

## ПРАВООПОНИМАНИЕ КАК ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВАЯ ПРОБЛЕМА



Исследование различных сторон, граней, аспектов правоопонимания в общетеоретическом и отраслевом преломлениях является, пожалуй, объединяющей темой настоящего номера журнала «Правоведение». Заметим, что сам термин «правоопонимание» вполне может быть истолкован герменевтически и коммуникативно. Право требует именно понимания, что невозможно вне опыта, вне практики, вне социальных отношений, иначе говоря, вне жизненного мира человека. Право — не понятийная абстракция, право существует как смысловая картина жизненного мира человека, оно всегда контекстуально. Контекстуально и его научное осмысление.

Не случайно и раздел «Концепция права» открывает статья В. В. Трофимова «Социально-интерактивная концепция права (к проблеме обоснования традиции российской и зарубежной философии и социологии права)». Статья представляет интерес во многих отношениях. Автору удалось выстроить одну из линий развития современной теории права. Думаю, что сама идея связать генезис современных подходов к праву, включая различные коммуникативные концепции права, с социологическим правоопониманием во многом оправдана. Это дало возможность выдвинуть на первое место в теоретическом исследовании процесс социального взаимодействия и показать, что без его учета представление о праве в полноценном научном виде оказывается невозможным. Но одновременно авторский подход вызывает вопросы, свидетельствующие о том, что в ходе его дальнейшего осмысления нельзя останавливаться на середине пути, а сказав «а», надо сказать и «б».

Например, анализируя традицию изучения права как процесса социального взаимодействия (интеракции), автор, по сути, отождествляет такое взаимодействие с процессом социальной коммуникации, который, в свою очередь, уравнивается им с процессом общения. Подобное упрощение в исследовании связанных между собой, но не тождественных понятий вряд ли оправдано. При этом автор не идет далее констатации идейной связи между социологическим и интерактивным правоопониманием. Если в статье достаточно хорошо показано, что и один, и другой вариант объединяет акцент на межличностном взаимодействии, понимаемом как основа для возникновения права, то различие между этими подходами остается в тени. В чем, собственно, помимо идеи взаимодействия, заключается специфика «социально-интерактивной концепции права»? Если это родовое название для всех теорий, рассматривающих право не как статичную систему норм, а как реальное взаимодействие определенных субъектов, то тогда непонятно, чем социологические теории права отличаются от

коммуникативных вариантов (если «интерактивное» тождественно «коммуникативному»). Акцент на специфике «интерактивной» концепции важен еще и потому, что некоторые отечественные исследователи сознательно отождествляют социологическое правопонимание, зачастую характеризуемое как социологический позитивизм,<sup>1</sup> со всеми теми теориями, которые в интерпретации В. В. Трофимова именуются «социально-интерактивными».

В рамках анализа, проделанного В. В. Трофимовым, такое различие сделать нельзя, поскольку сам автор, как уже было отмечено, полагает, что взаимодействие, интеракция, общение и коммуникация являются взаимозаменяемыми понятиями (синонимами). Поэтому едва ли не единственное, что можно узнать из статьи по поводу характеристики такого взаимодействия, — это то, что оно определяется нормативными ожиданиями членов группы (со ссылками на концепции Т. Парсонса и Н. Лумана). Тем не менее никакого дальнейшего развития данная мысль не получает, и признать ее определяющее значение для понимания сути интерактивной концепции на основе упомянутого тезиса не представляется возможным.

Полагаю, что отождествление взаимодействия и коммуникации является неверным. Что понимает автор под взаимодействием? Это понятие нигде в статье не раскрывается. Говорится, например, о закономерностях взаимодействия, в результате которого вырабатываются образцы поведения. Взаимодействие выступает здесь скорее как циклическое поведение, в рамках которого действия одного субъекта рассматриваются как причина и следствие ответных действий других.<sup>2</sup> Таким было понимание взаимодействия в позапрошлом и прошлом веках, когда оно рассматривалось как приспособление поведения к определенным социальным условиям. Этого недостаточно для понимания правового взаимодействия. Не случайно во второй половине прошлого века само взаимодействие начинает рассматриваться не столь односторонне: оно предстает уже как субъективно-объективный процесс, включающий в себя не только объективированные факторы, воздействующие на участников интеракции, но и факторы субъективные, предполагающие особую психическую, интеллектуально-волевою организацию тех же самых субъектов, находящую свое выражение в речи. Главное же заключается в том, что на первое место выходит не фактическая, материальная составляющая взаимодействия, а ее идеальная, смысловая сторона. Именно поэтому о таком процессе следует говорить не столько как об интерактивном, сколько как об интерсубъективном взаимодействии.<sup>3</sup> И здесь уже без понятия социальной коммуникации не обойтись. В социальном мире взаимодействие всегда есть и составная часть, и результат, следствие коммуникации, возникающей между субъектами.<sup>4</sup> Понимание этого дает возможность расширить

<sup>1</sup> Например, В. В. Лапаева, Н. В. Варламова.

<sup>2</sup> См., напр.: Фролов С. Взаимодействие социальное // Словарь ключевых социологических терминов. М., 1999.

<sup>3</sup> В контексте феноменологической социологии А. Шюца, Т. Лукмана, П. Бергера.

<sup>4</sup> Речевое взаимодействие как правовая коммуникация может приводить, а может и не приводить к последующей правовой коммуникации, требующей иного взаимодействия. Например, обсуждая условия договора, стороны не пришли к согласию и договор не был заключен, дальнейшей правовой коммуникации не возникло. Если же стороны достигли взаимопонимания и заключили договор (имела место правовая коммуникация), то возникла новая правовая коммуникация, основанная на взаимодействии сторон как субъектов договорного правоотношения.

наши знания о социальном вообще, и о праве в частности. Когда мы говорим о том, что благодаря взаимодействию реализуются общие цели, мы не противоречим фактам. Но эти факты не позволяют нам объяснить, что лежит в основе такого поведения, что делает его возможным и каким образом достигается нормативное урегулирование. Сказать, что основой права является взаимодействие, по сути, равнозначно тому, чтобы сказать, что в основе права лежат определенные законы, или нормы, или идеи, ценности и т. д. Понятие взаимодействия, оторванное от других аспектов правовой действительности, представляет собой такое же отвлеченное и одностороннее начало, как и норма, взятая в ее чистом должновании, или идеи равенства, свободы, справедливости, рассмотренные в отрыве от их реального межсубъектного (интерсубъективного, институционального) основания. Необходимо понимать, что связывает законы, нормы права, ценностные представления и взаимодействие людей в единый комплекс, именуемый правом. Таким связующим звеном и одновременно основанием всех этих процессов, включая взаимодействие, является коммуникация.<sup>5</sup> Это означает, что право невозможно без понимания субъектами той знаковой информации, которая в рамках разделяемого ими жизненного мира предстает в объективированных текстах как результат интерпретации и легитимации и является общим для всех основанием для определенного поведения в определенной ситуации. Только такое взаимодействие может иметь отношение к праву. Но в этом случае нет основания не только для отождествления взаимодействия и коммуникации, но и для отождествления интерактивных и коммуникативных вариантов правопонимания. И если интерактивную концепцию права, судя по всему, допустимо отождествлять с социологическим вариантом правопонимания, то коммуникативный подход не укладывается целиком в социологические рамки и, как представляется, являет собой вариант правопонимания интегрального.

Также в этом разделе читатели найдут две статьи по правовой культурологии. В. А. Слыщенко представляет обширный материал под названием «Сравнительное право и культура: размышления о культурном измерении правопорядка». Статья интересна тем, что в ней на основе анализа достаточно широкого круга малоизвестных в российской науке правовых идей и представлений (в первую очередь, зарубежных ученых) предпринимается попытка обоснования не только понятия правовой культуры, но и собственного социально-психологического (личностного) варианта либертарно-юридической теории права, где определяющую роль играет правовое общение (по сути, коммуникация). В данном номере мы публикуем ту часть работы, в которой речь идет о методологии современной культурологической компаративистики, а также о понятии правовой культуры в работах зарубежных представителей «аналитического» и «холистического» подходов.

О соотношении правовой традиции и правовой культуры также размышляет В. В. Сонин. Статья этого автора («Правовая традиция и правовая культура в их соотношении») написана на основе изучения оригинальных библиографических источников России, США и Китая. Источники на китайском языке В. В. Сонин изучал непосредственно в Китае, являясь аспирантом университета Цинхуа (Пекин).

---

<sup>5</sup> См. об этом подробнее: *Поляков А. В.* Коммуникативное правопонимание. Избранные труды. СПб., 2014. — Взаимодействие предполагает наличие некоторых коммуникативных «априори». Замечу, что, тем не менее, свое правовое качество такая коммуникация получает в ходе самого процесса взаимодействия, а не «априори».

Проблеме соотношения понятий «субъективное право» и «субъективный интерес» посвящена статья А. В. Малько и В. В. Субочева «Законные интересы в правовой жизни общества: актуальные вопросы теории и практики». Центральное место в данном материале занимает интересная полемика авторов с А. Ф. Черданцевым и Д. И. Гуниным, отвергающими саму возможность существования законного интереса как самостоятельной теоретико-правовой категории, не сводимой к субъективному праву. Замечу, что аргументы А. В. Малько и В. В. Субочева вряд ли поставят точку в этом диспуте. Авторам, как представляется, не удалось убедительно отстоять собственный вариант разграничения субъективного права и законного интереса. Скорее всего, это предопределено их методологической позицией, заставляющей смотреть на субъективное право с достаточно узкой точки зрения, отсылающей к теории конкретных правоотношений.

Мои сомнения сводятся к следующим соображениям. Нельзя считать убедительным аргументом в пользу существования законных интересов как чего-то отличного от субъективного права то обстоятельство, что само словосочетание «субъективный интерес» неоднократно используется законодателем. А. В. Малько и В. В. Субочев — отдаю им должное — изучили множество нормативных правовых актов как Российской империи, так Советского, а затем и Российского государства с целью доказать данное положение.<sup>6</sup> Но авторы не привели ни одного убедительного аргумента в пользу того, чтобы считать такое словосочетание чем-то отличным от субъективного права. Ведь субъективное право является таковым не потому, что имеет такое название, а потому, что нормативный смысл какого-либо правового текста позволяет вывести из него (из нормативного текста) определенные права, принадлежащие определенному субъекту. И такие права действительно должны коррелировать с определенными правовыми обязанностями других субъектов, подлежать охране и защите. Например, словосочетание «права и свободы» как будто бы указывает на понятие свободы, отличное от понятия субъективного права.<sup>7</sup> Между тем «свобода» вполне укладывается в субъективное правомочие, понимаемое как возможность действовать определенным образом, причем это правомочие обеспечивается пассивной обязанностью других лиц (обязанностью воздержания от противодействия). Таким образом, свобода здесь не выходит за границы субъективного права и вполне может рассматриваться как его разновидность. «Свобода слова» в таком контексте не есть нечто отличное от субъективного права, но представляет собой именно право свободно излагать свои мысли, доводя их содержание до окружающих. Приводимое в статье авторское понятие субъективного интереса вполне укладывается в эту схему и не дает весомых оснований для иного понимания.

Возьмем один из примеров, использованных в данной публикации. Авторы статьи упоминают Федеральный закон РФ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ. Далее в тексте статьи

---

<sup>6</sup> Отметим, что сами авторы в своей ранней монографии «Законные интересы как правовая категория» писали о том, что законодатель употребляет термин «законный интерес» достаточно произвольно, порой не вкладывая в него правового смысла (Малько А. В., Субочев В. В. Законные интересы как правовая категория. СПб., 2004. С. 40).

<sup>7</sup> В англоязычной литературе особое значение в прояснении этого вопроса признается за У. Хофельдом (см., напр.: Хофельд У. Некоторые основные юридические понятия в приложении к судебной аргументации // Правоведение. 2012. № 3. С. 203–227).

речь идет о том, что этот закон не предусматривает обязанность избирателя, участника референдума, представлять в избирательную комиссию документ, подтверждающий причину, по которой ему требуется открепительное удостоверение. Тем не менее, отмечают А. В. Малько и В. В. Сувочев, нормой закона одного из субъектов Федерации было установлено, что открепительное удостоверение выдается избирателю избирательной комиссией при подтверждении документами указанной заявителем причины, по которой ему необходимо получить это удостоверение для голосования в месте временного пребывания в день голосования. Областной суд отказал А. в удовлетворении требования признать приведенное положение закона недействующим ввиду противоречия федеральному законодательству. Однако судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ признала вывод областного суда ошибочным. «Таким образом, — подчеркивают авторы, — дополнительные требования для получения открепительного удостоверения, которые необоснованно могли применяться к гражданам, желающим принять участие в выборах или референдуме, способны были ущемить их законные интересы, касающиеся нежелания разглашать причины, препятствующие явиться в день выборов на свой избирательный участок или вообще вступать в какие-либо объяснения с членами избирательной комиссии».<sup>8</sup> Представляется, что как в этом примере, так и в других примерах, приводимых авторами статьи, речь идет не о законных интересах, а как раз о правах избирателей. Ведь согласно смыслу упомянутого выше закона каждый избиратель имеет право получить открепительное удостоверение в том случае, если он по какой-либо причине не может голосовать по месту жительства. Это субъективное право включает в себя правомочие требовать выдачи такого удостоверения. Именно поэтому избирательная комиссия обязана его выдать, в свою очередь не требуя никаких документов, подтверждающих причину невозможности голосовать по месту жительства. Такое дополнительное требование избирательной комиссии, как не основанное на законе, нарушило бы само право избирателя, поскольку подобное подтверждение не включено законодателем в гипотезу соответствующей нормы.

Как уже было отмечено, мне представляется, что А. В. Малько и В. В. Сувочев трактуют субъективное право слишком узко, понимая под ним только то, что поименовано субъективным правом (правами) и закреплено в нормах законодательства государства, а законный интерес, наоборот, — слишком широко и, как представляется, противоречиво. По мысли авторов, «законный интерес — это всего лишь незапрещенность, предоставленная государством и в определенной мере поддерживаемая им».<sup>9</sup> С другой стороны, законные интересы «обладают “доказательственной” формой реализации, когда для воплощения последних в действительность субъекту правоотношений необходимо:

а) обосновать правомерность и законность своих интересов и выдвигаемых в соответствии с ними требований; б) суметь найти и воспользоваться защитой, “способной” исходить от компетентных органов в случае признания ими значимости и правомерности выдвигаемых субъектом притязаний».<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> С. 95 настоящего издания.

<sup>9</sup> Там же. С. 94.

<sup>10</sup> Там же. С. 94.

Чрезмерная широта такого определения вытекает хотя бы из того обстоятельства, что «незапрещенными» могут быть многие интересы, не имеющие отношения к праву, и «определенная мера поддержки» их может заключаться только в том, что реализация подобных интересов не будет встречать препятствий со стороны государства. Например, стремление выглядеть в глазах других высокоморальным человеком вполне подходит под приведенное выше определение законного интереса, но нельзя ставить знак равенства между интересами моральными и правовыми. Иными словами, не все, что не запрещено, относится к сфере правового регулирования и правовых интересов.

Вместе с тем А. В. Малько и В. В. Субочев включают в понятие законного интереса такие признаки, которые присущи субъективному праву и выходят за обозначенные ими границы «незапрещенности». Интересы при этом оказываются неотделимыми от требований, т. е. получают притязательный характер, и, помимо этого, должны быть «правомерны» и «законны». Ясно, что при такой трактовке интерес из внутреннего психического переживания трансформируется во внешние поведенческие акты, направленные на получение каких-либо благ через адресацию этих требований другим субъектам. Все эти элементы присущи субъективному праву и входят в число его необходимых признаков. Более того, само притязание всегда относится к другим субъектам, а не к объектам-вещам. Притязать (в строгом правовом смысле) можно только на ответное поведение других субъектов. Иными словами, если есть правомерное притязание, значит, есть и правомерная же обязанность другого лица на удовлетворение данного притязания. Это вытекает из онтологической сущности самого правомерного притязания. Такое притязание всегда имеет нормативное основание (иначе оно не будет правомерным) и всегда конституируется правомерной же (правовой) обязанностью. Человек, нашедший в лесу белый гриб, сорвавший его и положивший в корзину, притязает (при наличии соответствующего ментального состояния) на признание его права сделать с грибом то, что он сам захочет. Но это притязание адресуется не грибу, а другим субъектам, которые для конституирования его притязания как правового, как его права на владение, пользование и распоряжение грибом, должны исполнять всего лишь одну обязанность — признавая данное право, воздерживаться от любых действий, нарушающих правомочия собственника. Поэтому и актуализировано такое притязание может быть только тогда, когда воздержание будет нарушено. Понятно, что такое притязание не имело бы никакого смысла в отсутствие на земном шаре других людей, за исключением счастливого грибника. Фактическая возможность воздействовать на какую-либо вещь в своих интересах не имеет никакого отношения к праву. Другое дело, что нормативное основание для правомерного притязания не обязательно выражено в норме закона государства. Это может быть и принцип права, и норма правового обычая, и норма, выводимая из судебной практики, и норма доктринальная, и т. д. Соответственно, и «защита, исходящая от компетентных органов», также может быть разной. На мой взгляд, ее не обязательно связывать только с деятельностью органов государства. Но в любом случае, законный интерес, понимаемый как совокупность обозначенных выше признаков, ничем не отличается от субъективного права. «Законные интересы, — уточняют авторы, — это возможность, гарантированная в меньшей степени, чем дозволенное поведение в рамках субъективного права...». Но чем же тогда гарантируется возможность субъективного права? И чем такая гарантия отличается от гарантированности того, что А. В. Малько и В. В. Субочев



называют «законным интересом»? Ответ заключается в том, что такой гарантией является наличие у субъективного права соответствующей конкретной юридической (правовой) обязанности. Как уже было отмечено, проблема здесь связана с признанием авторами лишь конкретных прав и правоотношений. То, что подпадает под понятие конкретного субъективного права и корреспондирующей ему конкретной правовой обязанности, признается таковым. То, что не имеет конкретного статуса (общие субъективные права и обязанности), не рассматривается на уровне правоотношений и прав, получая статус законных интересов. Однако, как было показано выше, юридические (правовые) обязанности существуют как необходимая часть любого правомерного правового притязания. Нет принципиальной разницы между тем, общие они или конкретные; в любом случае, это поведение, коррелятивное поведению субъекта права, и уже только поэтому приведенные выше критерии для разграничения субъективного права и законного интереса не работают в полной мере.

В разделе «Актуальные вопросы частного права» читатель найдет статью В. А. Белова «Договорный запрет уступки требования». Цивилистическое правопонимание в этой публикации достигает определенных вершин. Основываясь на материалах российского и зарубежного законодательства, на многочисленных теоретических источниках, автор подробно разбирает конструкцию договорного запрета уступки требования и высказывает критические соображения относительно реализации данного института в российском законодательстве.

В этом же разделе опубликована статья В. А. Болдырева «Гражданско-правовая конструкция юридического лица несобственника».

Раздел «Актуальные вопросы публичного права» открывает статья К. Л. Сазоновой «Миротворческая деятельность Организации Объединенных Наций и вопросы международной ответственности». Автором ставится вопрос о том, в какой мере ООН как субъект международного права, осуществляющий миротворческие операции, в случае неправомерного применения силы может выступать субъектом международно-правовой ответственности, и выявляются возникающие при этом проблемы.

Вопросу совместимости Статута Международного уголовного суда и Конституции Республики Таджикистан посвящена статья М. Ф. Хамидовой. Автором выявлены основные несоответствия между этими текстами и намечены пути выхода из данной ситуации.

В подразделе «Конституционное право» можно найти статью Н. А. Арапова под названием «Идея поддержания доверия субъектов права государством и ее связь с конституционным правом России». В этой интересной статье (в которой автор попытался использовать социологический и психологический подходы к праву) ставятся непростые вопросы, относящиеся к философии права вообще и к философии конституционного права, в частности. Центральный вопрос — должны ли граждане доверять своему государству и должно ли государство поддерживать доверие граждан? Автор дает на него положительный ответ, но его интерпретация сути проблемы небезупречна. Дело в том, что само понятие доверия может быть истолковано по-разному, и это явилось одной из причин, по которой автору статьи, как представляется, не удалось избежать некоторых противоречий.

Например, доверие (в основе которого лежит вера) и необходимость его поддержки государством признается в статье и сущностным элементом самого права, и необходимым правовым принципом, без учета которого невозможно существование правового государства. Н. А. Арапов пишет: «Подчиняя себя и свое государство праву, народ, отдельные

лица, государство принимают на себя и общую обязанность поддерживать и оправдывать испытываемое к праву доверие, которое заключается не только в неуклонном следовании его правилам, но и в оправдании обуславливающих само право ожиданий, как то: стабильность, определенность, безопасность, справедливость и ряд других. Поэтому сам факт организации государства сообразно принципу правового государства обязывает властвующих лиц (государство в узком смысле слова) не просто реализовывать предписания права, но делать это так, чтобы не нарушались общие ожидания, порождающие право, а испытываемое к нему доверие, следовательно, не подрывалось». <sup>11</sup> Казалось бы, все ясно: неуклонное следование правилам, стабильность, определенность, безопасность, справедливость возможны только в том случае, если действия власти полностью подчиняются праву. Но автор рассуждает несколько иначе. Доверие, по мысли Н. А. Арапова, возможно только при таких отношениях между государством и народом, когда «значительная часть» государственной деятельности «остаётся нерегламентированной», а содержание ее «определяется в самом процессе функционирования государства». Все это «предполагает того рода неизбежность, что народу и отдельным людям остается только довериться государству и доверять ему в дальнейшем, ожидая, что деятельность государства будет правомерной и добросовестной». <sup>12</sup> Причем автор убеждает читателей в том, что если бы действия государства были бы регламентированы столь полно, «что существующие правила задавали бы условия, включая должный результат, любой возможной деятельности государства», то это обстоятельство свидетельствовало бы о том, что «ни о каком доверии государству речи не идет». <sup>13</sup> Между тем идея правового государства с приоритетом правового закона над дискреционными полномочиями власти как раз и ориентирована на то, чтобы существующие правила (правовые законы) задавали условия действия власти (любой возможной деятельности государства). Получается, что наибольшая степень воплощения идеала правового государства совершенно подрывает доверие граждан к такому государству и делает его невозможным. Из этого следует парадоксальный вывод: если признать, что доверие является основой права и государства и необходимо стремиться к его наивысшей степени воплощения, то идеалом должно быть абсолютистское или даже тоталитарное государство, в рамках которого доверие (как его понимает Н. А. Арапов) получает абсолютную степень своего развития. Но тем самым тезис автора о том, что идея доверия и поддержания идеи доверия относится к сущности конституционного правового государства, повисает в воздухе.

Мне кажется, что Н. А. Арапов не совсем правильно расставил акценты в определении самого понятия доверия и не увидел того, что доверие может принимать различные формы, которые зависят от типа правовой культуры. В основе доверия лежит убежденность (вера) в то, что поведение другого человека (групп людей или олицетворяющих их социальных феноменов) будет соответствовать социальным ожиданиям, природа которых, конечно же, нормативна. Именно такое поведение, соответствующее нормативным социальным ожиданиям, воспринимают как поведение ответственное. И лишь ответственное поведение вызывает доверие. Дове-

<sup>11</sup> Там же. С. 160.

<sup>12</sup> Там же. С. 172.

<sup>13</sup> Там же.



рие всегда связано с психологической готовностью взаимодействия с доверенным лицом, в том числе и на уровне права. Отсюда и вытекает тесная связь доверия с легитимностью. В основе легитимации и легитимности лежит доверие, поэтому утверждение Н. А. Арапова о том, что возможна легитимность государства без доверия к нему, не соответствует природе данного феномена. Возможна легальность власти без доверия к ней, но в таком случае будет отсутствовать и ее легитимность.

Как представляется, доверие может существовать в различных видах, которые определяются правовой культурой. Доверять можно по-разному и по разным основаниям, как и по-разному можно выражать доверие. Например, Ю. Лотман выделял «договорное сознание, магическое по своей далекой основе», и «религиозное», представляемое как «вручение себя».<sup>14</sup> Соответственно, и среди видов доверия можно выделять доверие «договорное», условное, юридическое и доверие «религиозное», безусловное. Договорная система коммуникации характеризуется взаимностью и эквивалентностью. В основе религиозной коммуникации лежит не эквивалентность и не обмен, а безоговорочное вручение себя во власть. «Одна сторона отдает себя другой без того, чтобы сопровождать этот акт какими-либо условиями, кроме того, что получающая сторона признается носителем высшей мощи. Отношения этого типа характеризуются односторонностью и безэквивалентностью. Одна сторона отдает все, а другая сторона может дать или нет». Именно «договорное» сознание склонно строить отношения на праве, понимаемом как «горизонтальные коммуникации», в рамках которых гражданин и власть находятся в равных отношениях и действия власти допустимы только в тех пределах, которые оговорены и согласованы с гражданами. В рамках такой «юридической» правовой культуры доверие может вызвать только такое государство, которое не просто действует в строгих рамках закона, но и подотчетно своим гражданам (их представителям). Более того, действия власти, даже не нарушающие формальные юридические правила, но не эффективные и неправильные с точки зрения оценки их или избирателями, или их представителями в государстве, способны вызвать смену законодательной или исполнительной власти (правительства) как раз по мотивам утраты доверия (вотум недоверия, парламентские выборы и т. д.). В рамках же культуры религиозной доверие, действительно, основывается на «вручении себя» власти, и в данном случае ни о какой регламентации ее деятельности речь уже не идет. Это было характерно для русского средневекового сознания. Как писал Лотман, «власть в перспективе символического сознания русского средневековья наделяется чертами святости и истины. Ценность ее безусловна — она образ небесной власти и воплощает в себе вечную истину. Ритуалы, которыми она себя окружает, являются подобием небесного порядка. Перед ее лицом отдельный человек выступает не как договаривающаяся сторона, а как капля, вливающаяся в море... Распространяя на государственность религиозное чувство, социальная психология этого типа требовала от общества как бы передачи всего семиозиса царю, который делался фигурой символической, как бы живой иконой... Уделом же

---

<sup>14</sup> Лотман Ю. М. «Договор» и «вручение себя» как архетипические модели культуры // Лотман Ю. М. Избр. статьи. В 3 т. Т. 3. Таллин, 1993. С. 345. — Цит. по: Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004. С. 483.

остальных членов общества делалось поведение с нулевой семиотикой, от них требовалась чисто практическая деятельность».<sup>15</sup>

В основе такого вида доверия также находятся социальные ожидания и ответственное поведение власти, только ожидания эти основываются на вере в непогрешимость власти и оправданность любых ее действий. Именно этим определяется та ситуация, когда «народу и отдельным людям остается только довериться государству и доверять ему в дальнейшем, ожидая, что деятельность государства будет правомерной и добросовестной». Остается неясным лишь один вопрос — а какие действия власти в таком случае могут считаться неправомерными и недобросовестными, если они, по определению Н. А. Арапова, находятся за пределами правовой регламентации? Где брать критерии их оценки? Ведь ответственным и достойным доверия в этом случае становится любое поведение власти в силу ее сакрального характера. Опять не могу не отметить, что такое понимание идет вразрез с идеей светского правового государства, которая, несмотря на все многообразие ее форм, исторически связана с признанием высшей ценностью не власти государства, а человека, его прав и свобод. Поэтому для концепции правового государства более значим девиз «доверяй, но проверяй». Только там, где власть можно проверить на соответствие праву, может быть и доверие к власти.

В подразделе «Уголовное право и уголовный процесс» мы публикуем статью В. В. Хилюты «Корыстная цель хищения: опыт теоретического моделирования и проблемы правоприменения». О поиске сущности ошибок в уголовном праве идет речь в статье В. В. Колосовского («Истина, заблуждение, неведение: поиск сущности ошибок в уголовном праве»). Еще одна статья в этом разделе представлена Н. Г. Стойко и П. А. Гусеновой («Особенности исламского порядка уголовного судопроизводства»). Завершает раздел статья Е. С. Болтановой «Основы публичных и частных интересов в правовом регулировании застройки земель». Во всех этих публикациях можно найти интересные мысли, касающиеся важных аспектов отраслевого правопонимания.

Особый интерес у читателей должна вызвать публичная лекция известного британского ученого Р. Коттеррелла «Правоведы и философы: Радбрух и Дворкин» (раздел «Academia»). Лекция была прочитана Р. Коттерреллом студентам и преподавателям юридического факультета СПбГУ во время его участия в конференции «Санкт-Петербургская школа философии права и проблемы современной юриспруденции» в октябре 2013 г. Переработанный текст лекции был любезно предоставлен редакции автором. В статье ставится очень важный вопрос об ответственности правоведов. Ученый видит задачу правоведа, как и его ответственность, в поддержке самой идеи права, в защите ее благополучия. Такую роль в современном обществе выполняют философы права, если они исполняют миссию правоведа. Отмечу, что понимание Коттерреллом задач, стоящих перед современными учеными, занимающимися теоретическим правоведением, необычайно актуально и подчеркивает значимость их деятельности. Роль философа-правоведа «может быть представлена на пересечении двух перспектив: широкого воззрения на право с точки зрения философии или социальных наук, с одной стороны, и рассмотрения права в аспекте особенностей юридической практики и правовых реформ — с другой».<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Там же. С. 484.

<sup>16</sup> С. 229 настоящего издания.

В качестве примера такой роли Коттеррелл приводит деятельность и труды немецкого правоведа Г. Радбруха и американского философа Р. Дворкина. Анализ британским ученым правовых взглядов этих авторов интересен в том числе и тем, что указывает на те их черты, которые были близки многим представителям российской правовой науки еще в начале XX в., а сегодня, в той или иной степени, разделяются и учеными постклассического направления. Для меня, например, очень важны следующие мысли автора: «Правовед не должен замыкаться на каком-то одностороннем ценностном ракурсе, например, на прагматической реализации избранных социальных “целей” права, на разработке философии “справедливости” или сохранении любыми средствами установленного “порядка”. Наоборот, правовед должен быть привержен постоянной, но меняющейся связи между заложенными в праве идеями справедливости, порядка и цели.... Правоведы не могут быть беспристрастными, наблюдающими за правом социологами — им следует признать, что справедливость и другие правовые ценности, как правило, не имеют вневременного содержания, что эти ценности должны обрести смысл в особых социально-исторических контекстах». <sup>17</sup> Конечно, каждый волен сам оценивать данные сентенции, но мне кажется, что они свидетельствуют о возможности общего понимания права и стоящих перед ним задач, понимания, объединяющего определенных представителей российской и мировой науки. В заключение не могу удержаться от того, чтобы не привести еще несколько строк из лекции британского правоведа, на которые советую обратить особое внимание оппонентов коммуникативной теории права: «Кому-то, — пишет Коттеррелл, — приходится выступать в защиту права как гибкой, но при этом особой и объединяющей ценностной структуры, подобной изменчивой геометрической структуре, на которую указывают рассуждения Радбруха. Когда никто не выступает за право в этом смысле, а люди просто пытаются воспользоваться правом в своих политических или личных целях, тогда история демонстрирует всю палитру рисков, включая риск конституционного коллапса, что и произошло в Веймарской республике». <sup>18</sup>

Обращу внимание и на подраздел «Bibliographia», где публикуется интересная рецензия М. В. Антонова на книгу нашего канадского коллеги (члена редсовета журнала и давнего автора) Б. Мелкевика «*Epistémologie juridique et déjà-droit*». Представляется, что благодаря этой рецензии представления о научных взглядах Б. Мелкевика будут в значительной степени уточнены. Дело в том, что в рецензируемой работе он в наибольшей степени раскрывается как представитель коммуникативной теории права, весьма близкой тому пониманию теории, которое, например, обосновывает и автор этого предисловия. В таком качестве наша широкая научная общественность Б. Мелкевика не знает — по крайней мере, до сих пор почти не было ни переводов самих текстов этого автора по данной тематике на русский язык, ни рецензий аналогичного содержания (за исключением предыдущих рецензий М. В. Антонова <sup>19</sup>).

<sup>17</sup> Там же. С. 235. — Ср.: Поляков А. В. Г. Радбрух // Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. Учебник. СПб., 2007. С. 370–378. — Стоит обратить внимание и на то, что к мыслителям, продолжающим эти идеи, Коттеррелл относит также Дж. Финниса и Л. Фуллера.

<sup>18</sup> С. 238 настоящего издания.

<sup>19</sup> См., напр.: Правоведение. 2012. № 3. С. 260–268.

Характеризуя правопонимание Б. Мелкевика, М. В. Антонов отмечает, что бытие права канадский ученый видит в коммуникации между людьми по поводу способов регламентации взаимного поведения и способов разрешения возникающих конфликтов. При этом реальность права он характеризует как «экзистенциальную» и «интерсубъективную».<sup>20</sup> Право не существует помимо людей и их общения, оно есть часть их жизненного мира. М. В. Антонов называет «онтологизм» краеугольным камнем концепции Б. Мелкевика, под которым тот понимает «первичность опыта включенности, коммуникации и участия как необходимого условия возникновения философско-правовой рефлексии». Рецензент отмечает, что в концепции канадского ученого «правовой характер действиям, процессам, словам придают не некие тексты — наоборот, те или иные тексты, связанные с определенными убеждениями и чувствами людей, получают правовой характер именно по причине наличия такой связи. До акта связывания, который имеет место в процессе межличностной коммуникации (в этом смысле такое связывание не является сугубо субъективным) применительно к спорным ситуациям и действиям по разрешению конфликтов (как к конкретным, так и к предвосхищаемым), права нет. Опосредующие такие действия тексты являются лишь подсобными орудиями, которые могут получить квалификацию правовых со стороны заинтересованных лиц при наличии названной связи. Отсюда следует радикальный вывод: любой текст (например, закона или прецедентного решения) не может обрести юридический характер, оставаясь абстрагированным от конкретных ситуаций».<sup>21</sup> В таком подходе к праву Б. Мелкевик видит противовес классическим теориям, формирующим мифические представления об «уже-праве», т. е. праве с объективно заданными свойствами, априори определяющими, что есть право, а что им не является. В российской правовой науке такой подход, как известно, присущ сторонникам либертарной теории права. И здесь вполне уместно следующее соображение рецензента, излагающего суть концепции рецензируемой книги: «Эта вера укладывается в классическую научную парадигму, которая конструирует процесс познания как описание объекта, независимого от познающего субъекта. Именно в качестве такого объекта уже-право предстает в классических схемах европейской юриспруденции, которая сосредоточена на столкновении права как чего-то универсального и объективно заданного. Но в рамках постклассической научной парадигмы, где субъект и объект познания находятся в диалектической взаимосвязи и взаимно определяют друг друга, право не может рассматриваться как объективная сущность, априорно заданная познающему субъекту и независимая от него».<sup>22</sup> Интересным кажется и то обстоятельство, что именно легитимность, основывающуюся на взаимном признании, автор книги признает основанием для обязательности права.

Стоит отметить, что М. В. Антонов в своей рецензии признает значимость излагаемого им авторского коммуникативного подхода к праву и даже ставит его выше концепции М. Ван Хука (изложенной им в работе «Право как коммуникация». СПб., 2012). Он, в частности, пишет: «Если право может быть описано через категорию коммуникации (общения), то отказ от “культы абстрактных понятий” и фокусирование внимания на

<sup>20</sup> С. 253 настоящего издания.

<sup>21</sup> Там же. С. 257.

<sup>22</sup> Там же.

межличностном общении выглядит вполне оправданно, равно как и описание права через факты такого общения». <sup>23</sup> При этом рецензент высказывает определенные критические замечания, относящиеся не только к подходу Мелкевика, но и к коммуникативной теории права как таковой. Представляется, что дальнейшая дискуссия на указанную тему была бы интересной и помогла бы уточнить научные позиции сторон.

Нельзя также не отметить и рецензию А. В. Стовбы на монографию В. В. Лапаевой «Типы правопонимания: Правовая теория и практика». Эта рецензия примечательна тем, что продолжает и завершает дискуссию данного номера журнала относительно того, каким должно быть современное правопонимание. Отметим, что упреки А. В. Стовбы в адрес представителей либертарного правопонимания отчасти совпадают с критикой Б. Мелкевиком классических теорий права: нельзя строить теорию права, исходя из абстрактных понятий, априори определяющих, что является правом, а что нет. Право становится правом только через человеческое общение, взаимодействие, интерпретацию, взаимное признание, в итоге — через коммуникацию, само являясь коммуникацией, частью жизненного мира человеческого сообщества.

Но и В. В. Лапаева по-своему права. И релятивизм, и субъективизм в определенной степени присущи праву в его постклассической интерпретации. Было неправильно искать в праве «эйдос», обладающий абсолютным, вневременным и внеконтекстуальным значением. «Эйдетическое» в праве, по-видимому, следует искать внутри тех языковых конструкций, которые мы связываем с феноменом права. Такой подход, с одной стороны, не дает ни одной теории монополии на истину, а с другой стороны, допускает теоретико-правовую конкуренцию, вынуждающую искать лучшие аргументы и совершенствовать существующие научные представления. Поэтому и объективность в праве не следует понимать как объективность абсолютную. Она, действительно, не зависит от индивидуального сознания, но зато целиком определяется сознанием intersубъективным и вне его не существует. В свою очередь, intersубъективное сознание не существует в отрыве от сознания индивидуального, т. е. субъективного. Поэтому не будет ошибкой, в рамках, например, феноменолого-коммуникативного подхода, считать право явлением и субъективным, и объективным одновременно! Более того, право есть реальность релятивная, но эта релятивность опирается на некие константы, без которых сама правовая релятивность существовать не может (если рассматривать ее в пределах принятого конструкта). Для Б. Мелкевика это в том числе честность и справедливость; для меня — необходимая совокупность структурных элементов, создающих сам феномен правовой коммуникации и предполагающих определенный набор ценностей (включая свободу, равенство, справедливость, порядок, ответственность).

Не имея возможности исчерпывающим образом развернуть эту тему здесь и сейчас, надеюсь на продолжение дискуссии на страницах нашего журнала.

*А. В. Поляков*

---

<sup>23</sup> Там же. С. 259.