях. Конкретное содержание права как раз и задается контекстом исторической эпохи и культуры-цивилизации.

Трансцендентное (сущностное, находящееся за пределами права — в социуме) и *имманентное* в праве выражают антиномию сущности и явленности в праве. С моей точки зрения (в этом вопросе я придерживаюсь позиции Л. И. Спиридонова), сущность права — это его социальное назначение, которое состоит в обеспечении целостности (нормального функционирования) общества. Право — это такие социальные нормы, существующие (реализующиеся) в правоотношениях и простых формах реализации права, которые объективно способствуют самосохранению, выживанию (или — в идеале — процветанию) социума, включая его отдельные подсистемы. Такими нормами, например, являются запреты убийства, кражи, грабежа и другие составы преступлений *mala in se*. Для нормального функционирования рыночной экономики объективно необходимыми являются закрепление в законодательстве права частной собственности, свобода заключения договоров и др.; для демократической политической системы — свободные выборы и т. д. Выявить такие нормы можно только по косвенным признакам (распространенности, массовому использованию и положительной оценке) и всегда «задним числом». В то же время если какой-то нормативный правовой акт по какой-либо причине не действует на практике, то он не обладает социальной значимостью, функциональностью и не может быть назван правовым с точки зрения предлагаемого подхода. Это не означает, что такой нормативный правовой акт не может стать функционально значимым в будущем или что его не надо исполнять. Ни в коем случае. Но такая оценка правового акта как «мертворожденно-го» — сигнал для политики права.

Имманентное в праве — это формы его существования в объективном и субъективном праве: в знаковой форме, в социальных представлениях и практиках воспроизводства.

Трансцендентное в праве выступает *универсальным*, инвариантным аспектом правовой реальности. Но универсальное существует через контекстуальное, относительное. Поэтому право — это диалог универсального и контекстуального.

Антиномии права существуют через воспроизводство правовых интеракций, или механизм социального конструирования (конструкционизм) права. Он включает правовые инновации и воспроизводство права в виде традиций.

Антропоцентричность постклассической методологии предполагает имманентное включение человека в бытие права. Право — правовая реальность — это экстернализация активности человека по конструированию

норм и институтов права, прежде всего по формированию модели правового статуса человека для наиболее значимых общественных отношений, и их воспроизводство через интернализацию объективированных правил поведения в действиях (всегда ориентированных на обобщенного Другого, представленного конкретным контрагентом) и ментальных представлениях человека. Правовая реальность, таким образом, включает взаимодополнение и взаимообусловленность человека, его действий и ментальных представлений, ориентированных на Другого, формируемых и воспроизводимых в правовом порядке с помощью селективной функции правовой культуры норм и институтов права.

Таким образом, право, с моей точки зрения, — это межличностный диалог, который предполагает принятие точки зрения Другого (обобщенного носителя юридического статуса), обеспечивает взаимность правовых экспектаций (ожиданий), образующих содержание правового порядка. Однако право — это не любой диалог, а только такой, который обеспечивает нормальное функционирование социума.