

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

# ПРАВОВЕДЕНИЕ

2014

НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ  
ОСНОВАН В ОКТЯБРЕ 1957 г.

2 (313)

ПЕЧАТНЫЙ ОРГАН УМО ПО ЮРИДИЧЕСКОМУ ОБРАЗОВАНИЮ ВУЗОВ РФ



УНИВЕРСИТЕТСКИЙ  
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ

## СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО И КУЛЬТУРА: РАЗМЫШЛЕНИЯ О КУЛЬТУРНОМ ИЗМЕРЕНИИ ПРАВОПОРЯДКА

В. А. СЛЫЩЕНКОВ\*



Слыщенков  
Владимир Александрович,  
кандидат юридических наук,  
доктор права, заведующий  
кафедрой сравнительного права  
факультета права Московской  
высшей школы социальных  
и экономических наук (МВШСЭН)

В статье излагаются основные методы современного культурологического сравнительного правоведения, а также предпринимается сравнительное исследование российской правовой культуры применительно к свободе как юридической ценности. Аналитический и холистический подходы к изучению правовых культур представляют собой два конкурирующих направления культурологического сравнительного правоведения. В российской юридической доктрине холистический подход проявляется в основном в различных работах славянофильского толка. Напротив, в данной статье в русле аналитического подхода и с использованием достижений либертарно-юридического правопонимания правовая культура рассматривается как обособленная область общей культуры, опирающаяся на юридические ценности равенства и свободы. Изучение права как культурного явления вовсе не отрицает универсальность правовых принципов, например, прав и свобод человека, но сосредоточивает внимание на своеобразной конкретизации правовых принципов в условиях данной культуры. Поиск точек

соприкосновения между правовым началом равенства в свободе и традициями российской духовной культуры предполагает обращение к проблематике правового общения, в особенности на межличностном уровне. Достигнутое посредством правового общения взаимное признание подчеркивает чувственную составляющую правового общения, показывает участника правоотношения не только как самодостаточное лицо (единичную свободную волю), но и как личность, которая нуждается в общении с другим. В этих рамках намечаются основные контуры личности ориентированной трактовки правовой культуры. Для межличностного взаимодействия участников правового общения характерны взаимность и доверие, т. е. объединяющее чувство правовой дружбы. В дружбе человек остается свободным. Предпринятая в настоящей статье

---

\* Slyshchenkov Vladimir Aleksandrovich — candidate of legal sciences, Ph. D. in Law, Head of the Department of Comparative Law of the Law Faculty of the Moscow High School of Social and Economic Sciences (MSEES).

E-mail: vslyshchenkov@universitas.ru

© Слыщенков В. А., 2014

социально-психологическая разработка либертарно-юридической теории приводит к определению правопорядка как минимума дружбы.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: сравнительное правоведение, правовая культура, юридический позитивизм, либертарно-юридическая теория права, правовая дружба, лицо, личность.

SLYSHCHENKOV V. A. COMPARATIVE LAW AND CULTURE: THOUGHTS ON CULTURAL DIMENSION OF THE LEGAL ORDER

The article explains the principle methods of modern cultural comparative jurisprudence and performs a comparative study of the Russian legal culture with respect to freedom as a legal value. Analytic and holistic approaches to studies of legal cultures represent two competitive directions of the cultural comparative jurisprudence. In the Russian legal doctrine the holistic approach manifests itself mostly in various researches of the Slavophil trend. On the contrary, on the basis of the analytic approach and achievements of the juridical-libertarian theory of law, this article views legal culture as a separate sphere of general culture founded upon legal values of equality and freedom. Studying law as a cultural phenomenon in no way denies the universal character of the legal principles, such as human rights and freedoms, but rather focuses on a unique concretization of the legal principles in the environment of the given culture. The search for points of contact between the legal concept of equality in freedom and traditions of the Russian spiritual culture requires addressing the issues of legal communication, especially at the interpersonal level. Mutual recognition which is achieved through legal communication emphasizes the sensual component of the legal communication and shows a participant of a legal relation not only as an independent person (individual free will) but also as a personality who needs communication with another one. This framework outlines a personality oriented understanding of a legal culture. Interpersonal interaction between participants of the legal communication is characterized by reciprocity and trust, in other words, by the joining feeling of a legal friendship. An individual in friendship remains free. The socio-psychological development of the juridical-libertarian theory of law in this article leads to a definition of a legal order as a minimum of friendship.

KEYWORDS: comparative law, legal culture, legal positivism, juridical-libertarian theory of law, legal friendship, person, personality.

Настоящая статья посвящена некоторым проблемам сравнительного исследования правовых культур и вопросам изучения права как культурного явления. Рассматриваются нынешнее состояние культурологического сравнительного правоведения и понятие правовой культуры в свете теории права, предлагается критическая оценка некоторых теоретических подходов к проблематике правовой культуры, также обосновывается личностно ориентированная трактовка правовой культуры.

Исследование включает три основные части. Первая часть посвящена изложению методов современной культурологической компаративистики. Различаются аналитический и холистический подходы, которые представляют собой два конкурирующих направления сравнительного изучения правовых культур. В этой части статья опирается на работы некоторых ведущих западных ученых, главным образом, Г. Тойбнера (аналитический подход), В. Г. Курран и П. Леграна (холистический подход). На этом этапе исследование носит в значительной степени описательный характер, что объясняется необходимостью по возможности подробно изложить основные методы культурологического сравнительного правоведения,

прежде чем приступить к рассмотрению теоретических вопросов правовой культуры в следующих частях статьи.

Во второй части проблематика правовой культуры изучается в свете теории права. Показаны теоретико-правовые основания трактовок правовой культуры, распространенных в российской юридической доктрине (В. С. Нерсисянц, А. В. Поляков, В. Н. Синюков). Подчеркивается различие между позитивистским правопониманием и субстанциальным правопониманием, к последнему относятся естественно-правовое учение и либертарно-юридическая теория права. На основе общего понимания культуры как совокупности воплощенных ценностей показывается несовместимость правовой культуры и позитивистского правопонимания ввиду отрицания последним правовых ценностей. Кроме того, на основе проведенного различия между лицом и личностью намечаются перспективы сравнения российской и западной правовой культуры по отношению к свободе человека как ценности.

Третья часть статьи обозначает контуры личностно ориентированной трактовки правовой культуры. Излагается юридическая сторона понятия личности, раскрывается отличие личности от лица с правовой точки зрения. Различаются два уровня правового общения: правоотношение и межличностное взаимодействие; в связи с этим рассматривается социально-психологическое содержание правового общения, подчеркивается взаимосвязь дружбы и правопорядка. Тем самым выявляются новые точки соприкосновения универсальных правовых ценностей свободы и равенства с традициями российской духовной культуры.

### АНАЛИТИЧЕСКОЕ И ХОЛИСТИЧЕСКОЕ НАПРАВЛЕНИЯ КУЛЬТУРОЛОГИЧЕСКОГО СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Цель сравнительного правоведения, являющегося самостоятельной юридической наукой,<sup>1</sup> состоит в приобретении знания о праве как предмете изучения через сравнение юрисдикций, выявление и объяснение сходств и различий.<sup>2</sup> Являясь одним из направлений современной юридической компаративистики, культурологическое сравнительное правоведение исследует право как отражение культуры общества; изучаемый правопорядок рассматривается здесь внутри культуры, в единстве с культурным контекстом.<sup>3</sup> Обычно этот взгляд акцентирует различия между правопорядками. Р. Коттеррелл разъясняет: «Право, погруженное внутрь культуры, с необходимостью, и это должно быть подчеркнуто, отличается от права, которое существует в другой культуре. Если каждая культура имеют свою собственную идентичность, то она отличается от всех других... Позиция большинства ведущих приверженцев культурологического подхода состоит в том, что букву правовой нормы можно прочесть *только* в культурном контексте, который и дает ей смысл. Если же она прочитана в отличающемся культурном контексте, то она просто будет другим правом (сохранен курсив оригинала. — В. С.)».<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Нерсисянц В. С. Сравнительное правоведение: либертарно-юридическая концепция // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. М., 2002. С. 23.

<sup>2</sup> Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment I of II) // The American Journal of Comparative Law. Vol. 39. N 1 (Winter, 1991). P. 4–6.

<sup>3</sup> Подробнее см.: Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 711–713; Варламова Н. В. Правовые культуры: введение в сравнительное изучение // Вопросы правоведения. № 3. 2010. С. 128–143.

<sup>4</sup> Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 711–712.

В последние годы этот подход получил значительное распространение и развитие главным образом в связи со следующими обстоятельствами. Во-первых, культурная обусловленность права предоставила теоретическую основу для сравнительно-правовых исследований, противостоящих функциональному методу, однажды объявленному «основным методическим принципом сравнительного правоведения».<sup>5</sup> Недостаточность и ограниченность функционализма породили сомнения в обоснованности утилитарных и инструменталистских воззрений на юриспруденцию как на социальную инженерию;<sup>6</sup> в поиске более адекватных методов многие исследователи обратились к правовой культуре.<sup>7</sup> Во-вторых, акцент на правовых различиях и разнообразии правовых культур в рамках культурологического сравнительного правоведения<sup>8</sup> хорошо вписывается во влиятельную постмодернистскую парадигму.<sup>9</sup>

В целом сравнительное правоведение фокусируется как на различиях, так и на сходствах изучаемых юрисдикций,<sup>10</sup> однако конкретное сравнительно-правовое исследование может акцентировать и подчеркивать или различия, или сходства в зависимости от целей или этапов исследования.<sup>11</sup> Равным образом культурологическое изучение сравнительного права может быть направлено не только на демонстрацию различий, но и на обоснование общности исследуемых право порядков.<sup>12</sup> С этой точки зрения Р. Циммерманн пишет об общеевропейском частном праве,<sup>13</sup> а в глобальном плане Н. В. Варламова, различая правовые и неправовые культуры в зависимости от главенства правовых принципов (формального равенства и личной свободы) в общественной жизни,<sup>14</sup> объединяет культуры в западных странах на общей правовой основе.<sup>15</sup>

В рамках культурологической компаративистики следует провести границу между аналитическим и холистическим подходами. Для аналитического течения характерно отделение правовой культуры от общей культуры и соответствующее структурирование правовой культуры. Предлагается, например, выделять показатели правовой культуры (уровень коррупции, отношение населения к государственному регулированию, распространение юридических знаний и пр.),<sup>16</sup> правовые форманты,<sup>17</sup> стороны

<sup>5</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 1. Основы. М., 2000. С. 50.

<sup>6</sup> О праве как социальной инженерии см.: Там же. С. 72.

<sup>7</sup> Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 710, 727–729, 733–734.

<sup>8</sup> Ibid. P. 726–729.

<sup>9</sup> Ван Эрп Э. Х. М. Европейское частное право: постмодернистские дилеммы и выборы. К методу адекватного сравнительного правового анализа // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002. М., 2003. С. 20–26.

<sup>10</sup> Dannemann G. Comparative Law: Study of Similarities or Differences // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 396–401.

<sup>11</sup> Ibid. P. 401–418.

<sup>12</sup> Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 713–718.

<sup>13</sup> Zimmermann R. Comparative Law and the Europeanization of Private Law // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 539–578.

<sup>14</sup> Варламова Н. В. Правовые культуры: введение в сравнительное изучение. С. 134.

<sup>15</sup> Там же. С. 132–134.

<sup>16</sup> Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 715–717.

<sup>17</sup> Sacco R. 1) Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment I of II). P. 21–34; 2) Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment II of II) // The American Journal of Comparative Law. Vol. 39. N 2 (Spring, 1991). P. 384–387. — М. Грациадеи отмечает, что теория Р. Сакко «показывает, почему мы

правовой культуры в соответствии с типами социального действия.<sup>18</sup> Напротив, холистический подход к изучению культуры и правовой культуры рассматривает культуру как единство ценностей, убеждений, правил поведения и пр.; право здесь погружено в ментальность и духовные основы общества, даже растворено в них.<sup>19</sup> В контексте исследования российской правовой культуры идеи исконной самобытности, российского своеобразия и особого пути вдохновляют работы скорее холистического профиля.<sup>20</sup> Холистический подход к материалу может сочетаться с различением элементов правовой культуры, но в этом случае различие элементов не раскрывает соотношение между правом и культурой, а состоит в применении обусловленной другими соображениями схемы.<sup>21</sup>

\* \* \*

Аналитический подход отграничивает право (правовую культуру) от прочих культурных явлений и структурирует правовую культуру, опираясь на эмпирические данные. Здесь появляется возможность рационального описания связей между правом и другими сторонами культуры: «Культура должна быть разобрана, чтобы можно было изучить, каким образом различные грани культуры относятся (возможно, по-разному) к праву».<sup>22</sup> Например, факторы, которые, согласно К. Цвайгерту и Х. Кетцу, создают стиль правовой семьи (среди прочего — характер и особенности исторического происхождения и развития правовой системы, специфика юридического

---

должны противостоять искушению представлять “культуру” монолитной, а не приспособляющейся и неоднородной многоуровневой структурой» (*Graziadei M. The Functional Heritage // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / eds. P. Legrand, R. Munday. Cambridge, 2003. P. 126*).

<sup>18</sup> С опорой на предложенную М. Вебером классификацию Р. Коттеррелл выделяет различные отношения между правом и культурой в рамках целерационального, ценностно-рационального, традиционного и аффективного социального действия (*Cotterrell R. 1) Comparative Law and Legal Culture. P. 733–736; 2) Is There a Logic of Legal Transplants // Adapting Legal Cultures / eds. D. Nelken, J. Feest. Oxford; Portland, Oregon, 2001. P. 80–84*).

<sup>19</sup> *Graziadei M. Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. 1999. N 3. P. 531–543; Gordley J. Comparative Law and Legal History // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 764–766.* — Однако ср. оговорку П. Леграна, одного из ведущих культурологических компаративистов, работающего в рамках холистического направления: «Правовая культура не является монолитной» (*Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 111 // www.pierre-legrand.com/understanding\_understanding.pdf*).

<sup>20</sup> В частности, см.: *Величко А. М. Государственные идеалы России и Запада. Параллели правовых культур. СПб., 1999; Сорокин В. В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. М., 2007.* — В этом духе Л. А. Петручак отмечает: «Преобразование же российского общества в общество западного типа неизбежно влечет противостояние сложившейся веками исторической памяти народа и идеалов, правовых ценностей и ментальных особенностей. Данный процесс может уничтожить традиционную самобытность и уникальность отечественной правовой культуры, в которой духовно-нравственный уровень выше буквы закона. Современное отечественное право скроено по образцу европейского законодательства и поэтому народом не воспринимается» (*Петручак Л. А. Правовая культура России и межкультурный диалог в условиях глобализации // Актуальные проблемы российского права. 2011. № 4. С. 14*).

<sup>21</sup> Например, выделение следующих компонентов правовой культуры: право, правовое сознание и правомерное поведение (*Петручак Л. А. Правовая культура современного российского общества. М., 2012. С. 86*).

<sup>22</sup> *Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 731.*

мышления, идеология),<sup>23</sup> предстают точками соприкосновения правовой культуры (правового стиля) и культуры в целом: «Стиль определяется человеческими представлениями, сформированными в процессе исторического развития, и в первую очередь особенностями развития духовной жизни».<sup>24</sup> Абстрактные показатели и критерии оценки правовой культуры аналитически обособляют право от общего культурного единства и позволяют приступить к надлежащему сравнению юрисдикций в культурологической перспективе, помогают выявлять не только различия, но и сходства правовых культур по отношению к этим критериям как третьему члену сравнения (*tertium comparationis*).<sup>25</sup>

В русле аналитического течения культурологической компаративистики находятся сравнительно-правовые выводы из развиваемой Г. Тойбнером (с опорой на социологическую теорию Н. Лумана) трактовки права как аутопойетической (*autopoietic*) социальной системы. Этот взгляд одновременно признает и автономию права как одного из социальных дискурсов<sup>26</sup> по отношению к другим сторонам общественной жизни (экономике, политике и пр.), и влияние последних на юридическую систему.

В теории систем аутопойетисис означает самовоспроизводство и самоорганизацию системы для сохранения тождественности самой себе: «Понятие самоотносимых (*self-referential*) систем предполагает, что системы ищут опорные точки для своей деятельности не в окружающих условиях, к которым они приспосабливаются наилучшим образом (как в парадигме открытых систем), но в самих себе; более конкретно, самописание как внутренняя регулятивная программа организует системные процессы таким образом, что в своих операциях система соответствует этому самописанию, а следовательно, постоянно создает саму себя с помощью этих операций».<sup>27</sup> Например, с этой точки зрения вторичные правила (правила о правилах) в концепции Г. Харта предстают одним из средств самоописания правовой системы.<sup>28</sup> Существенно, что главным элементом правовой системы как аутопойетического дискурса является не норма права и не человек, но коммуникация (единство высказывания, информации и понимания): аутопойетисис прежде всего означает самовоспроизведение коммуникаций посредством возвратного применения коммуникаций к результатам предшествующих коммуникаций, право как сеть коммуникаций порождает правовые коммуникации.<sup>29</sup> А. В. Поляков объясняет философские предпосылки: основополагающее значение коммуникации связано с убеждением в невозможности объективного и абсолютного, независимого от человека знания, а также с представлением о структурированности любого знания языком. Таким образом, знание обусловлено коммуникативными

<sup>23</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. С. 108.

<sup>24</sup> Там же. С. 111.

<sup>25</sup> Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 716.

<sup>26</sup> Дискурс понимается здесь согласно воззрениям М. Фуко как анонимная, безличная и не имеющая цели последовательность лингвистических событий, социальная практика, общественное использование языка, конструирующее реальность (*Teubner G. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law // Law & Society Review. Vol. 23, 1989. N 5. P. 735*).

<sup>27</sup> *Teubner G. Evolution of Autopoietic Law // Autopoietic Law — a New Approach to Law and Society / ed. G. Teubner. Berlin; New York, 1987. P. 220.*

<sup>28</sup> *Ibid.* P. 224.

<sup>29</sup> *Teubner G. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law. P. 740.*

возможностями человека: в социальном мире человек встречается не с объектами в традиционном смысле, а с самим собой в лице другого.<sup>30</sup>

Устраняя «наивно-реалистическое предположение, будто сознательно действующие люди составляют основные элементы общества»,<sup>31</sup> коммуникативное понимание правовой системы отличается антииндивидуалистической направленностью, но при этом избегает коллективизма.<sup>32</sup> Именно право как социальный институт самостоятельно мыслит и познает окружающую действительность: «Право автономно обрабатывает информацию, создает миры смыслов, устанавливает цели и задачи, создает конструкции реальности и определяет нормативные ожидания — и все вполне независимо от взглядов на мир в умах юристов».<sup>33</sup> Автономия правового дискурса относительна, поскольку на него оказывают влияние другие виды социальных коммуникаций, а он со своей стороны воздействует на них. Любое юридически значимое действие принадлежит не только миру права, но и другим социальным системам (например, политике или естественным наукам), каждая из которых описывает данное действие своим языком.<sup>34</sup> Правовой дискурс вынужден учитывать другие конструкции реальности, поэтому в юриспруденцию проникают выводы и методы других наук (экономический анализ права, социология права и пр.).<sup>35</sup> Однако аутопойетическая правовая система способна подчинить эти чужеродные истины своему видению действительности, заново осмыслить их в собственных понятиях и, насколько возможно, придать им правовой смысл. Например, в той мере, в какой детерминистские выкладки психологической науки противоречат юридическим принципам индивидуальной вины и ответственности, они не применимы в юридической области.<sup>36</sup> Итак, «правовые коммуникации являются инструментами познания, с помощью которых право как социальный дискурс способно “видеть” мир».<sup>37</sup>

Аутопойетическая система, продолжает Г. Тойбнер, одновременно самодостаточна в смысле операционной замкнутости (*operational closure*) и восприимчива к внешним воздействиям благодаря структурному сопряжению (*structural coupling*).<sup>38</sup> Чтобы познавать окружающую действительность, система должна оставаться тождественной с собой и в то же время быть открытой для раздражений и событий снаружи, используя их для собственного изменения и перестройки: из внешнего шума система создает внутренний порядок.<sup>39</sup> Особенность права состоит в применении к окружающей социальной реальности бинарного кода *законное/незаконное (legal/illegal)*; право использует другие социальные дискурсы как источники для производства юридических норм в рамках этого кода.<sup>40</sup> Правовая область не ограничена государственным законодательством и санкцией: любые

<sup>30</sup> Поляков А. В. Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Правоведение. 2006. № 2. С. 27–28.

<sup>31</sup> Teubner G. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law. P. 730.

<sup>32</sup> Ibid. P. 729, 739.

<sup>33</sup> Ibid. P. 739.

<sup>34</sup> Ibid. P. 742–746.

<sup>35</sup> Ibid. P. 747.

<sup>36</sup> Ibid. P. 749–750.

<sup>37</sup> Ibid. P. 740.

<sup>38</sup> Teubner G. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism // Cardozo Law Review. 1991–1992. N 13. P. 1444–1446.

<sup>39</sup> Ibid. P. 1446.

<sup>40</sup> Ibid. P. 1451, 1447.



социальные коммуникации на основе кода *законное/незаконное* принадлежат правовому дискурсу. Таким образом, к праву относятся установленные государством законы, нормы преступных сообществ и другие социальные коммуникации, не связанные с государством, но опирающиеся на этот код: правовой плюрализм следует определить как множественность разных коммуникативных процессов, которые наблюдают общественную деятельность сквозь призму кода *законное/незаконное*.<sup>41</sup>

Следующее объяснение хорошо показывает характер несовпадения и взаимного влияния, взаимодействия между аутопойетической правовой системой и прочими дискурсами, в данном случае коммерцией: «Структуры экономических операций по существу не являются юридическими; они основаны на фактических возможностях действий и создают новые возможности действий или они основаны на вере в будущие изменения возможностей. Представляется мудрым не допускать юристов к текущим коммерческим отношениям. Они искажаются реальность коммерции. Почему? Они своеобразно воспринимают (*misread*) фактические возможности действий как юридическую “собственность”, и они своеобразно понимают взаимное доверие применительно к будущему поведению как договорные “обязательства”, как “права” и “обязанности”. И если эти строгие и формалистские требования и встречные требования воспринимать в контексте текущих коммерческих связей, то будут разрушены хрупкие и основанные на доверии взаимоотношения. Различие между экономическими возможностями действий и юридической собственностью и между доверием и обязательствами опять же связано с различием в кодировании. Юристы наблюдают экономические действия сквозь код *законное/незаконное* и по-своему воспринимают экономические процессы и структуры как источники права. С другой стороны, разумные хозяйствующие субъекты своеобразно прочитывают юридические нормы в рамках экономического кода как коммерческие шансы (*bargaining chips*), как новые возможности для получения прибыли. Мы опять же видим симбиоз взаимного искажения».<sup>42</sup>

Продолжая исследование восприимчивости права к возмущениям со стороны прочих социальных дискурсов, Г. Тойбнер вводит понятие *соединяющих институтов* (*linkage institutions*), призванных служить инструментами прочной связи и сосуществования между правом и социальными дискурсами. Соединяющие институты, такие как конструкция *добросовестности*, представляют собой одновременно и юридические, и внеправовые социальные нормы и стандарты; они обеспечивают длительность, интенсивность и качество структурного соединения дискурсов. Несмотря на то что соединяющие институты не обладают общим значением, но являются собой внутренние конструкции каждой соответствующей системы, указанная двусмысленность позволяет им преодолевать границы дискурсов и выполнять функцию институциональных соединительных звеньев между юридическими и социальными процессами.<sup>43</sup>

Правовой плюрализм современного общества связан не столько с признанием действительности прочих общественных норм (обычаи и пр.) при доминировании установленного государством законодательства, сколько с фрагментацией общественных процессов на множество разных закрытых дискурсов. Основная проблема покидает область вертикального

<sup>41</sup> Ibid. P. 1451.

<sup>42</sup> Ibid. P. 1454–1455.

<sup>43</sup> Ibid. P. 1458.

(по терминологии Г. Д. Гурвича) отношения между правом и обществом, при котором неформальные социальные нормы постепенно и вполне случайным образом преобразуются в определенные юридические правила. Существенное значение приобретает горизонтальное измерение. В рамках последнего происходят юридизация социальных дискурсов, перекодирование общественных коммуникаций с помощью правового кода в юридические коммуникации, постоянное обращение со стороны правового дискурса к окружающей коммуникативной среде как источнику права.<sup>44</sup> Соединяющие институты приобретают здесь характер процессов, компонентов одновременно юридической и внеправовой социальной динамики.<sup>45</sup> Они связывают право с различными общественными дискурсами лучше, чем политическая или социологическая обработка правовых норм.<sup>46</sup> С помощью соединяющих институтов право становится *отзывчивым* (*responsive*) к окружающим дискурсам и открывает себя динамике общественных процессов; напротив, политическая легитимация и ссылки на экономическую эффективность правового регулирования недостаточны для полноценного взаимодействия между правом и обществом. Опыт частного права, которое традиционно отличалось отзывчивостью по отношению к экономической системе благодаря таким институтам, как собственность, договор и организация, должен быть распространен на правовой дискурс в целом и его отношения со всеми неюридическими социальными системами.<sup>47</sup>

Значимость вышеприведенных соображений для сравнительного правоведения показана в исследовании Г. Тойбнера, посвященном введению в английское правовое регулирование континентального принципа добросовестности в частных договорных отношениях.<sup>48</sup> Речь идет об имплементации в английское законодательство<sup>49</sup> Директивы Совета Европейских Сообществ № 93/13/ЕЕС от 5 апреля 1993 г. «О несправедливых условиях в договорах с потребителями»,<sup>50</sup> которая ссылается на добросовестность в ст. 3: «Договорное условие, которое не было специально согласовано, должно считаться несправедливым, если, вопреки *требованию добросовестности*, оно влечет значительное неравенство в правах и обязательствах сторон, возникающих на основании договора, к ущербу для потребителя (курсив мой. — В. С.)». Кроме того, понятие добросовестности используется в Принципах европейского договорного права (*Principles of European Contract Law*) и в международном частном праве. Ранее учение о добросовестности уже проникло в общее право через американское законодательство, тем не менее, английские суды высказывались крайне отрицательно, отвергнув это учение как «внутренне несовместимое с равенством сторон» договора и «неприменимое на практике». Неудивительно, что введение в английское право правила о добросовестности столкнулось с затруднениями и критическими замечаниями.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> Ibid. P. 1457–1459.

<sup>45</sup> Ibid. P. 1459–1460.

<sup>46</sup> Ibid. P. 1461.

<sup>47</sup> Ibid. P. 1461–1462.

<sup>48</sup> Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences // *The Modern Law Review*. 1998. N 61. P. 11–32.

<sup>49</sup> *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (SI 1999/2083), который заменил более ранний акт по тому же вопросу: *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (SI 1994/3159).

<sup>50</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

<sup>51</sup> Teubner G. Legal Irritants. P. 11. — По поводу проблемы включения принципа доброй совести в английскую правовую систему см., напр.: *Beatson J. Anson's Law of*

В наши дни, отмечает Г. Тойбнер, формализованное и специализированное правовое регулирование в процессе позитивации достигло операционной замкнутости; произошла соответствующая трансформация от погруженности (*embeddedness*) права в социальный контекст к автономии права.<sup>52</sup> Поэтому соображения о нерасторжимом единстве права и национальной культуры перестали быть верными. Следует согласиться с О. Кан-Фройндом, поставившим под сомнение идею «народного духа» как почвы, на которой вырастает своеобразное право данного народа.<sup>53</sup> Иными словами, больше нельзя говорить о «тотальности общества», в которой каждый юридический элемент отражает культуру общества в целом и наоборот.<sup>54</sup> Однако данная трансформация не устранила *связующих взаимодействий* (*binding arrangements*) между правовым регулированием и социальной средой, хотя изменила их характер. В частности, отношение права и общества потеряло цельность и всесторонность, в настоящее время связи между правовым регулированием и социальным контекстом различаются от слабого соединения до тесного переплетения. Отныне право не связано с общественной средой как единым целым, но различным образом относится к отдельным фрагментам общественной жизни.<sup>55</sup>

Опираясь на предложенное О. Кан-Фройндом противопоставление *органического* и *механического* отношения между правом и общественными условиями,<sup>56</sup> Г. Тойбнер различает *слабое* и *плотное* соединение правовых институтов с социальными процессами: поскольку создание правовых норм институционально отделено от выработки культурных норм, для значительных областей правового регулирования характерно слабое и несистематическое соединение с прочими социальными дискурсами, но имеются также такие сферы права, которые плотно соединены с окружающими общественными факторами. Рецепция права, правовые заимствования, перенос или пересадка юридических норм из одного правового порядка в другой (*legal transplants*) сравнительно легко осуществимы применительно к правовым институтам, находящимся в слабом

---

Contract. 28<sup>th</sup> ed. Oxford, 2002. P. 303–306; *Goode R. Commercial Law*. 3<sup>rd</sup> ed. London, 2004. P. 95–96, 100–101. — Р. Гуди подчеркивает, что общее требование добросовестности незнакомо английскому праву; обязанность добросовестности (*duty of good faith*) возникает только в определенных ситуациях или отношениях, в частности, на стороне агента в пользу принципала. Нежелание английских судов признавать начало доброй совести связано с общим недоверием к широко сформулированным принципам, которые не поддаются прозрачному и единообразному применению. Кроме того, в рамках ряда правовых проблем, которые континентальные юрисдикции разрешают со ссылкой на добросовестность, английское право предусматривает отдельные обязанности, не относящиеся к доброй совести, например, сторона по договору несет особую обязанность не препятствовать исполнению договора другой стороной. «Осторожность судов в части введения общего понятия доброй совести, — продолжает Р. Гуди, — в основном связана с отсутствием согласия по его содержанию. Центральным вопросом состоит в том, как разрешить противоречие между оправданным стремлением к удовлетворению своего интереса стороной, которая заключила договор или ведет переговоры о его заключении, и надлежащим вниманием к обоснованным интересам другой стороны» (*Goode R. Commercial Law*. P. 95).

<sup>52</sup> *Teubner G. Legal Irritants*. P. 17.

<sup>53</sup> *Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law // The Modern Law Review*. Vol. 37. N 1. P. 6–13.

<sup>54</sup> *Teubner G. Legal Irritants*. P. 14.

<sup>55</sup> *Ibid.* P. 18.

<sup>56</sup> *Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law*. P. 12–13.

соединении с социальными процессами, тогда как в областях правового регулирования, отличающихся плотным соединением, правовые заимствования встретятся с сопротивлением со стороны реципирующей общественной системы.<sup>57</sup>

Но даже в ситуации слабого соединения перенос юридических положений не является *механическим*, подобным установке нового карбюратора в двигатель. Заимствованная норма вынуждена ассимилироваться с «глубинными структурами» нового правопорядка и конструкциями социальной реальности, уникальными для чужой правовой культуры. Различия ментальности, стилей юридического мышления, способов толкования и видения социального мира определяют непохожесть ассимилированного правила на исходную норму в другом правопорядке, даже если текстуально оба юридических положения выглядят одинаково. Важную роль играет «великий исторический рубеж» между общим правом и континентальным гражданским правом.<sup>58</sup>

Принцип добросовестности в качестве «уникального выражения континентальной правовой культуры» представляет собой абстрактную «общую норму» с меняющимся содержанием, которую континентальные юристы конкретизируют в разных правовых ситуациях, систематизируют получающиеся выводы и возводят соответствующие доктринальные построения. Так, в немецком праве начало добросовестности (*Treu und Glauben*) служило средством приспособления абстрактных норм Германского гражданского уложения к меняющимся историческим условиям в Германии XX в. и подверглось доктринальной обработке и схематизации. Некоторые исследователи даже объявили предпринятые усилия недостаточными: положение о добросовестности нуждается в «более тесной реинтеграции в доктринальную систему немецкого частного права». Разработанные в обширной практике германских судов нормы о доброй совести классифицируются по функциональной направленности: во-первых, расширение и укрепление обязанностей по договору; во-вторых, ограничение договорных прав; в-третьих, изменение договора.<sup>59</sup>

Внутри английского правопорядка развитие этого начала едва ли пойдет по такому же пути догматизации и систематизации. Суды в Англии не станут ни *конкретизировать* принцип добросовестности, ни создавать доктринальные схемы, теории и классификации. В соответствии с казуистическим подходом общего права английские юристы предпочтут применять положение о доброй совести в *типовых практических ситуациях* (арендодатель и наниматель, врач и пациент, и пр.). Правила о доброй совести будут разрабатываться с помощью казуистической аргументации и аналогии от одной фактической ситуации к другой, без маскировки моральных и политических источников принципа, но не путем дедукции из абстрактного правового предписания. Итак, особый метод правоприменения и стиль юридического мышления предопределят своеобразие сформулированных английскими судами норм о доброй совести.<sup>60</sup>

Метафора правовой пересадки или переноса вводит в заблуждение: в новом контексте юридическое правило не остается идентичным своему источнику, не играет точно такой же роли и не выполняет точно таких же функций, которые свойственны этой норме в исходном правопорядке.

<sup>57</sup> Teubner G. Legal Irritants. P. 18–19.

<sup>58</sup> Ibid. P. 19.

<sup>59</sup> Ibid. P. 20.

<sup>60</sup> Ibid. P. 21.

Рецепированный элемент становится скорее *правовым раздражителем* (*legal irritant*) внутри чужого юридического дискурса, и обратное воздействие последнего изменяет заимствованную норму. Применительно к принципу добросовестности этот процесс преобразования в рамках английской правовой системы изложен выше. Но существенно, что наряду с раздражением собственно юридической сферы заимствованная норма видоизменяет связующие взаимодействия между правовым регулированием и окружающей социальной средой, иными словами, раздражает другие общественные дискурсы.<sup>61</sup>

Если для О. Кан-Фройнда важнейшее отношение между правовой системой и социальной средой определялось политическими факторами,<sup>62</sup> что отражало противостояние холодной войны,<sup>63</sup> то с позиций «победившего глобального капитализма» сегодняшнего дня Г. Тойбнер видит в подходе О. Кан-Фройнда переоценку значения политической системы в ущерб другим социальным системам. Нынешнее социально-экономическое сближение между государствами выдвигает на передний план различия неполитических общественных дискурсов. Следует обратить особое внимание на виды *экономических* или *производственных режимов*. Несмотря на либерализацию мировых рынков и создание общеевропейского экономического пространства за последние несколько десятков лет возникло несколько «форм развитого капитализма». Каждой из них соответствует особый производственный режим как «институциональная среда экономической деятельности», в которую входят, среди прочего, финансовая система, порядок корпоративного управления и разработки стандартов, способы разрешения конфликтов, образовательные и технологические условия. Иначе говоря, производственный режим определяет экономические «правила игры». Самая очевидная граница отделяет континентально-европейский производственный режим, который утвердился, в частности, в Германии и Швеции, от англосаксонского производственного режима.<sup>64</sup>

Принцип добросовестности принадлежит к правовым институтам, которые находятся в *плотном соединении* с теми или иными внеправовыми дискурсами, что создает дополнительные затруднения для правовой пересадки. Добросовестность связывает договорное право напрямую с социальными процессами, среди прочего, с нравственностью и публичным порядком, а также с производственным режимом: «Приоритет частного соглашения между сторонами договора не может быть безусловным, будь то применительно к вопросам индивидуальной морали, строгим религиозным

<sup>61</sup> Ibid. P. 12, 31–32.

<sup>62</sup> О. Кан-Фройнд указывает на пропасть между коммунистическим и некоммунистическими системами, между демократиями и диктатурами в капиталистическом мире, на альтернативы форм правления при демократическом режиме, а также на различные степени влияния, которое негосударственные организации оказывают на принятие политических решений (*Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law. P. 11–13*). С этой точки зрения ученый приводит пример, в частности, абсолютного запрета разводов согласно Конституции Республики Ирландии 1937 г.: чем может быть он объяснен, кроме как «политическим влиянием католической церкви»? (Ibid. P. 15–16. — Конституционная поправка об отмене этого запрета была принята на референдуме в 1995 г.: [www.irishstatutebook.ie/1995/en/act/cam/0015/print.html](http://www.irishstatutebook.ie/1995/en/act/cam/0015/print.html)). Использование иностранных образцов при реформировании правовой системы без оглядки на социальный, главным образом, политический контекст предстает *злоупотреблением* (*misuse*) сравнительным правом (*Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law. P. 27*).

<sup>63</sup> Teubner G. Legal Irritants. P. 22.

<sup>64</sup> Ibid. P. 22, 24–25.

запретам, политическим свободам или экономическим институтам. Добрая совесть преобразовывает договорные обязанности в соответствии с социальными ожиданиями из этих различных областей».<sup>65</sup>

Континентально-европейский производственный режим предстает как «рыночная экономика координированного предпринимательства» (*business-coordinated market economy*), которая характеризуется рядом особенностей. Во-первых, экономическая деятельность здесь тщательно координируется предпринимательскими ассоциациями и посредством неформальных деловых связей; во-вторых, отношения между коммерческими компаниями, между компаниями и банками, а также между работодателями и работниками обычно устанавливаются на длительный срок; в-третьих, работники предприятий и контрагенты по гражданско-правовым договорам обладают значительной автономией; в-четвертых, деловые отношения предполагают высокий уровень доверия. В условиях этого производственного режима начало доброй совести предназначено для надлежащего юридического ответа на риски и возможности, создаваемые большой автономией и высоким уровнем доверия в коммерческой деятельности. Опираясь на принцип добросовестности, немецкая судебная практика установила обязанности по кооперации контрагентов в финансовых и коммерческих отношениях и по раскрытию информации; обязанности работников в части лояльности интересам работодателя и встречные обязанности работодателя по защите работников; на основе этого принципа утвердилось право судов изменять согласованные договорные условия при появлении новых обстоятельств; суды признают обязательными различные стандарты, выработанные предпринимательскими ассоциациями или отдельными компаниями, и при применении таких стандартов учитывают интересы потребителей. Переплетение и плотное соединение правового института и промышленного режима создают уникальные правомочия и обязанности, представляющие собой в полном смысле «живое право» (*living law*).<sup>66</sup>

В отличие от континентально-европейского производственного режима в английской экономической культуре и производственном режиме «либеральной рыночной экономики» (*liberal market economy*) за координацию экономической деятельности и создание ее институциональной структуры ответственны не столько слабые предпринимательские сообщества, сколько рыночные факторы и законодательное регулирование. Для англосаксонской либеральной рыночной экономики свойственны краткосрочные договорные отношения при высоком уровне предпринимательского риска; неразвитые профсоюзы и строгий контроль работодателя за работниками; высокий уровень конкуренции и недостаток кооперации между предприятиями; взаимодействие между экономическими процессами и внеэкономической социальной реальностью отдано на откуп рыночным факторам или государственному регулированию, а не предпринимательским ассоциациям. В обстоятельствах такого производственного режима принцип добросовестности не сможет играть традиционную для континентально-европейского режима роль поощрения взаимной лояльности, кооперации, предоставления информации и изменения согласованных договорных условий. Если этот принцип вообще найдет применение в английской

<sup>65</sup> Ibid. P. 23–24.

<sup>66</sup> Ibid. P. 25–26.

правовой системе и англосаксонском производственном режиме, его роль и функции должны неизбежно измениться.<sup>67</sup>

Следующие соображения о взаимодействии правовой системы и социальных дискурсов имеют большое значение для определения перспектив правовых заимствований с точки зрения аутопойетической трактовки права. Связующие взаимодействия, подчеркивает Г. Тойбнер, не создают никакого единства права и внеправовых систем, объединенных социально-правовых процессов или общих социально-правовых структур. Несмотря на *плотное соединение* правовых и экономических институтов, они отличаются друг от друга не только аналитически, но и практически. Если экономические институты лежат в основе финансовых и коммерческих расчетов, то правовые институты регулируют разрешение конфликтов. Экономические «правила игры» не тождественны юридическим нормам, экономическую сделку нужно отличать от юридически обязывающего договора. Даже если они происходят в один и тот же момент, каждое из этих событий остается элементом своего дискурса с собственным прошлым и будущим. Но экономические и правовые институты должны быть совместимы (*compatible*) друг с другом.<sup>68</sup>

Изменение в рамках одного дискурса, на одной стороне связующего взаимодействия, ввиду плотного соединения между системами производства возмущение в другой системе и провоцирует изменение внутри последней. «Теперь становится ясным, — пишет Г. Тойбнер, — почему заимствованное правило может служить только раздражителем, но никогда не станет пересаженной нормой, если заимствованное юридическое правило изменяет связующее взаимодействие между правом и другим социальным дискурсом... На юридической стороне связующего института это правило будет переосмыслено (*recontextualised*) в новой сети юридических определений и его можно будет узнать по сходству с исходным юридическим правилом, даже если его толкование поменяется. Но на социальной стороне произойдет нечто совсем другое. Правовой импульс, если он вообще будет воспринят, создаст смятение в этой другой социальной системе и станет там причиной определенных изменений, которые определяются внутренней логикой этой системы смыслов. Данный импульс будет преобразован на другом языке данной социальной системы, переформулирован в ее кодах и программах и в свою очередь породит новую последовательность событий. Социальное изменение затем вернется в качестве раздражения на юридическую сторону института, таким образом создавая круговую эволюционную динамику обеих систем, которая завершится определенным равновесием, только когда и юридический, и социальный дискурсы с относительной стабильностью реализуются в соответствии с логикой (*eigenvalues*) соответствующих областей. Это показывает, насколько невероятно, что правовая норма будет удачно пересажена внутрь другого юридического контекста и его связующих взаимодействий. Если она и не будет отвергнута сразу, она либо разрушит связующее взаимодействие, либо породит динамику взаимных раздражений, которые существенно изменят ее идентичность».<sup>69</sup>

Под влиянием английского производственного режима начало добросовестности, предполагает Г. Тойбнер, подвергнется следующим

<sup>67</sup> Ibid. P. 26–27.

<sup>68</sup> Ibid. P. 27.

<sup>69</sup> Ibid. P. 28.

изменениям. Вместо поощрения автономии, взаимного доверия и кооперации новая роль добросовестности будет состоять в противодействии злоупотреблениям экономической властью, в установлении публичных ограничений для полномочий частных организаций и упорядочении экономической конкуренции. Принцип доброй совести будет использован для уменьшения произвола и агрессивности хозяйствующих субъектов, для выработки псевдоконституционных прав на защиту от негативных последствий управленческих решений в частных организациях.<sup>70</sup> В контексте либеральной рыночной экономики суды усилят процедурную сторону принципа добросовестности. С учетом отсутствия структурированных предпринимательских ассоциаций и организаций, при судебной проверке принятых на рынке стандартов английские суды не будут ограничиваться контролем переговорного процесса, обычными вопросами об отсутствии давления и обмана, а также надлежащего участия представителей потребителей при разработке стандартов. Опираясь на принцип добросовестности, суды начнут играть более активную роль, попробуют самостоятельно решать вопросы содержания стандартов, а также предписывать, каким именно образом следует организовать переговоры и согласования, чтобы учесть интересы всех социальных групп.<sup>71</sup>

Отстаиваемая Г. Тойбнером трактовка права как аутопойетической системы и соответствующие сравнительно-правовые выводы служат хорошим примером аналитического подхода к культурологическому сравнительному правоведению. Характерное для культурологической компаративистики рассмотрение правового регулирования как отражения культуры данного общества сочетается здесь с обособлением юридической системы от других социальных областей и рациональным описанием характера и способов воздействия тех или иных фрагментов внеправовой социальной реальности на правовые нормы и правовую культуру. Для целей сравнительно-правового исследования определенные социальные факторы, такие как *производственный режим*, используются как основание (третий член) сравнения, по отношению к которому исследователь определяет сходства и различия правовых культур или их отдельных элементов, являющихся объектами сравнения и изучения.

\* \* \*

Опирающийся на другие теоретические основания холистический подход к исследованию правовой культуры открыто демонстрирует главную идею и пафос культурологической компаративистики как таковой: право является выражением мировоззрения и продуктом культурного опыта. Р. Коттеррелл комментирует: «Акцент на правовой культуре в сравнительном правоведении последних лет может быть понят отчасти как попытка обратить внимание на воздействия, оказываемые правом на многие другие типы отношений, помимо целерациональных. Право ценно не только тем, что оно облегчает договорные, коммерческие и корпоративные отношения. Оно также защищает и оформляет традиции, является защитником общих убеждений и высших ценностей, и — способами, которые сложнее определить, — выражает национальные ожидания, привязанности и эмоции».<sup>72</sup> В отличие от социологического течения в сравнительном правоведении,

<sup>70</sup> Ibid. P. 28–29.

<sup>71</sup> Ibid. P. 30–31.

<sup>72</sup> Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 733–734.



в частности, функционального метода, в культурологической компаративистике право и законодательство не рассматриваются как инструмент решения каких-либо экономических или социальных задач и проблем, удовлетворения общественных потребностей: культурологическому сравнительному правоведению не свойственно представление о праве как о «социальной инженерии».<sup>73</sup>

Холистический подход не ориентирует на анализ и разложение чужой культуры на элементы, напротив, нацелен на познание культуры (включая правовую культуру) *в целом*, что предполагает, по выражениям разных представителей этого течения, *взгляд изнутри* и изучение *права в умах* (*law in minds*),<sup>74</sup> герменевтическое *вживание* (*immersion*) в культуру<sup>75</sup> и *глубокое понимание*.<sup>76</sup> В этом ключе П. Легран заявляет: «Создавая правило по определенным причинам и определенным способом, как результат своего мышления, с определенными имеющимися у них надеждами, и создавая определенное правило (а не другие правила), французы, например, делают не только это: они также делают что-то особенно французское, опираясь, следовательно, на формы юридического опыта, которые внутренне присущи им».<sup>77</sup> В философском плане холистические воззрения в современной культурологической компаративистике опираются на герменевтику<sup>78</sup> и постмодернистскую философию.<sup>79</sup>

Основополагающее значение языка и слова для человеческой культуры<sup>80</sup> предопределяет заметную лингвистическую ориентацию культурологического сравнительного правоведения.<sup>81</sup> Исходя из различия *языка и речи (текста)* как социального и индивидуального явления

<sup>73</sup> Ibid. P. 710–713.

<sup>74</sup> Ewald W. The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats” // The American Journal of Comparative Law. Vol. 46. N 4 (Autumn, 1998). P. 704.

<sup>75</sup> Curran V. G. 1) Comparative Law and Language // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 679–682; 2) Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. Vol. 46. N 1 (Winter, 1998). P. 43–92.

<sup>76</sup> Legrand P. The Same and the Different // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. P. 297.

<sup>77</sup> Legrand P. What Legal Transplants? // Adapting Legal Cultures / eds. D. Nelken, J. Feest. Oxford; Portland, Oregon, 2001. P. 59.

<sup>78</sup> Whitman J. Q. The Neo-Romantic Turn // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. P. 325–326.

<sup>79</sup> Ван Эрп Э. Х. М. Европейское частное право: постмодернистские дилеммы и выборы. С. 20–26; Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 52. — П. Легран относит свои философские источники (среди прочих, работы Ж. Деррида, Ж. Делеза и Ж.-Ф. Лиотара) к «главенствующей философской мысли» (*mainstream philosophical thought*): Legrand P. The Same and the Different. P. 242. Fn. 3.

<sup>80</sup> Лекторский В. А. Эпистемология классическая и неклассическая. М., 2001. С. 200. — Краткий философский анализ роли языка в человеческом мышлении и культуре, а также критику использования лингвистики для решения общих философских проблем см. в работе: Ильенков Э. В. Проблема идеала в философии. Гегель и герменевтика. М., 2011. С. 82–111.

<sup>81</sup> Ср. объяснение А. Рилс: «Культурологический подход заменяет инструментализм и функционализм, перенося внимание на определяемое контекстом значение и применяя герменевтическую методологию. Возможно, по причине доминирования функционализма в прежних социально-правовых исследованиях компаративисты, работающие с понятием правовой культуры, склонны в своей методологии опираться больше на гуманитарное знание (*humanities*), а также теорию литературы и лингвистику, чем на антропологические и социологические выводы относительно культуры в рамках

соответственно,<sup>82</sup> уместно предположить, что аналитические трактовки в культурологическом сравнительном праве сосредоточены на текстах, тогда как холистическое течение имеет преимущественным объектом изучения право как язык.<sup>83</sup> Если Р. Сакко анализирует *закон как текст*,<sup>84</sup> то В. Г. Курран рассматривает *иностранное право как чужой язык*.<sup>85</sup> Разница между *пониманием правового текста на иностранном языке и знанием чужого языка, включая юридический язык*, представляется довольно значительной. Перевод и изучение отдельных текстов — трудная, но все же более определенная и ограниченная задача,<sup>86</sup> чем проникновение внутрь иной правовой культуры и практически невозможное изложение всего богатства чужих юридических понятий в терминах правовой системы исследователя.<sup>87</sup>

В трактовке В. Г. Курран задача сравнительного правоведения состоит не в исследовании конкретных текстов,<sup>88</sup> но в познании иностранного права в целом, что предполагает максимально возможное выявление изначально сокрытых от стороннего наблюдателя смыслов, ассоциаций, предассудков и мировоззренческих позиций чужой правовой культуры.<sup>89</sup>

Сравнительное правоведение подобно переводу в том смысле, что в обоих случаях несхожесть языковых, культурных и социальных контекстов делает переведенный текст нетождественным оригиналу: «Процесс расшифровки иностранного языка или права является процессом перевода. Таким образом, понимание механизмов перевода проливает свет на приемы (*processes*) сравнительного права. Перевод состоит как в расшифровке, так и в перешифровке (*re-coding*), выявлении и конструировании смыслов.

---

изучения права и общества (*Law and Society movement*)» (*Riles A. Comparative Law and Socio-Legal Studies // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 797*).

<sup>82</sup> *Соссюр де Ф.* Труды по языкознанию. М., 1977. С. 49–53. — См. также: *Лотман Ю. М.* Семиосфера. СПб., 2001. С. 153–155.

<sup>83</sup> Ср. противопоставление текстуального подхода (*textual approach*) методу погружения в чужую культуру (*cultural immersion*): *Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 60. Fn. 52*.

<sup>84</sup> *Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment II of II). P. 347, 358, 365, 374*.

<sup>85</sup> *Curran V. G. Comparative Law and Language. P. 679*.

<sup>86</sup> М. Лассер пишет о своем методе «близкого чтения» (*close reading*): «Основная идея состоит в том, чтобы рассматривать документы или аргументы в рамках правовой системы подобно серьезным литературным трудам, соответственно, изучать их с таким же тщательным и детальным вниманием и почти исчерпывающим образом... Итак, эта методология предполагает, что юридические тексты приоткрывают внутреннее понятийное пространство, которое может быть плодотворно, пусть несовершенно, объяснено посредством педантичного текстуального (*literary*) анализа» (*Lasser de S.-O. -L'E. M. The Question of Understanding // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. P. 203*).

<sup>87</sup> «Мы должны предпринять, — пишет Б. Гроссфельд, — в некотором смысле культурологические раскопки (*cultural excavation*), чтобы обнаружить значения иностранных текстов, даже несмотря на нашу уверенность в том, что мы никогда не можем быть вполне уверены в результате. Это требует глубокого культурного погружения внутрь изучаемой культуры, внутрь “коллективной программы сознания, которая отличает членов одной группы людей от другой”. Однако мы должны признать, что человеческие культуры в основном непроницаемы друг для друга. Культуры склонны налагать на себя табу. “Дистанция” становится обязательной, чтобы не потерять себя в “погружении” (цитата содержит высказывание Г. Хофстеда (*G. Hofstede*); сноски опущены. — В. С.)» (*Großfeld B. Comparatists and Languages // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. P. 183*).

<sup>88</sup> *Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 61*.

<sup>89</sup> *Ibid. P. 54–59*.

Перевод с одного языка на другой обнаруживает обширные сети ассоциаций, принадлежащих какому-либо слову одного языка, которые не могут быть полностью переданы на другом языке, соответственно, процесс перевода предполагает потерю сопутствующих значений (*connotative significance*)». <sup>90</sup> Поэтому от исследователя следует ждать погружения внутрь иностранной правовой культуры ради постижения чужого права в *непереведенной* форме. Но это *культурное вживание* (*cultural immersion*) в иностранный правовой порядок также требует сохранения внешнего положения, взгляда на иностранную культуру со стороны; в противном случае исследователю не удастся обнаружить фундаментальные элементы изучаемого правового порядка, которые остаются невыраженными и даже неосознанными внутри правовой культуры. <sup>91</sup>

Более того, научные задачи и вопросы, которые являются отправной точкой сравнительно-правовой работы, предопределяющей отбор и направление анализа материала, отражают собственный культурный опыт компаративиста. В надлежащем сравнительно-правовом исследовании имеет место не *замена* культурно обусловленных познавательных подходов исследователя на подходы, характерные для изучаемой правовой культуры, но соответствующее *расширение* пространства исследования. Иными словами, *культурное вживание* не позволяет постигнуть чужую правовую культуру в полном смысле *изнутри*. Но именно с указанным обстоятельством связаны преимущества сравнительно-правовых изысканий, которые способны под неожиданным углом зрения высветить особенности правовой культуры, неочевидные ни для носителей этой культуры, ни для наблюдателей извне <sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Curran V. G. Comparative Law and Language. P. 679. — Ср. замечание Б. Гроссфельда: «Мы никогда не сможем полностью перевести (*translate*) пространство и время» (*Großfeld B. Comparatists and Languages. P. 194*).

<sup>91</sup> Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 57–58. — Ср. предостережение М. М. Бахтина против преувеличения методологического значения и пользы вживания в чужую культуру: «Существует очень живучее, но одностороннее и потому неверное представление о том, что для лучшего понимания чужой культуры надо как бы переселиться в нее и, забыв свою, глядеть на мир глазами этой чужой культуры. Такое представление... односторонне. Конечно, известное вживание в чужую культуру, возможность взглянуть на мир ее глазами, есть необходимый момент в процессе ее понимания; но если бы понимание исчерпывалось одним этим моментом, то оно было бы простым дублированием и не несло бы в себе ничего нового и обогащающего. *Творческое понимание* не отказывается от себя, от своего места во времени, от своей культуры и ничего не забывает. Великое дело для понимания — это *внезаходимость* понимающего — во времени, в пространстве, в культуре — по отношению к тому, что он хочет творчески понять... В области культуры *внезаходимость* — самый могучий рычаг понимания. Чужая культура только в *глазах другой* культуры раскрывает себя полнее и глубже (но не во всей полноте, потому что придут и другие культуры, которые увидят и поймут еще больше). Один смысл раскрывает свои глубины, встретившись и соприкоснувшись с другим, чужим смыслом: между ними начинается как бы *диалог*, который преодолевает замкнутость и односторонность этих смыслов, этих культур. Мы ставим чужой культуре новые вопросы, каких она сама себе не ставила, мы ищем в ней ответа на эти наши вопросы, и чужая культура отвечает нам, открывая перед нами свои стороны, новые смысловые глубины. Без *своих* вопросов нельзя творчески понять ничего другого и чужого (но, конечно, вопросов серьезных, подлинных). При такой диалогической встрече двух культур они не сливаются и не смешиваются, каждая сохраняет свое единство и *открытую* целостность, но они взаимно обогащаются (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (*Бахтин М. М. Эстетика словесного творчества. М., 1986. С. 353–354*).

<sup>92</sup> Ibid. P. 58–59.

Необходимость культурного вживания для сравнительно-правового исследования указывает на неразрывную связь права с другими социальными областями, такими как политика, история, экономика и язык. В связи с этим В. Г. Курран подчеркивает, что «право не имеет собственной жизни» (*law does not have a life of its own*).<sup>93</sup>

Метод вживания (*immersion approach*) направлен на обнаружение скрытых категорий другой культуры, которые определяют восприятие носителями этой культуры окружающей действительности. Прежде расшифровки поверхностного уровня правовой культуры, например, законодательных текстов, исследователь должен познакомиться с подтекстом (*subtext*), лежащей в основе культуры ментальностью.<sup>94</sup> Культурное вживание как метод исследования, продолжает В. Г. Курран, может быть поставлено под сомнение с той точки зрения, что этот метод не всегда приводит к научно проверяемым (верифицируемым) результатам. Но непроверяемость (*unverifiability*) не означает неистинность (*invalidity*): вывод может быть правильным даже в отсутствии доказательств.<sup>95</sup> Нацеленность на получение *проверяемого* знания связана с попытками приравнять право к науке: «Стремление онаучить (*scientize*) право отражает традиционное для Запада предположение, что любой вопрос имеет один правильный ответ, как бы ни было трудно его найти, а любой предполагаемый ответ является либо верным, либо неверным, соответственно, многообразие вариантов понимания отождествляется с бессмыслицей. Для традиционной западной точки зрения характерна деконтекстуализация мышления, поскольку с помощью мышления можно получить единственно верные ответы только в случае, если обсуждаемые элементы обладают абсолютным значением, сохраняют действительность в изоляции от окружающих контекстов, а также исключены из отношений схожести или отличия».<sup>96</sup> Кроме того, стремление к объективности и научности права коренится в опасении, что в противном случае пострадают легитимность судебных решений и устойчивость правовой системы. «Однако право, — продолжает В. Г. Курран, — сопротивляется онаучиванию, потому что, подобно всем социальным наукам и гуманитарному знанию, термины и понятия в праве являются изменчивыми, текучими и незавершенными».<sup>97</sup>

*Воображение* как составная часть творчества<sup>98</sup> помогает исследователю проникать внутрь иностранных правопорядков, знакомиться с чужим мировоззрением, новыми категориями и новыми подходами к пониманию окружающего мира.<sup>99</sup> «Успешное вживание, предпринятое компаративистом, — отмечает В. Г. Курран, — должно стать путешествием из области невообразимого через воображаемое в сферу знания, процессом, изменяющим собственное мировоззрение компаративиста по мере

<sup>93</sup> Ibid. P. 59.

<sup>94</sup> Ibid. P. 59–60.

<sup>95</sup> Ibid. P. 62.

<sup>96</sup> Ibid. P. 62–63.

<sup>97</sup> Ibid. P. 63. — По проблематике научности юриспруденции см. статьи в сборнике: *Стандарты научности и homo juridicus* в свете философии права. Мат-лы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсисянца / отв. ред. В. Г. Графский. М., 2011. С. 11–162.

<sup>98</sup> О роли воображения в мышлении и деятельности см.: *Ильенков Э. В.* Об эстетической природе фантазии. Что там, в Зазеркалье? М., 2011. С. 3–56.

<sup>99</sup> *Curran V. G.* Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 64.

того, как другое, *другой (the other)*, становится вообразимым, а затем, пусть несовершеннообразным, познанным (сохранен курсив оригинала. — В. С.)».<sup>100</sup>

Метод вживания исходит из многообразия истин различных правовых культур. Смещение акцента с поиска абсолютного смысла на поиск смысла внутри определенного социального и культурного контекста не означает отказа от истины. Культурное вживание признает природную и культурную ограниченность исследователя, которая с неизбежностью влечет за собой ограниченность понимания и полученных выводов. Следовательно, успех сравнительно-правовой работы зависит от расширения понимания и признания других взглядов на мир. Полученное таким путем знание представляет собой не сумму различных точек зрения, но их симбиоз и преодоление ограниченности каждого отдельного миропонимания.<sup>101</sup>

Отстаиваемая В. Г. Курран методология исходит из существования культурно обусловленных различий между юрисдикциями. В этом смысле метод культурного вживания, и в большой степени культурологический подход к сравнительному праву как таковой,<sup>102</sup> противостоит функциональному методу сравнительного правоведения, особенно постулируемой функционализмом *презюпции идентичности*.<sup>103</sup>

Презюпция идентичности как (с некоторым преувеличением) «основной закон сравнительного права» означает, что «различные правовые порядки, несмотря на все различия в своем историческом развитии, доктринальных взглядах и стилях функционирования на практике, решают очень часто одни и те же жизненные проблемы, вплоть до мельчайших деталей, одинаково».<sup>104</sup>

Этот подход предполагает, во-первых, одинаковость проблем, во-вторых, схожесть юридических ответов и практических решений данных проблем в разных странах.<sup>105</sup> При этом К. Цвайгерт и Х. Кетц допускают презюпцию идентичности только применительно к нейтральным юридическим вопросам;<sup>106</sup> она не может быть использована при изучении областей общественной жизни, которые «находятся под... сильным влиянием национально окрашенных моральных и нравственных ценностей, уходящих корнями в религиозное представление и исторические традиции развития культуры или в характер нации».<sup>107</sup>

Неприспособленность функционального метода для исследования тесно связанных с духовной культурой сфер правового регулирования, таких как семейное и наследственное право, уменьшает методологическую ценность функционализма. Кроме того, отмеченный недостаток лежит в основе обвинений в тавтологии и поверхностности при формулировке

<sup>100</sup> Ibid. P. 65.

<sup>101</sup> Ibid. P. 65–66.

<sup>102</sup> Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 726–729.

<sup>103</sup> Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 66–67.

<sup>104</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. С. 58–59.

<sup>105</sup> См. также: Dannemann G. Comparative Law: Study of Similarities or Differences. P. 388.

<sup>106</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. С. 59–60. — Ученые предпочитают, по-видимому, более скромное обозначение этой презюпции как «рабочей гипотезы» (Там же. С. 60).

<sup>107</sup> Там же. С. 59.

презюмции идентичности: проблемы и решения одинаковы, если исключены проблемы и решения, являющиеся (в силу исторических, политических, культурных или иных особенностей) неодинаковыми.<sup>108</sup>

Вероятно, презюмция идентичности стала самым критикуемым утверждением за всю историю сравнительного правоведения.<sup>109</sup> В результате даже Х. Кетц был вынужден смягчить изначальную категоричность позиции: функциональный подход «имеет тот недостаток, что он иногда отвлекает внимание от действительно интересных и важных вопросов. Ведь его можно сравнить с “черным ящиком”, в который с одной стороны вставляется “проблема”, а с другой стороны появляется “решение”. Происходящее внутри “черного ящика” почти не получает внимания и не является особенно важным для принципа функциональности. Но иногда интересными представляются не столько решения, сколько процедуры их принятия»; этот момент особенно важно учитывать для целей унификации права, ибо законодатель не может унифицировать «стили, процедуры, техники, мировоззрения и оценочные предпочтения».<sup>110</sup>

Несмотря на критику, нужно подчеркнуть, что функциональный метод не предполагает и не утверждает тождественность правовых норм и институтов в прямом смысле.<sup>111</sup> Формулировка презюмции идентичности в форме *предположения одинаковости* вводит в заблуждение. На деле правовые решения одной и той же проблемы в разных правовых порядках отличаются друг от друга, оставаясь едиными только в части способности решить определенную проблему, иными словами, применительно к данной функции. Поэтому надлежит провести границу между одинаковостью и *функциональной эквивалентностью*: «Правовое регулирование гражданских правонарушений и страховое право не являются похожими только потому, что они выполняют одну и ту же функцию по предоставлению жертвам автомобильных аварий компенсаций в связи с этими авариями».<sup>112</sup> Неадекватность функционального метода сравнительного правоведения в первую очередь связана с неспособностью обеспечить всестороннее объяснение и оценку сравниваемых правовых институтов безотносительно к выполнению ими какой-либо функции.<sup>113</sup>

Сосредоточенное на различиях культурологическое сравнительное правоведение трактует отмеченный недостаток функционализма как пренебрежение важными различиями ради навязывания схожести в связи с одной произвольно выбранной функцией.<sup>114</sup> Сравнительное правоведение не должно оказывать предпочтение ни сходствам, ни различиям.<sup>115</sup> Все же избранный метод исследования и познавательные интересы ученого иногда требуют акцентирования либо сходств, либо различий. Противоречие между функциональным и культурологическим подходами хорошо иллюстрирует указанное обстоятельство. Г. Даннеманн обоснованно

<sup>108</sup> *Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 370.

<sup>109</sup> *Ibid.* P. 369.

<sup>110</sup> Цит. по: *Dannemann G.* Comparative Law: Study of Similarities or Differences. P. 393.

<sup>111</sup> *Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law. P. 372.

<sup>112</sup> *Ibid.* P. 371.

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> «Функционализм является механистической теорией, которая не имеет ничего общего с пониманием» (*Legrand P.* The Same and the Different. P. 292). См. также: *Legrand P.* Foreign Law: Understanding Understanding. P. 96.

<sup>115</sup> *Dannemann G.* Comparative Law: Study of Similarities or Differences. P. 396–401.

замечает: «Противопоставление между презумпцией идентичности и презумпцией различия зачастую не имеет ничего общего с вопросом о том, похожи или нет правовые порядки как таковые. Более существенная проблема связана с тем, какие элементы права и его контекста наиболее важны для сравнительного исследования».<sup>116</sup>

Итак, В. Г. Курран видит опасность функционализма в нежелании учитывать различия: этот подход «может привести к отказу от попыток проникнуть под поверхность в поисках скрытых и иногда непримиримых различий между правовыми системами».<sup>117</sup> Для представителей послевоенного сравнительного правоведения, продолжает исследовательница, подразумеваемый приоритет общности и сходства над различиями имел огромное значение ввиду горького опыта национал-социализма и антисемитизма в Европе, сопутствовавшей политике дискриминации и уничтожения других народов, чужих культур и вообще *другого*. Фашизм требовал исключить непохожих из общественной жизни, проще говоря, другой — это враг. К. Шмитт, сочувствовавший национал-социализму немецкий мыслитель, толковал понятие *врага* следующим образом: «Просто другой и чужой, и его бытие достаточным образом определяется уже тем, что он в определенном глубоком смысле существует именно другой и чужой, поэтому в случае конфликта он отрицает наш собственный способ существования, а следовательно, нужно защищаться от него и бороться с ним, чтобы сохранить присущий нам образ жизни».<sup>118</sup> В этом контексте общность и сходство как юридический ориентир противостоят «жесткой абсурдности законодательного отрицания фундаментального человеческого единства (*sameness*)» в нацистской Германии.<sup>119</sup> Однако В. Г. Курран рассматривает нацистские гонения на другого скорее как историческую случайность, чем как логический вывод из размышлений о различиях между людьми.<sup>120</sup> Более того, акцент в послевоенном правоведении на общности предполагал вовсе не признание имеющихся различий, но нивелирование и стирание различий ради поверхностного единообразия и ассимиляции. Такой подход всегда грозит обернуться против представителей обособленных социальных групп и меньшинств: «Логическое последствие априорного отрицания различия состоит не в терпимости к различиям, а лишь в допущении одинаковости, пытающейся маскировать различия под схожесть».<sup>121</sup> Например, законодательство, исходящее из феминистских соображений и отрицающее особенности и отличия женщин ради равенства с мужчинами (как оно понимается в феминизме), на деле может привести к ущемлению прав и интересов женщин.<sup>122</sup>

В отличие от П. Леграна<sup>123</sup> В. Г. Курран не настаивает на приоритете различия над сходством в рамках сравнительно-правового исследования.<sup>124</sup> Если П. Легран ориентирует на неустанный поиск различий и другого в его

<sup>116</sup> Ibid. P. 394.

<sup>117</sup> Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 67.

<sup>118</sup> Цит. по: Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 75.

<sup>119</sup> Ibid. P. 78.

<sup>120</sup> Ibid. P. 76.

<sup>121</sup> Ibid. P. 74.

<sup>122</sup> Ibid. P. 84, 87 (Fn. 150).

<sup>123</sup> Legrand P. The Same and the Different. P. 272, 279, 288.

<sup>124</sup> Curran V. G. Comparative Law and Language. P. 690.

особенности,<sup>125</sup> то В. Г. Курран трактует различия как возможные, но не обязательные. Компаративист должен быть открыт для различий, которые могут прятаться в глубинных слоях чужой правовой культуры вопреки поверхностным сходствам. Необходимо признавать ограниченность собственных правовых стандартов; они не универсальны и неизбежно сужают понимание и мировоззрение исследователя.<sup>126</sup>

Фундаментальное сходство между людьми, продолжает В. Г. Курран, оправдывает утверждение общечеловеческих правовых принципов. Кроме того, игнорирование различий соответствует обычному человеческому стремлению к определенности, с которым также связана тенденция «она-учить» право. Но единство и определенность часто существуют за счет истины.<sup>127</sup>

Важнейший вопрос состоит в том, действительно ли предположение фундаментального сходства между людьми является предпосылкой терпимости (толерантности) в общественной и правовой жизни.<sup>128</sup> В. Г. Курран отвечает отрицательно: необходимо разорвать подразумеваемую взаимосвязь между похожестью и вовлеченностью (*inclusion*), а равно между отличием и исключением (*exclusion*) из социальных отношений. Новый подход позволит учитывать различия, одновременно защищая непохожесть против дискриминационного отделения. Правовая культура должна поощрять толерантность без единообразия.<sup>129</sup>

Метод культурного вживания помогает избежать необоснованной оценки другой правовой культуры с позиций собственного культурного опыта и ложной уверенности в обладании объективной истиной.<sup>130</sup> Но в рамках этого метода устранение необоснованных оценок переходит в отказ от оценивания вообще. Культурное вживание затрудняет критику и осуждение исследуемой правовой культуры, поскольку предполагает познание культуры *изнутри* и порицает выводы о чужом правопорядке с позиций стандартов и критериев, внешних для изучаемой культуры. Между тем постмодернистская тенденция не давать оценок другому представляется весьма опасной с учетом печальных явлений XX в., особенно опыта «советского ГУЛАГа и нацистских концентрационных лагерей». Выход из этого затруднения, по мнению В. Г. Курран, возможен на основе сочувствия и сопереживания по отношению к чуждой правовой культуре. Это позволит не только воздерживаться от навязывания внешних стандартов и подходов, но и в полной мере использовать потенциал культурного вживания для расширения и углубления понимания, а равно для ограниченных и осторожных оценок.<sup>131</sup>

Культурное вживание предполагает несопоставимость и несоизмеримость (*incommensurability*) правовых культур, соответственно, безуспешность сравнения, но только с абсолютной точки зрения. Во-первых,

<sup>125</sup> *Legrand P.* The Same and the Different. P. 299–301.

<sup>126</sup> *Curran V. G.* Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 83.

<sup>127</sup> *Ibid.* P. 86.

<sup>128</sup> *Ibid.* P. 84. — О толерантности в целом и различных подходах к пониманию толерантности см.: *Лекторский В. А.* Эпистемология классическая и неклассическая. С. 21–31.

<sup>129</sup> *Curran V. G.* Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 87.

<sup>130</sup> *Ibid.* P. 88.

<sup>131</sup> *Ibid.* P. 88–90. — Похожей позиции придерживается П. Легран (*Legrand P.* Foreign Law: Understanding Understanding. P. 134–135).



сохраняющееся влияние родной для компаративиста культуры мешает полному культурному вживанию; во-вторых, непохожесть культур затрудняет исчерпывающее объяснение и изложение изучаемой правовой культуры в понятиях культуры исследователя. Однако недостижимость совершенного сравнения не является поводом вовсе отказаться от сравнения. Сравнение, подобно переводу, *предает* оригинал, но одновременно сохраняет его, ибо неподходящая терминология все же изображает новое и другое, позволяя приступить к творческому проникновению в чужую правовую культуру.<sup>132</sup> Культурное вживание, подчеркивает В. Г. Курран, «состоит в медленном преодолении культурных барьеров ради идеала взаимопонимания, в стремлении приблизиться к пониманию, соединенное с признанием, что некоторое расстояние на этом пути останется непреодоленным. Допущение других истин не означает неудачу. Чем глубже исследователь погружается в особенности иностранной правовой культуры, возникшие под влиянием своеобразных привычек, истории, языка, проблем и социальных условий в данной стране, тем больше он узнает о неустрашимых *несоответствиях (incomparables)* (сохранен курсив оригинала. — В. С.)».<sup>133</sup> Задача сравнительного правоведения состоит в переводе, пусть несовершенном, с чужого на родной язык, иными словами, в *наведении мостов* между разными правовыми культурами.<sup>134</sup>

В порядке иллюстрации В. Г. Курран применяет метод культурного вживания для анализа решения Верховного Суда Германии (*Bundesgerichtshof*), принятого в 1951 г. по иску двух покупателей против компании «Фольксваген». Исследовательница подвергает критике комментарий к данному решению, предложенный американским компаративистом Дж. Доусоном, стремясь показать на этом примере, что игнорирование культурных факторов ведет к неправильному пониманию и оценке чужого правопорядка.<sup>135</sup>

Истцы были среди 300 тыс. немецких граждан, которые заказали и оплатили автомобили «Фольксваген» в 1938 и 1939 гг. в рамках проекта *народного автомобиля*, поддержанного Гитлером. Война помешала производству, но собранные деньги в сумме примерно 250 млн марок хранились на счете в берлинском банке, пока советские войска не захватили денежные средства в 1945 г. Поскольку после окончания войны «Фольксваген» возобновила производство гражданских машин, истцы потребовали поставки заказанных и оплаченных автомобилей, признав, впрочем, что ранее установленная цена в новых условиях должна быть увеличена, и попросив суд назначить справедливую цену. В итоге спор достиг Верховного Суда. Своим решением последний подтвердил юридическую силу довоенных договоров о приобретении автомобилей, но вернул дело на пересмотр, потребовав от нижестоящего суда произвести поиск других покупателей автомобилей «Фольксваген», которые оказались в обстоятельствах, подобных обстоятельствам истцов. Решение Верховного Суда вызвало удивление и неприятие со стороны Дж. Доусона: сложности исполнения этого решения, предполагающего судебный пересмотр всех аналогичных договоров, настолько велики, что, с учетом всех прочих обстоятельств, было бы правильнее признать договоры о приобретении

<sup>132</sup> *Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 90.*

<sup>133</sup> *Ibid. P. 91.*

<sup>134</sup> *Ibid. P. 91–92.*

<sup>135</sup> *Ibid. P. 78–83.*

автомобилей прекратившимися ввиду *отпадения основания сделки* (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).<sup>136</sup> В обоснование решения Верховный Суд пояснил, что «в силу основополагающего юридического принципа договоры должны исполняться»,<sup>137</sup> однако Дж. Доусон рассматривает это замечание как благое пожелание, не имеющее отношения к делу.

Между тем, пишет В. Г. Курран, приведенное высказывание Суда содержит ключ к правильному пониманию не только этого конкретного судебного решения, но и общего подхода континентального (романо-германского) права к исполнению гражданских договоров. В рамках континентальной правовой традиции *обязывающему характеру* заключенных договоров придается принципиальное значение (*pacta sunt servanda*). Исторически возникшее начало *святости* договора опирается здесь на нравственные и религиозные соображения. Напротив, юристы общего права склонны рассматривать вопросы нарушения и расторжения договоров в увязке с экономической эффективностью и коммерческими последствиями.<sup>138</sup> С этой точки зрения расторжение договоров о приобретении автомобилей «Фольксваген» по судебному решению выглядит предпочтительной и правильной позицией, особенно с учетом огромных практических сложностей пересмотра и исполнения договорных обязательств в данных обстоятельствах.

Итак, ошибочность предложенной Дж. Доусоном трактовки (иными словами, *непонимание* данного решения Верховного Суда Германии) объясняется зависимостью от англосаксонского видения этой юридической ситуации, игнорированием культурных соображений, которые помещают *обязательность* договора в основания немецкого гражданского права. На этом примере видно, что решения судов и правопорядок в целом формируются не столько текстами законов, сколько факторами, обстоятельствами и традициями, которые «уходят корнями в историческое, политическое, экономическое и общественное развитие народа».<sup>139</sup>

\* \* \*

«Чтобы *познать* ту или иную вещь, — пишет Л. Фейербах, — необходимо *почувствовать*, что она такое (курсив мой. — В. С.)».<sup>140</sup> Эти слова

---

<sup>136</sup> Это основание изменения и прекращения договора (примерно соответствующее *существенному изменению обстоятельств* согласно ст. 451 Гражданского кодекса РФ, далее — ГК РФ) в настоящее время закреплено в § 313 Германского гражданского уложения.

<sup>137</sup> Цит. по: Ibid. P. 80.

<sup>138</sup> В качестве иллюстрации можно привести теорию *эффективного нарушения* (*efficient breach*), которая не является, впрочем, общепринятой (*Black's Law Dictionary*. 6<sup>th</sup> ed. St. Paul, Minn., 1990. P. 189), а также неготовность судов общего права (в отличие от судов справедливости) назначать исполнение обязательства в натуре (*specific performance*). Р. Гуди комментирует: «Общее право в очень большой степени предпочитало денежный подход к урегулированию споров. Действительно, принцип общего права состоял в том, что ответчик имеет выбор: исполнить договор или заплатить убытки. Суды общего права не выносили постановлений об исполнении договора в натуре или поставке определенного товара» (*Goode R. Commercial Law*. P. 112).

<sup>139</sup> *Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law*. P. 83.

<sup>140</sup> Фейербах Л. Сочинения. В 2 т. М., 1995. Т. 2. С. 210. — Ср. слова Г. Гегеля о разнице между пониманием и чувственным постижением: «Мы не можем вчувствоваться в переживания собаки, хотя можем их понять. Ибо чувствовать означает наполнить

автора «Сущности христианства», хотя и высказанные по другому поводу, хорошо выражают суть эпистемологического подхода, усвоенного представителями холистического направления в нынешней культурологической компаративистике. Понимание чужого правопорядка не всегда достигается путем *иррационального схватывания* — здесь следует подчеркнуть, что В. Г. Курран применяет вполне рациональный анализ. Тем не менее исходящая из холистических соображений методология в значительной мере предполагает *внеинтеллектуальные усилия* по проникновению внутрь иностранного права, постижению чужой (и своей) культуры *в ее органичной целостности*.<sup>141</sup> В связи с этим показательно, что американский ученый-юрист немецкого происхождения Э. Боденхаймер увидел в культурологической трактовке права «культ иррациональности».<sup>142</sup>

Отмеченный внерациональный компонент, соотносящийся с иррационалистическими построениями философской герменевтики,<sup>143</sup> затрудняет выделение основания сравнения (*tertium comparationis*) в рамках культурологических сравнительно-правовых изысканий холистического профиля. Между тем основание сравнения должно присутствовать в любом сравнении как познавательной операции.<sup>144</sup> Неопределенность основания сравнения усиливается тем обстоятельством, что герменевтика нацелена не на сравнение и сопоставление, а на *истолкование*. Внимание исследователя сосредоточено на отношении между *означающим* (выражением) и *означаемым* (содержанием): в рамках культурологического сравнительного права *означающим* является правовая норма, а *означаемым* — культура и ментальность общества. Задача компаративиста состоит здесь в том, чтобы перейти от означающего к означаемому, погрузиться с видимой поверхностью (т. е. закона) в глубину правовой культуры.<sup>145</sup>

---

тотальность субъекта неким единичным определением так, чтобы оно стало нашей собственной определенностью. Мы не способны... например, поклоняться изображению греческого бога, каким бы прекрасным оно ни было» (*Гегель Г. В. Ф.* Философия религии. В 2 т. Т. 1. М., 1975. С. 432).

<sup>141</sup> *Großfeld B.* Comparatists and Languages. P. 180. — Далее в статье (*Ibid.* P. 186) ученый приводит четверостишие из католического молитвенника, чтобы в очередной раз подчеркнуть недостаточность рационального отношения к праву (несмотря на ограниченность моих навыков стихосложения, я рискнул сделать стихотворный перевод, чтобы лучше передать пафос оригинала):

Оставь страницы книг бесплодных,  
Наукой и искусством полных,  
Вперед иди и сердце чуткое возьми,  
Которым видеть и воспринимать спеши.

<sup>142</sup> *Curran V. G.* Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 72.

<sup>143</sup> О герменевтике см.: *Никоненко С. В.* Современная западная философия. Учеб. пособие. СПб., 2007. С. 45–71; *Кузнецов В.* Герменевтика и ее путь от конкретной методики до философского направления // *Логос.* 1999. № 10. С. 43–88. — Применение герменевтических методов к проблематике философии права см. в: *Рикер П.* Торжество языка над насилем. Герменевтический подход к философии права // *Вопросы философии.* 1996. № 4. С. 27–36.

<sup>144</sup> *Jansen N.* Comparative Law and Comparative Knowledge // *The Oxford Handbook on Comparative Law.* Oxford, 2006. P. 314–315.

<sup>145</sup> *Samuel G.* Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences // *Epistemology and Methodology of Comparative Law* / ed. M. van Hoeke. Oxford; Portland, Oregon, 2004. P. 61.

Оставленная В. Г. Курран подсказка помогает обнаружить основание сравнения, которое предполагается, но не выдвигается в этом качестве на первый план, в рамках холистического направления культурологического сравнительного правоведения. В. Г. Курран отождествляет сравнение и перевод, подчеркивая необходимость овладения двумя (или более) языками для успешного познания.<sup>146</sup> По-видимому, это отождествление открывает искомое основание сравнения. Переводчик стремится передать *смысл* оригинала, но все же никогда вполне не достигает этой цели, потому что слова чужого языка не совпадают с переводимыми словами со стороны своего смысла (значения).<sup>147</sup> Если в поиске наилучшего варианта для передачи новыми словами исходного *означаемого* переводчик вновь и вновь обращается к *контексту* слова и текста в исходном языке и культуре, то именно этот контекст становится основанием сравнения оригинального и переведенного выражений.<sup>148</sup> Итак, культурологическая юридическая компаративистика холистического толка предполагает в качестве основания сравнения (отдельных норм или институтов разных юрисдикций) правовую культуру, которая окружает и снабжает сопоставляемые нормы или институты смыслом. Поскольку характеристики и особенности правовой культуры не даны как известные или очевидные, фокус исследования смещается от сравниваемых правовоположений в сторону правовой культуры: собственно основание сравнения становится предпочтительным объектом изучения.

Вышесказанное объясняет исчезновение определенного *tertium comparationis* на прикладном уровне конкретного сравнительно-правового исследования холистического профиля. П. Легран сомневается в уместности понятия *основание сравнения*,<sup>149</sup> предпочитая говорить о *третьем пространстве* смысла, опосредующем смысловые пространства сравниваемых правов порядков.<sup>150</sup> Третье пространство необходимо предполагается в любом исследовании в качестве семантической общности, которая связывает сопоставляемые правовые институты и служит точкой отсчета для *различающего сравнения* (*differential comparison*), ориентированного на защиту чужого своеобразия (*singularity*).<sup>151</sup> Например, различные принципы судебного контроля могут разбираться в общих координатах *легитимности судебной проверки*: «Рассмотрите два закона: один, по которому судебная

<sup>146</sup> «Как сравнение является актом перевода, так и перевод является актом сравнения, а слово “сравнение”, в конце концов, предполагает нечто меньшее, чем точное соответствие (*correspondence*)... Процесс перевода с одного языка на другой является основополагающей моделью не только сравнительного права, но любого анализа и познания... Один язык берет в плен мысль и понимание. Много языков освобождают их» (Curran V. G. *Comparative Law and Language*. P. 681).

<sup>147</sup> Ср.: «Переводчик должен переносить подлежащий пониманию смысл в тот контекст, в котором живет данный участник беседы. Как известно, это вовсе не означает, что переводчик искажает смысл, который имел в виду другой собеседник. Напротив, смысл должен быть сохранен; поскольку, однако, он должен быть понят в контексте нового языкового мира, постольку он выражается теперь совсем по-иному. Поэтому всякий перевод уже является истолкованием; можно даже сказать, что он является завершением этого истолкования» (Гадамер Х.-Г. *Истина и метод: основы философской герменевтики*. М., 1988. С. 447).

<sup>148</sup> Подробнее о сравнительном праве как явлении перевода см.: Curran V. G. *Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law*. P. 54–59.

<sup>149</sup> Legrand P. *Foreign Law: Understanding Understanding*. P. 77.

<sup>150</sup> Ibid. P. 91.

<sup>151</sup> Ibid. P. 87–92.

проверка опирается на разумность (*reasonableness*), другой, по которой она опирается на идею пропорциональности (*proportionality*). Между двумя законами существует семантическая общность или диалогическое взаимодействие, по поводу которого члены обоих юридических сообществ могут согласиться: в обоих законах речь идет о легитимности судебной проверки. И эта семантическая общность или диалогическое взаимодействие сохраняются, хотя каждый закон имеет свое собственное понимание того, что означает “судебная проверка” (и легитимность). Итак, именно эта общность или взаимодействие по поводу понятия “судебная проверка” позволяет компаративисту постигнуть несопоставимость (*incommensurability*) двух подходов, осознать, что эти два эпистемологических ориентира, эти две трактовки могут означать лишь непохожесть друг на друга, несмотря на общий семантический источник (*referent*)». <sup>152</sup>

Эта семантическая общность, образующая *познавательный мост* (*cognitive bridge*) <sup>153</sup> между сравниваемыми юрисдикциями, оправдывается тем соображением, что нельзя описывать изучаемый правовой порядок в терминах другой юрисдикции, навязывать чужому юридическому опыту собственные понятия и конструкции. Семантическая общность привносит соизмеримость и похожесть, которая в каждом конкретном случае обусловлена стремлениями и интересами компаративиста. В связи с приведением к общему знаменателю право (как объект изучения) подвергается насилью, ведь «ни один правовой порядок сам по себе не может быть сведен к другому». Таким образом, созданная семантической общностью *кажущаяся похожесть* служит только началом, которое нужно быстро преодолеть, чтобы перейти к подлинной сравнительно-правовой работе, состоящей в выявлении своеобразия и уникальности исследуемой юрисдикции. <sup>154</sup>

Продолжая аналогию между культурологическим сравнительным правоведением и лингвистикой, следует отметить тенденцию холистической культурологической компаративистики обращаться к преобладающему изучению *внешних элементов права*, иными словами, разнообразных исторических, географических, общекультурных, религиозных и прочих обстоятельств, оказывающих влияние на правовую систему. Применительно к лингвистике Ф. де Соссюр критиковал подобный подход, призывая сосредоточиться не на внешних, но на внутренних элементах языка, которые составляют его систему, подчиненную собственному порядку, а не случайным посторонним факторам. <sup>155</sup> Напротив, в сравнительном правоведении П. Легран с постмодернистской точки зрения отстаивает необходимость исследования внешних элементов правового порядка, стремясь показать отсутствие границы между внешним и внутренним и попутно критикуя аутопойетическую трактовку права за абсолютизацию автономии правовой системы, консерватизм и конформизм. <sup>156</sup>

<sup>152</sup> Legrand P. The Same and the Different. P. 282–283. — В данном случае судебная проверка означает главным образом пересмотр судами решений административных органов; принцип разумности, поясняет П. Легран, основан на представлении о судье как члене общества, а принцип пропорциональности определяет судью как представителя государственной власти (ibid. P. 283).

<sup>153</sup> Ibid. P. 282.

<sup>154</sup> Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 90–91.

<sup>155</sup> Соссюр де Ф. Труды по языкознанию. С. 61.

<sup>156</sup> Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 81–82. Fn. 57.

П. Легран отказывается размышлять о праве в категориях *объективности* и *истина*<sup>157</sup> и возражает против сведения правопорядка к *системе норм*.<sup>158</sup> Ошибка традиционной юриспруденции состоит в *позитивистской* сосредоточенности на писаных правилах (юридических текстах).<sup>159</sup> Отождествление правовой нормы с *должным* (приказом власти) остается поверхностным: любое юридическое правило отражает правовую культуру и представляет собой *тотальный социальный факт* (М. Мосс).<sup>160</sup> Юридическая область не ограничена наличными нормами, поэтому следует отвергнуть представление о праве как обособленной социальной подсистеме.<sup>161</sup> «Итак, я утверждаю, — разъясняет П. Легран, — что право просто не может быть постигнуто как совокупность аккуратно организованных правил, что “право” не тождественно “правилам” и действительно существует много “права” за пределами правил... Другими словами, сравнительное правоведение заведет юриста в тупик, если предполагается, будто знание права равнозначно знанию правил (а знание правил тождественно знанию права!). В своем стремлении к рациональности, предсказуемости, определенности, логичности и ясности большая часть сравнительно-правовой работы приобретает, следовательно, заметный антигуманистический оттенок».<sup>162</sup> Настоящая задача компаративиста заключается в объяснении мировоззрения участников правовой культуры, выявлении присущих им «глубинных структур правовой рациональности».<sup>163</sup>

Для демонстрации неисчерпаемой культурной обусловленности конкретного правопорядка П. Легран использует разработанное в философии Ж. Деррида понятие *следа (trace)*.<sup>164</sup> Точкой отсчета все же остается юридический текст (*law-text*), но последний понимается не как самодостаточная данность, составляющие которую слова и выражения нуждаются лишь в прилежном толковании в позитивистском (*логоцентрическом*) ключе ради беспроблемного правоприменения и систематизации, устранения пробелов и противоречий.<sup>165</sup> Напротив, текст состоит из множества переплетающихся нитей (ср. *текстиль*) из разных источников, превращающих

<sup>157</sup> «То, что некто называет “истинным”, предстает лишь как желаемое им истолкование» (Ibid. P. 120–128, P. 76). «Невозможно представить, — пишет Дж. Флетчер (G. Fletcher), — чтобы Франция следовала системе Птолемея, а Италия приняла бы систему Коперника», но праву присущи культурные особенности, а рассмотрение права с культурологической позиции исключает притязания на безусловную истину, будь то эмпирического или априорного (*normative*) характера (Ibid. P. 128).

<sup>158</sup> Legrand P. What Legal Transplants? P. 60.

<sup>159</sup> Legrand P. 1) European Legal Systems are not Converging // International and Comparative Law Quarterly. Vol. 45. N 1. January. 1996. P. 56–60; 2) Foreign Law: Understanding Understanding. P. 72–75.

<sup>160</sup> Legrand P. 1) European Legal Systems are not Converging. P. 57; 2) What Legal Transplants? P. 60. — А. Рилс замечает недостаточность аргументации: М. Мосс говорит о *тотальных социальных фактах* применительно к архаичным, но не современным, обществам (Riles A. Comparative Law and Socio-Legal Studies. P. 798). Подробнее см.: Мосс М. Общества. Обмен. Личность. Труды по социальной антропологии. М., 1996. С. 83–222.

<sup>161</sup> Legrand P. 1) European Legal Systems are not Converging. P. 58; 2) Foreign Law: Understanding Understanding. P. 115 («Не имеется ничего ни “правового” по своему существу, ни автоматически расположенного вне “правового”»).

<sup>162</sup> Legrand P. European Legal Systems are not Converging. P. 59–60.

<sup>163</sup> Ibid. P. 60–61.

<sup>164</sup> Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 78–84, 109–120. — О философии Ж. Деррида и постмодернизме в целом см.: Никоненко С. В. Современная западная философия. С. 388–415.

<sup>165</sup> Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 73–74.

данный текст в посредника между различными дискурсами. Они соединились в юридическом тексте, чтобы *говорить по-юридически* (*speak legally*). Текст не обладает автономией: контекст не противостоит тексту, но является составной частью последнего. Любой текст, в том числе юридический, *интертекстуален*, состоит из бесконечного количества *следов*, отсылающих к историческим событиям, политическим и социальным соображениям, прочим информации и обстоятельствам, повлиявшим на данный текст. Текст постоянно возникает из следов и исчезает в них. «Более того, — продолжает П. Легран, — каждый след достигает другого следа, который в свою очередь переплетен с другим следом, а последний пересекается с еще одним следом, поэтому последовательность следов должна рассматриваться с позиции структурной неопределенности. Например, французский закон 2004 г. [о запрете ношения в школах религиозных знаков или одежды] можно проследить [назад] до увеличившейся заметности и возросших притязаний ислама во Франции, которые могут быть прослежены до французской постколониальной политики, которая может быть прослежена до французской колониальной политики, все эти следы переплетаются со следом осознаваемой несовместимости французского республиканизма и ислама, а равно следом страха перед исламом (или исламофобии), которые в свою очередь могут быть прослежены до иммигранционных потоков, до возрождения исламских вооруженных формирований в Алжире, а также до “9/11” (не упоминая даже последующую террористическую атаку в Мадриде 11 марта 2004 г.). При всей внимательности всегда остается след прежде следа (*ever-nextness to the trace*), так что прослеживание (*tracing*) юридического текста может быть бесконечным».<sup>166</sup>

Иными словами, не имеется ни первоначала, ни абсолютного источника смысла. Нет никакого *чистого* права как такового, ибо благодаря следам *неправо* (история, политика, социальные факторы и пр.) присутствует внутри юридического текста. Любой текст всегда гетерогенен и включает в себя прошедшее. Поэтому истолкование или объяснение никогда не является исчерпывающим, некоторое содержание всегда остается нераскрытым и непрослеженным. Но не нужно опасаться недостижимости полного понимания: «В действительности сравнительно-правовые изыскания в гораздо большей степени нацелены на другость (*otherness*) (другой юридический дискурс и право другого), чем на правильность (*correctness*)».<sup>167</sup> Соответственно, нужно использовать в трудах по сравнительному (иностранному) праву неологизмы, иностранные слова или калькированные с чужого языка грамматические конструкции, чтобы избежать «сплошного одомашнивания иностранных текстов» (*seamless domestication of foreign texts*), тем самым напоминая читателю, что речь идет все же об *иностранном* праве.<sup>168</sup> *Голос другого* должен быть услышан, поэтому исследователю надлежит также прибегать к цитатам из иностранных источников: «Разве истинное сравнение заключается не в подборе цитат одной за другой?».<sup>169</sup>

Истолкование представляет собой одновременно конструирование, *изобретение* компаративистом юридического текста: текст таков, каким его видят, текст обретает смысл благодаря истолкованию.<sup>170</sup> Направление и глубина изучения зависят только от целей исследования, доступных

<sup>166</sup> Ibid. P. 79.

<sup>167</sup> Ibid. P. 82.

<sup>168</sup> Ibid. P. 153.

<sup>169</sup> Legrand P. The Same and the Different. P. 306.

<sup>170</sup> Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 88.

ресурсов, прочих ограничивающих обстоятельств, опыта, знаний и усмотрения компаративиста. Принципиально сохраняется возможность отличающегося истолкования, выявления в данном тексте иных следов. Объяснение никогда не тождественно исходному тексту, *окончательной* интерпретации не существует. С каждым новым истолкованием текст преодолевает приписанную ему в прежней интерпретации фиксированную сущность: непохожесть и своеобразие *другого* нельзя полностью объяснить и понять, но нужно принять и признать. Сравнительное правоведение подвержено *беспокойству неустранимой неопределенности*:<sup>171</sup> «Поскольку никакое понимание и описание не могут охватить иностранный юридический текст в целом, истолкование оказывается не только актом запоминания (смысл сохраняется), но и актом оплакивания и траура (некоторый смысл безнадежно потерян)». <sup>172</sup> Иными словами, посторонний наблюдатель может понять чужой юридический опыт, но это будет *другим* пониманием, отличным от понимания на стороне носителя этого опыта.<sup>173</sup>

Компаративист должен отвергнуть научный метод как «правильный, системный, заранее известный путь приближения к объекту». Раскрытие своеобразия чужого права требует *подчинения* исследователя изучаемому материалу, экспериментирования, искреннего внимания и личного контакта, непосредственного общения с *другим*, а также сознания этической ответственности: здесь нет ни научного метода, ни противостоящего ученому объекта.<sup>174</sup> Эмпирическая непроверяемость и неточность сравнительного правоведения препятствует *научообразным* выводам и рекомендациям — их можно скорее получить в офисах глобальных консалтинговых компаний, обслуживающих офшорный капитализм. Но неопределенность сравнительного права является «препятствием только для позитивиста, который жаждет ясных и определенных указаний, обычно свойственных компьютерным программам». <sup>175</sup> Напротив, подлинная сравнительно-правовая работа предполагает внимательное *вслушивание* (*hearkening*) в чужой юридический опыт, уважение к бесконечному своеобразию иностранного права, а следовательно, стремление выявлять различия.<sup>176</sup>

П. Легран требует от настоящего сравнительного правоведения (*различающего сравнения*) изучать конституирующие (создающие) право следы, в совокупности составляющие *культуру общества*, более конкретно, *правовую культуру*. Культура неотделима от права, иными словами, *право существует как культура*. Культурологический подход, пишет П. Легран, защищает *другого* от подавления его уникальности и своеобразия: «Компаративист, постигающий иностранное право с культурологической позиции, не может не утверждать дружость, тогда как компаративист, относящийся к иностранному праву позитивистским образом, не может не отрицать ее».<sup>177</sup>

Правовая культура включает в себя юридический язык, способы юридического мышления и аргументации, а также неоформленные ожидания,

<sup>171</sup> Ibid. P. 84.

<sup>172</sup> Ibid. P. 90.

<sup>173</sup> «Достаточно сказать, что мы понимаем *иначе* — *если мы вообще понимаем* (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (Ibid. P. 137 (со ссылкой на Х.-Г. Гадамера)). См. также: *Гадамер Х.-Г.* Истина и метод: основы философской герменевтики. С. 351.

<sup>174</sup> *Legrand P.* Foreign Law: Understanding Understanding. P. 145–146.

<sup>175</sup> Ibid. P. 113.

<sup>176</sup> Ibid. P. 87–89.

<sup>177</sup> Ibid. P. 110.



неосознанные предположения и изменчивые предпочтения участников культуры. В трактовке П. Леграна восприятие права как культуры направлено против универсализма и глобализации, потому что подчеркивает местное измерение правопорядка. При этом культура всегда находится в процессе становления (*ever-becoming*) и взаимодействия с другими культурами. Культура не является ни монолитной внутри себя, ни закрытой от воздействий со стороны, неправильно рассматривать культуры как бильярдные шары: «Очевидно, что правовая культура, как форма руководства (*form of governance*), не сводится к статической, линейной, тотальной, неизменной и идеализированной конфигурации. Разумеется, ссылка на “правовую культуру” не означает автоматического предпочтения целостности (*coherence*), не предполагает превращения культуры в обособленную силу (*reification*), не ведет к эссенциализму, не преувеличивает непохожесть, не исключает изменения во времени, не стирает индивидуальные особенности или протесты, которые могут оформляться в участии или неучастии в некоторых субкультурах, не фетишизирует идентичность, оказывающуюся таким образом вне критики, не преуменьшает самостоятельность участников культуры (*trivialize agency*) или значение индивидуального мышления, а также не характеризует защитников культуры как ограниченных консерваторов».<sup>178</sup> Однако неопределенность и эластичность культуры не бесконечны, потому что «культура функционирует как непрерывный объединяющий процесс, который со стороны иного опыта осознается на фоне существующих образцов, в рамках которых культура, в конечном счете, оформляется даже ценой уменьшения дисгармонии». Культура существует в повторяющейся и *подражающей* деятельности людей. Подобно прочим *организмам*, правовая культура «старается поддержать равновесие гомеостазиса в отношении к окружающей ее среде и увековечить саму себя посредством повторения: культура стремится преодолеть непослушание (*transgression*)».<sup>179</sup>

Существенная черта права как культуры состоит в его *укорененности* (*embeddedness*). Иными словами, правопорядок пронизан неправовой фактичностью, обусловлен местом и временем: право — всегда *право в ситуации* (*law-in-situation*). Поэтому на правовое регулирование нельзя взирать с *независимой* точки зрения: «Никакое право не может быть абсолютно хорошим или плохим, но право является хорошим или плохим для того или иного “сообщества”».<sup>180</sup> Соответственно, унификация не способна уменьшить юридическое разнообразие. Множество правопорядков не превращаются в один правопорядок посредством унифицированного правового регулирования (например, международной конвенции): глобальное право обречено на фрагментацию.<sup>181</sup> Универсализм — всегда *чей-то* универсализм. Так, хотя права человека являются ценностью, все же не существует *универсальных* прав человека: постановка вопроса о всемирных правах отражает лишь западную культурную позицию. На деле конструкция универсальных прав человека представляет собой продолжение европейского колониализма.<sup>182</sup>

<sup>178</sup> Ibid. P. 110–111.

<sup>179</sup> Ibid. P. 112.

<sup>180</sup> Ibid. P. 119.

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> Ibid. P. 133–134. — К. Дозинас (*C. Douzinas*): «Декларации прав человека остаются “чепухой на ходулях” (*nonsense on stilts*), пока они не переведены на язык культуры и права данного общества» (цит. по: Ibid. P. 148).

Основополагающими принципами сравнительно-правового подхода П. Леграна являются уважение и признание *другого* в его особенности и непохожести, независимости *другого* от наблюдателя, категорическое отрицание подчинения чужой культуры точке зрения, целям, познавательным категориям и предубеждениям исследователя. П. Легран искренне выражает этот настрой: «Я утверждаю, что сравнительно-правовые изыскания обязаны признавать, ценить и уважать неодинаковость (*alterity*). Без такого признания невозможна никакая этика. Другими словами, *raison d'être* сравнения лежит в отказе от национального высокомерия, отказе от культурных табу, в принятии и признании ценности различий и в настойчивом выявлении непохожих голосов — пока сам исследователь (*self*) не будет в самом деле готов посмотреть на себя глазами *другого* (*being othered by otherness*) (сохранен курсив оригинала. — В. С.)». <sup>183</sup> Однако требование уважения к другому сохраняет силу только в том случае, если другой отвечает взаимностью и сам готов признавать, а не подавлять, неодинаковость: нацистский режим не достоин уважительного отношения. <sup>184</sup>

«Мы можем сказать, — отмечает Р. Коттеррелл, — что основное предупреждение, которое многие культурологические исследователи сравнительного права хотят передать с помощью акцента на правовой культуре, состоит в следующем: продлите ваше замешательство (*prolong your puzzlement!*), не переходите к легким или удобным заключениям о сущности иностранного права и тех, кто применяет его; и никогда не пытайтесь объяснить иностранные законы и общества, используя критерии, которые отражают лишь ваш собственный культурный опыт». <sup>185</sup> Приведенные слова в равной мере относятся как к аналитическому, так и холистическому направлению современного культурологического сравнительного правоведения. Все же бесконечное своеобразие и внутренний мир чужой правовой культуры *очаровывают* большей частью представителей именно второго из указанных течений. Гуманистическая ориентация на защиту *другого* предопределяет фокус на различиях, непохожести и утверждении непознаваемости чужой правовой культуры. Но холистический подход к культурному измерению правопорядка имеет и негативную сторону. Она состоит в допущении односторонних и бездоказательных выводов, а равно в выдвигании на первый план иррациональных усилий по постижению правовой культуры, что угрожает сместить работу из области науки в область идеологии и мифологии. <sup>186</sup> Эта опасность проявилась в ряде трудов славянофильского настроения, написанных некоторыми современными российскими учеными-юристами в области правовой культуры и сравнительного права.

Окончание следует

<sup>183</sup> Legrand P. The Same and the Different. P. 284.

<sup>184</sup> Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 146.

<sup>185</sup> Cotterell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 723.

<sup>186</sup> Samuel G. Epistemology and Comparative Law. P. 77.

---

---

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

---

---

# ПРАВОВЕДЕНИЕ

---

**2014**

НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ  
ОСНОВАН В ОКТЯБРЕ 1957 г.

**3 (314)**

---

ПЕЧАТНЫЙ ОРГАН УМО ПО ЮРИДИЧЕСКОМУ ОБРАЗОВАНИЮ ВУЗОВ РФ



ИЗДАТЕЛЬСТВО  
САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКОГО УНИВЕРСИТЕТА

## СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО И КУЛЬТУРА: РАЗМЫШЛЕНИЯ О КУЛЬТУРНОМ ИЗМЕРЕНИИ ПРАВОПОРЯДКА\*

В. А. СЛЫЩЕНКОВ\*\*

В статье излагаются основные методы современного культурологического сравнительного правоведения, а также предпринимается сравнительное исследование российской правовой культуры применительно к свободе как юридической ценности. Аналитический и холистический подходы к изучению правовых культур представляют собой два конкурирующих направления культурологического сравнительного правоведения. В российской юридической доктрине холистический подход проявляется в основном в различных работах славянофильского толка. Напротив, в данной статье в русле аналитического подхода и с использованием достижений либертарно-юридического правопонимания правовая культура рассматривается как обособленная область общей культуры, опирающаяся на юридические ценности равенства и свободы. Изучение права как культурного явления вовсе не отрицает универсальность правовых принципов, например, прав и свобод человека, но сосредоточивает внимание на своеобразной конкретизации правовых принципов в условиях данной культуры. Поиск точек соприкосновения между правовым началом равенства в свободе и традициями российской духовной культуры предполагает обращение к проблематике правового общения, в особенности на межличностном уровне. Достигнутое посредством правового общения взаимное признание подчеркивает чувственную составляющую правового общения, показывает участника правоотношения не только как самодостаточное лицо (единичную свободную волю), но и как личность, которая нуждается в общении с другим. В этих рамках намечаются основные контуры лично ориентированной трактовки правовой культуры. Для межличностного взаимодействия участников правового общения характерны взаимность и доверие, т. е. объединяющее чувство правовой дружбы. В дружбе человек остается свободным. Предпринятая в настоящей статье



Слыщенко  
Владимир Александрович,  
кандидат юридических наук,  
доктор права, заведующий  
кафедрой сравнительного права  
факультета права Московской  
высшей школы социальных  
и экономических наук (МВШСЭН)

\* Окончание. Начало статьи см.: Правоведение. № 2. 2014 г.

\*\* Slyshchenkov Vladimir Aleksandrovich — candidate of legal sciences, Ph. D. in Law, Head of the Department of Comparative Law of the Law Faculty of the Moscow High School of Social and Economic Sciences (MSSSES).

E-mail: vaslys@hotmail.com

© Слыщенко В. А., 2014

социально-психологическая разработка либертарно-юридической теории приводит к определению правопорядка как минимума дружбы.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** сравнительное правоведение, правовая культура, юридический позитивизм, либертарно-юридическая теория права, правовая дружба, лицо, личность.

**SLYSHCHENKOV V. A. COMPARATIVE LAW AND CULTURE: THOUGHTS ON CULTURAL DIMENSION OF THE LEGAL ORDER**

The article explains the principle methods of modern cultural comparative jurisprudence and performs a comparative study of the Russian legal culture with respect to freedom as a legal value. Analytic and holistic approaches to studies of legal cultures represent two competitive directions of the cultural comparative jurisprudence. In the Russian legal doctrine the holistic approach manifests itself mostly in various researches of the Slavophil trend. On the contrary, on the basis of the analytic approach and achievements of the libertarian theory of law, this article views legal culture as a separate sphere of general culture founded upon legal values of equality and freedom. Studying law as a cultural phenomenon in no way denies the universal character of the legal principles, such as human rights and freedoms, but rather focuses on a unique concretization of the legal principles in the environment of the given culture. The search for points of contact between the legal concept of equality in freedom and traditions of the Russian spiritual culture requires addressing the issues of legal communication, especially at the interpersonal level. Mutual recognition which is achieved through legal communication emphasizes the sensual component of the legal communication and shows a participant of a legal relation not only as an independent person (individual free will) but also as a personality who needs communication with another one. This framework outlines a personality oriented understanding of a legal culture. Interpersonal interaction between participants of the legal communication is characterized by reciprocity and trust, in other words, by the joining feeling of a legal friendship. An individual in friendship remains free. The socio-psychological development of the libertarian theory of law in this article leads to a definition of a legal order as a minimum of friendship.

**KEYWORDS:** comparative law, legal culture, legal positivism, libertarian theory of law, legal friendship, person, personality.

---

## ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА В СВЕТЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИХ ПОДХОДОВ

Культурологические изыскания и исследования, предпринимаемые в настоящее время в российской юридической доктрине, показывают, что как аналитический, так и холистический подход к правовой культуре в значительной степени определяется взглядами на природу права.<sup>1</sup> Автономия правовой системы и относительная независимость права от других областей социальной жизни постулируются в рамках либертарно-юридической теории права,<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> О правопонимании как парадигме познания права и теоретико-методологическом подходе к «формированию образа права и пониманию сущности права» см.: *Лапаева В. В.* Типы правопонимания: правовая теория и практика. Монография. М., 2012. С. 28.

<sup>2</sup> *Нерсесянц В. С.* 1) *Общая теория права и государства.* Учебник для юридических вузов и факультетов. М., 1999; 2) *Философия права.* Учебник. М., 2011. — См. также: *Ковлер А. И.* *Антропология права.* Учебник для вузов. М., 2002. — Ср. в некотором отношении близкую либертарно-юридической теории предпринятую М. Б. Смоленским

неолиберальной юридической доктрины,<sup>3</sup> естественно-правовых воззрений,<sup>4</sup> а также юридического позитивизма в распространенной легистской интерпретации<sup>5</sup> или в коммуникативной трактовке.<sup>6</sup> Указанные теоретические позиции позволяют рассматривать правовую культуру обособленно от общей культуры и предметно изучать взаимодействие между правовой культурой и другими сторонами культуры общества. Это характерно для аналитического подхода к правовой культуре. Вместе с тем социологический фокус на проблематике цивилизации и культуры,<sup>7</sup> а также религиозных и исторических особенностях<sup>8</sup> размывает границу между правом и прочими сферами общественных отношений, изображая право и правовую культуру как непосредственное отражение и прямой результат общей культуры и цивилизационных условий. На этой почве формируется холистическое направление в изучении правовой культуры.

Понимание культуры как совокупности воплощенных ценностей<sup>9</sup> получает продолжение в *либертарно-юридической трактовке* правовой культуры как достигнутого уровня развития правовой жизни людей.<sup>10</sup> В отличие от естественно-правовых учений либертарно-юридическая теория не противопоставляет право закону, но рассматривает право как объективное (не зависящее от произвола власти) содержание законодательства: «Право — это соответствующая требованиям принципа формального равенства система норм, установленных или санкционированных государством и обеспеченных возможностью государственного принуждения».<sup>11</sup> В рамках либертарно-юридической теории правовой принцип формального равенства (триединство равной меры, свободы и справедливости) представляет собой результат осмысления всех наличных законодательных положений как *одной нормы*.<sup>12</sup> Общеобязательность закона предполагает равенство перед законом, ведь в противном случае к одним гражданам

---

лично ориентированную разработку правовой культуры: Смоленский М. Б. Правовая культура: опыт социокультурного анализа. Ростов/Д., 2002.

<sup>3</sup> Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства. Учеб. пособие. М., 2003. — Характеристику развиваемой В. А. Четверниным теории права как неолиберального естественно-правового учения см. в: Лапаева В. В. Типы правовопонимания. С. 377, 383.

<sup>4</sup> Абдулаев М. И. Теория государства и права. Учебник для высших учебных заведений. СПб., 2010.

<sup>5</sup> Радько Т. Н. Теория государства и права. Учебник. М., 2011; Макуев Р. Х. Теория государства и права. Учебник. М., 2010; Енгибарян Р. В., Краснов Ю. К. Теория государства и права. Учеб. пособие. М., 2007; Зинковский С. Б. Правовые культуры. Монография. М., 2009.

<sup>6</sup> Поляков А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004.

<sup>7</sup> Лукашева Е. А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. М., 2009; Лафитский В. И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. I, II. М., 2010–2011. — См. также: Гинс Г. К. Право и культура. М., 2012; Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов. М., 1999.

<sup>8</sup> Синюков В. Н. Российская правовая система: введение в общую теорию. М., 2010.

<sup>9</sup> Леонтьев Д. А. Ценность как междисциплинарное понятие: опыт многомерной реконструкции // Вопросы философии. 1996. № 4. С. 23.

<sup>10</sup> Политико-правовые ценности: история и современность / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2000. С. 6; Нерсесянц В. С. 1) Общая теория права и государства. С. 272–274; 2) Философия права. С. 78–79, 84–89.

<sup>11</sup> Нерсесянц В. С. Философия права. С. 54.

<sup>12</sup> Там же. С. 76.

будет применяться один закон, а к другим — другой. Несоблюдение принципа формального равенства приводит к саморазрушению законодательства, потому что появляются два или более закона по одному предмету, ни один из которых не обязателен для всех. Итак, только правовой закон является истинным законом.<sup>13</sup>

Законы и государство относятся к особым явлениям социальной действительности, образуют отдельную сферу общественных отношений, поэтому законодательство *как таковое* не может не обладать собственной сущностью, своим понятием.<sup>14</sup> Либертарно-юридическая теория нацелена на выявление природы позитивного права, которая постигается здесь в форме *понятия права*.<sup>15</sup> Эта гносеологическая позиция составляет подлинно научную точку зрения: поиск истины предмета в объективных характеристиках и свойствах изучаемого предмета является принципом научного познания.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Неправовой закон можно называть законом только по аналогии внешних признаков, однако по сути дела он является лишь *приказом власти* — манифестацией силы, а не права. Подобным образом не связанная правовыми законами организация публичной власти представляет собой деспотию, а не государство (Там же. С. 56. — См. также: *Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсеянца. М., 2006. С. 532–540*). Показательно, что, несмотря на исходные позитивистские установки, Ж. Л. Коулман признает отличие закона от произвола суверена: «Морально привлекательное свойство закона (*law*) состоит в *его внутреннем потенциале осуществить или утвердить идеал управления*... По идее закона ограничения предписаны не только управляемым, но и правителю. Несомненно, правовая система может быть неэффективной в части ограничения осуществления правителем своей власти, может быть даже установлено, что закон не будет предусматривать никаких ограничений; но если правитель осуществляет исключительно произвольную власть (*arbitrary power*), он или она не управляют посредством закона (*law*). Закон предполагает некую взаимность между правителем и управляемыми. Законодательные правила (*legal rules*) как таковые являются всеобщими по области действия и применению, известными заранее и исполнимыми. Эти черты показывают, что закон — возможно, в очень сдержанном и ограниченном смысле — обращается с управляемыми как автономными субъектами (*autonomous agents*), способными к принятию решений и поступающими разумным образом. Это нормативное отношение между правителем и управляемыми на основе закона является с моральной точки зрения предпочтительным по сравнению с иными вариантами (т. е. управлением силой и страхом. — В. С.), и это внутреннее свойство закона объясняет, почему слово “закон” в нашем нормативном дискурсе связано с понятием одобрения (*functions as a predicate of commendation*) (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (*Coleman J. L. Methodology // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / ed. by J. Coleman, S. Shapiro. Oxford, 2011. P. 330–331*). — В позитивистской трактовке Ж. Л. Коулмана указанное отличие закона от произвола власти расценивается как моральное качество закона, внешнее научному понятию закона (*Ibid.* P. 332–333).

<sup>14</sup> В русле диалектического метода законодательные правила не рассматриваются здесь как случайная «совокупность единичных явлений», но представляют собой «относительно замкнутую систему... конкретный, исторически развивающийся по своим законам единый организм» (*Ильенков Э. В. Диалектика абстрактного и конкретного в «Капитале» Маркса. М., 2011. С. 89*).

<sup>15</sup> *Нерсеянц В. С. Философия права. С. 94.*

<sup>16</sup> «Каждая наука отражает в своих категориях лишь специфические формы и закономерности конкретной системы взаимодействующих явлений, составляющей ее специальный предмет, и абстрагируется от всего остального, несмотря на то что без этого “остального” ее предмет изучения невозможен и немыслим» (*Ильенков Э. В. Диалектика абстрактного и конкретного в «Капитале» Маркса. С. 94*).

Понятие права — общеобязательная система норм равенства, свободы и справедливости<sup>17</sup> — становится также целью, которая реализуется в позитивном законодательстве,<sup>18</sup> ибо вообще понятие — как содержание, сохраняющее себя в осуществлении, — есть цель.<sup>19</sup> С этой точки зрения право предстает одним из *общественных идеалов* — «выработанных общественным сознанием и присутствующих в нем обобщенных представлений о совершенстве в различных сферах общественной жизни».<sup>20</sup> Согласно либертарно-юридической теории идеал права не довлеет над законом и законодателем как внешнее требование, как отвлеченное и оторванное от действительности построение. Напротив, должное (ценность) выводится из сущего: осмысление позитивного законодательства в его ценностном измерении обнаруживает значение права как безусловного ориентира законодательной деятельности. Поэтому закон должен быть правовым.<sup>21</sup> Благодаря особым правовым ценностям правовая культура обособляется от общей культуры, юридическая область обретает свои собственные идеалы. Этот подход согласуется с культурологическими выводами о неоднородности культуры.<sup>22</sup>

\* \* \*

*Юридический позитивизм*, другое течение российской юридической доктрины, следует в русле философского позитивизма, для которого характерны отрицание объективной реальности субстанции — самодостовенной сущности и первопричины изменчивых явлений,<sup>23</sup> и сопутствующая сосредоточенность на описании отдельных фактов окружающего мира.<sup>24</sup> Поиск сути наличного бытия предполагает обособление данной системы взаимосвязанных явлений, которая выступает в качестве самостоятельного предмета научного изучения, от прочих явлений.<sup>25</sup> Поэтому

<sup>17</sup> *Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 54.

<sup>18</sup> Там же. С. 87.

<sup>19</sup> *Гегель Г. В. Ф.* Философия религии. В 2 т. Т. 2. М., 1977. С. 69.

<sup>20</sup> *Леонтьев Д. А.* Ценность как междисциплинарное понятие. С. 22.

<sup>21</sup> *Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 87–88.

<sup>22</sup> *Лотман Ю. М.* Семиосфера. С. 576–580.

<sup>23</sup> «Для позитивизма во всех его исторических разновидностях характерно последовательное неприятие категории субстанции как объективной категории» (*Ильенков Э. В.* Философия и культура. М., 1991. С. 343). См. также: *Современный субъективный идеализм.* Критические очерки / под ред. М. П. Баскина и М. Ш. Бахитова. М., 1957. С. 140–286.

<sup>24</sup> С. В. Никоненко следующим образом характеризует родственную позитивизму современную аналитическую философию: аналитический метод «предполагает хорошо наработанную логическую технику... направленную на уточнение, детализацию и максимально конкретное решение проблем... Аналитики не строят систем; они рассматривают проблемы по очереди и делают осторожные обобщения и предложения их решения. Дух универсализма всегда был чужд аналитическим философам; и они настойчиво относились ко всем общим теориям универсума, познания и социума. Аналитический метод направлен, прежде всего, на определение и уточнение значения любого высказывания, а также на выработку адекватного языка для решения как можно большего числа философских проблем (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (*Никоненко С. В.* Современная западная философия. С. 134). Об аналитической философии см.: *Грязнов А. Ф.* Феномен аналитической философии в западной культуре XX столетия // Вопросы философии. 1996. № 4. С. 37–47.

<sup>25</sup> Э. В. Ильенков поясняет на примере марксистской диалектики: «Трудность всегда заключается не в том, чтобы «свести» то или иное явление в сфере права или



игнорирование юридическим позитивизмом объективных сущностных свойств закона (иными словами, отождествление права и принудительных правил поведения) равнозначно отказу рассматривать совокупность позитивно-правовых (законодательных) норм как относительно независимую систему, направляемую собственными принципами. Действительно, легистская трактовка закона как инструмента принуждения и формы насилия открывает дорогу разрушающему любую систему норм произволу со стороны власти имущих.<sup>26</sup> Также присутствующая в юридическом позитивизме социологического толка гипотеза *правового плюрализма* — допущение множества конкурирующих правопорядков внутри одного общества — недооценивает отличия позитивного права (государственного законодательства) как особой системы норм.<sup>27</sup>

Поскольку юридический позитивизм, отрицая реальность права как субстанции, ограничен юридической областью, не касается других сфер социальной жизни, постольку он может сосуществовать с непозитивистской философией: антипозитивистская марксистская философия (в советской интерпретации) стала основой *советского легизма* — одной из версий юридического позитивизма.<sup>28</sup> В данном случае диалектический метод сосредоточивается на экономической сфере, при этом право как часть *надстройки*, которая всегда обусловлена экономическим базисом, остается без надлежащего внимания. Это пренебрежение диалектической разработкой правовой материи представляет собой непоследовательность в применении диалектического метода при изучении общественных отношений. В итоге при активном содействии тоталитарной советской власти правоведение становится жертвой позитивизма.<sup>29</sup> Впрочем, поверхностность юридического позитивизма, нежелание заглянуть вглубь явлений, отказ от познания объективной природы закона<sup>30</sup> даже в советское время выглядели подозрительно с точки зрения диалектической философии.<sup>31</sup>

---

искусства к его экономической причине. Это не так трудно сделать. Но это не есть исторический материализм. Марксистская философия вообще стоит не на точке зрения “сведения”, а на точке зрения “выведения”, т. е. в каждом конкретном случае она требует понять, почему данный сдвиг в экономике отразился в политике или искусстве так, а не как-нибудь иначе. Но такая задача предполагает теоретическое понимание той специфической природы, через которую преломляется, отражаясь в ней, экономический сдвиг. Каждая из “надстроечных” сфер деятельности общественного человека должна быть понята и раскрыта как система исторически сложившихся конкретно специфических для нее форм отражения экономики» (*Ильенков Э. В.* Диалектика абстрактного и конкретного в «Капитале» Маркса. С. 98–99).

<sup>26</sup> Подробнее см.: *Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 20–23, 89–91, 381–385. — О неспособности юридического позитивизма противостоять тоталитарной власти см.: Там же. С. 742–743 (со ссылкой на Г. Радбруха).

<sup>27</sup> О правовом плюрализме в свете коммуникативной теории права см.: *Поляков А. В.* Общая теория права. С. 507–526. — О размывании национальной (государственной) основы современного права см.: *Glenn H. P.* The Nationalist Heritage // *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. P. 87–99.

<sup>28</sup> О советском легизме см.: *Поляков А. В.* Общая теория права. С. 353–385. — О видах юридического позитивизма см.: *Варламова Н. В.* Юридический позитивизм и права человека // *Общественные науки и современность*. 2008. № 1. С. 156–166.

<sup>29</sup> Подробнее см.: *Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 353–385.

<sup>30</sup> Там же. С. 91.

<sup>31</sup> По-видимому, рассуждения Э. В. Ильенкова об экономических (фактических) отношениях, которые «объективно» нуждаются в правовой охране (*Ильенков Э. В.* Диалектика абстрактного и конкретного в «Капитале» Маркса. С. 99–100), представляют собой попытку подвести под закон более твердую почву, чем произвол законодателя.

Действительно, в противоположность советскому легистскому подходу классический диалектический материализм различал право и закон.<sup>32</sup>

Изложению вопроса о правовой культуре с позиций юридического позитивизма следует предпослать несколько слов о типологии правопонимания, классификации парадигм и общих подходов к изучению права. Вопрос о сущностных свойствах закона разделяет непреодолимой пропастью два типа правопонимания: *субстанциальный* и *позитивистский*.<sup>33</sup> К субстанциальному типу правопонимания относятся либертарно-юридическая теория и различные естественно-правовые учения, утверждающие право в качестве не зависящей от позитивного закона (и любых иных обеспеченных принуждением правил поведения) *объективной реальности*, при этом право трактуется как ориентир для законодательной деятельности, ведется поиск сущности закона — *каким должно быть содержание закона*.<sup>34</sup> Напротив, позитивистский тип правопонимания допускает реальное существование только наличных законодательных правил и иных обеспеченных принуждением норм, которые вмещают любое содержание, тем самым отождествляет право и закон (приказ власти), отрицает подчиненность законодателя каким-либо требованиям объективного характера.<sup>35</sup>

Противоположность субстанциального и позитивистского правопониманий подробнее разъясняется с помощью проведенного Г. Кельзеном различия между *статическими* и *динамическими* нормативными системами. В статических нормативных системах действительность данной нормы зависит от содержания этой нормы, которое логически выводится из более высокой нормы и далее вверх до высшей нормы (основной нормы). Напротив, динамические нормативные системы восходят к основной норме, которая устанавливает порядок создания норм, «ограничивается делегированием нормотворческой власти» в пользу какой-либо инстанции, указывает на «нормотворческий фактор», например, обычай, но не определяет содержание нижестоящих норм. Иными словами, в динамической нормативной системе содержание данной нормы нельзя вывести из содержания основной нормы посредством логической операции (хотя такое выведение может допускаться между данной нормой и более высокой нормой, но не основной нормой). Следовательно, в конечном счете, действительность нормы зависит не от ее содержания, а от соблюдения предписанного порядка создания нормы.<sup>36</sup> «Нормативная система, которая представляет себя в качестве правопорядка, — продолжает Г. Кельзен, — имеет в основном динамический характер. Правовая норма действительна не потому, что она имеет определенное содержание, т. е. не потому, что ее содержание можно вывести логическим путем из содержания постулируемой основной нормы, а потому, что она создана определенным (в конечном счете предусмотренным основной нормой) способом. Поэтому и только поэтому она принадлежит к правопорядку, нормы которого созданы в соответствии с этой основной нормой. Следовательно, всякое произвольное

<sup>32</sup> Подробнее см.: *Нерсесянц В. С.* Право и закон. Из истории правовых учений. М., 1983. С. 330–350.

<sup>33</sup> Ср. аналогичные классификации: *юридический* и *легистский* типы правопонимания (*Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. С. 28); *метафизическое* и *позитивистское* правопонимание (*Лапаева В. В.* Типы правопонимания. С. 31–37).

<sup>34</sup> Подробнее см.: *Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 23–30.

<sup>35</sup> Подробнее см.: Там же. С. 20–23.

<sup>36</sup> *Чистое* учение о праве Ганса Кельзена. Сб. переводов. Вып. 1 / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович. М., 1987. С. 104–106.

содержание может быть правом. Не существует человеческого поведения, которое как таковое — в силу своего содержания — заведомо не могло бы составлять содержание правовой нормы». <sup>37</sup> Итак, чистое учение Г. Кельзена и в целом юридический позитивизм представляют законодательство в качестве динамической нормативной системы, включающей в себя нормы любого содержания, которые могут предписывать подчиненным субъектам любые права или обязанности.

Этот постулат юридического позитивизма лишает закон сущности. Закон всегда имеет *определенное содержание*: отдельная норма устанавливает, *что именно* согласно этой норме разрешено или запрещено делать. В этой определенности предмета регулирования состоит момент *позитивности* права. <sup>38</sup> Таким образом, с юридической точки зрения закон (приказ власти) нельзя мыслить в отрыве от его содержания. Вообще понятие вещи, ее сущность реализуются и проявляются в конкретных определениях, наблюдаемых формах и отношениях этой вещи. <sup>39</sup> Следовательно, сущность закона не может допускать любое содержание закона. Ведь в противном случае сущность оказывается неспособной определять содержание позитивного права, она теряет связь с отдельными правилами поведения, содержание которых перестает быть конкретизацией, *проявлением* этой сущности. Поэтому ни порядок создания, ни принудительность нормы не есть сущность нормы, ссылками на эти моменты юридический позитивизм лишь *описывает признаки* правил, но не разъясняет их сущность. <sup>40</sup>

Тем самым позитивистское правоповедение не предназначено для критики и *оценки* действующего права с безусловной, объективной позиции (впрочем, учитывающей своеобразные обстоятельства данного места и времени). <sup>41</sup> Здесь возможны только относительная критика, только случайные и субъективные возражения, которым всегда могут быть противопоставлены соображения, оправдывающие содержание действующего права. «Поскольку нормы, — отмечает Г. Кельзен, — установлены актами человеческой, а не надчеловеческой воли, то выразившиеся в этих нормах ценности произвольны. Другими актами человеческой воли могут быть созданы другие нормы, противоречащие первым и конституирующие другие ценности, противоположные первым. “Хорошее” согласно этим другим нормам и соответствующим им ценностям может оказаться “дурным” согласно первым. Поэтому нормы, установленные людьми... составляют лишь *относительные* ценности (сохранен курсив оригинала. — В. С.)». <sup>42</sup> В этой трактовке позитивное право рассматривается как средство и инструмент достижения любых произвольных целей, позитивно-правовые нормы обслуживают потребности и интересы составителей законов. С легистской точки зрения ценность позитивного права можно понимать двояко: во-первых, закон представляет собой ценность независимо от содержания, потому что является *нормой*, формой должествования, потому что обладает официальной общеобязательностью; <sup>43</sup> во-вторых, закон

<sup>37</sup> Там же. С. 106. — См. также: *Чистое учение о праве* Ганса Кельзена. Сб. переводов. Вып. 2 / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович. М., 1988. С. 70–74, 159–160.

<sup>38</sup> *Гегель Г. В. Ф.* *Философия права*. М., 1990. С. 61–67.

<sup>39</sup> *Ильенков Э. В.* *Философия и культура*. С. 320–339.

<sup>40</sup> Подробнее см.: *Нерсисянц В. С.* *Философия права*. С. 89–91.

<sup>41</sup> Об историческом развитии правовых ценностей, наполнении правовых ценностей новым содержанием см.: Там же. С. 88–89.

<sup>42</sup> *Чистое учение о праве* Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 15.

<sup>43</sup> *Нерсисянц В. С.* *Философия права*. С. 80.

признается ценностью, если содержание закона выражает интересы людей.<sup>44</sup> В первом случае ценность является первичной и самодостаточной, но относится скорее к области силы, а не права, иначе говоря, не является юридической ценностью.<sup>45</sup> Во втором случае ценность выводится из потребности людей, а поэтому представляет собой одно из измерений потребности и интереса, следовательно, не есть ценность в полном смысле.<sup>46</sup>

В более конкретном плане легизм и вообще юридический позитивизм не допускают *перехода от законности к обоснованности* при изучении действующего права.<sup>47</sup> Тем самым любая оценка и ценностные суждения о позитивном законодательстве объявляются ненаучными.<sup>48</sup> Альфой и омегой юридического позитивизма остаются наличные правовые нормы: *правовых ценностей* не существует. Но в рамках понимания культуры как совокупности воплощенных ценностей<sup>49</sup> утрата ценностей означает исчезновение культуры. Юридический позитивизм подменяет правовую культуру *культурой обращения с правилами поведения* в процессе их создания и применения, включая, среди прочего, состояние и навыки законотворческой работы, распристраненность и качество знаний граждан о действующем праве, уровень законопослушности.<sup>50</sup> Эта сосредоточенная на позитивном законодательстве культура представляет собой обособленную часть общей культуры, однако лишена правовых ценностей — сущностных свойств права в качестве должного. Отрицание юридическим позитивизмом ценностного измерения правопорядка не способствует преодолению *правового нигилизма*.<sup>51</sup>

---

<sup>44</sup> Интересы могут отражаться в моральных или нравственных предписаниях, которые иногда защищаются законом, несмотря на то что разные люди или группы людей придерживаются различной морали и нравственности. С учетом этого обстоятельства указанная двойная ценность закона поясняется следующим высказыванием Г. Кельзена: «В... относительном смысле всякое право морально; всякое право составляет (относительную) моральную ценность... Ведь право составляет ценность как раз *потому*, что оно есть норма: оно составляет *правовую ценность*, которая в то же время есть (относительная) моральная ценность; а это значит только то, что право есть норма (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (*Чистое учение о праве* Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 48).

<sup>45</sup> См. также: *Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 786.

<sup>46</sup> Об оппозиции утилитаристского подхода к ценностям (ценности — выражения потребностей) и объективной трактовки ценностей как несводимой к потребностям особой реальности (ценности не обслуживают интересы, но существуют ради самих себя) см.: *Леонтьев Д. А.* Ценность как междисциплинарное понятие. С. 17–18.

<sup>47</sup> Ж. Л. Коулман объясняет позицию позитивистской правовой науки: «Проект описательной юриспруденции... не предпринимается с целью оправдать переход от законности к обоснованности (*an inference from legality to legitimacy*). Если такой переход получает оправдание, то это происходит на основе содержательных (*substantive*) (т. е. моральных. — В. С.), а не научных (*conceptual*) и логических соображений» (*Coleman J. L. Methodology*. P. 313 (со ссылкой на Г. Харта)).

<sup>48</sup> *Лапаева В. В.* Типы правопонимания. С. 44–45.

<sup>49</sup> *Леонтьев Д. А.* Ценность как междисциплинарное понятие. С. 23.

<sup>50</sup> Позитивистскую трактовку правовой культуры см. в: *Радько Т. Н.* Теория государства и права. С. 626–631; *Енгибарян Р. В., Краснов Ю. К.* Теория государства и права. С. 524–531. — Ср. также: «Девизом правовой культуры личности могут быть слова: “Знать, чтобы соблюдать”. Правовая культура личности содержит такие компоненты, как правовая образованность, в содержание которой входят правосознание, умения и навыки по исполнению права, подчинение личного поведения требованиям юридических норм, умение пользоваться современными технологиями обмена правовой информацией» (*Макуев Р. Х.* Теория государства и права. С. 422).

<sup>51</sup> О правовом нигилизме см.: *Лапаева В. В.* Социология права. М., 2000. С. 196–197.

\* \* \*

Ощущение неполной удовлетворительности и недостаточной теоретической состоятельности легистской доктрины способствовало возникновению в середине XIX в. социологических правовых теорий. Последние опирались в исследовании права на различные социологические соображения и наработки, но при этом оставались в русле позитивистского подхода.<sup>52</sup> Равным образом в настоящее время легизм не является единственной версией юридического позитивизма: в российском правоведении заявила о себе *коммуникативная теория права*, относящаяся к постклассическим юридическим учениям социолого-позитивистского толка.<sup>53</sup>

Коммуникативная теория права подчеркивает принадлежность права социальной действительности, повседневному *жизненному миру* каждого человека.<sup>54</sup> «Право, — продолжает А. В. Поляков, — можно описать как многомерную психосоциокультурную коммуникативную систему, самоорганизующуюся социальную реальность».<sup>55</sup> Право приобретает здесь следующие особые черты: во-первых, как специфическое отношение между правовыми субъектами право обладает коммуникативной природой; во-вторых, правовое регулирование предполагает права и обязанности субъектов; в-третьих, правовые нормы признаны обществом; в-четвертых, исполнение правовых норм обеспечивается принуждением.<sup>56</sup> Поэтому определение права гласит: «Право [есть]... основанный на социально признанных и общеобязательных нормах коммуникативный порядок отношений, участники которых взаимодействуют путем реализации своих прав и обязанностей».<sup>57</sup> Право трактуется как своеобразная коммуникация между людьми, основанная, по всей видимости, на коде *правомочие/отсутствие правомочия*,<sup>58</sup> — подобным образом Г. Тойбнер, другой приверженец коммуникативной трактовки права, видит отличие права от иных социальных дискурсов в применении кода *законное/незаконное*.<sup>59</sup> Позитивистская направленность коммуникативной теории права представляется очевидной: ни указанный код правовой коммуникации, ни социальное признание правовой нормы (понимаемое как осуществление предписанных нормой прав и обязанностей в коммуникациях между людьми)<sup>60</sup> не включают в себя критерия оценки *содержания* правовой нормы с объективной точки зрения.<sup>61</sup>

<sup>52</sup> Подробнее см.: *Лапаева В. В.* Типы правопонимания. С. 60–77.

<sup>53</sup> Обзор коммуникативного подхода к праву см.: Там же. С. 203–218. — Общие сведения о постклассической юриспруденции см.: *Честнов И. Л.* Постклассические критерии научности юридической теории // Стандарты научности и *homo juridicus* в свете философии права. С. 62–68. — Критику постклассических правовых воззрений см.: *Варламова Н. В.* Российская теория права в поисках парадигмы // Журнал российского права. 2009. № 12. С. 68–84.

<sup>54</sup> *Поляков А. В.* Общая теория права. С. 272.

<sup>55</sup> Там же. С. 277–278 (сноски внутри цитаты опущены).

<sup>56</sup> Там же. С. 296–318.

<sup>57</sup> Там же. С. 296–297.

<sup>58</sup> Там же. С. 282–283.

<sup>59</sup> *Teubner G.* The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. P. 1451.

<sup>60</sup> *Поляков А. В.* Общая теория права. С. 303, 503.

<sup>61</sup> См. также: *Варламова Н. В.* Критерии научности юридического знания // Стандарты научности и *homo juridicus* в свете философии права. С. 57. — Убедительным подтверждением вывода о бессодержательности требования социального признания правовой нормы, невозможности ссылкой на это требование преодолеть позитивистский

Некоторые сопоставления с другими известными теоретическими подходами к изучению права могут способствовать лучшему прояснению характера данного учения. Прежде всего обращает на себя внимание родство коммуникативной теории права с *широким правовопониманием* — советской позитивистской доктриной, в противовес *узконоORMATивному подходу к праву* сосредоточенной на теоретическом исследовании правоотношений, субъективных прав и обязанностей, иными словами, стремившейся определять право через *динамику правовых норм*.<sup>62</sup> Кроме того, поскольку коммуникативная теория права признает *социокультурные ценности* (такие как мораль или нравственность) особыми факторами действительности и действительности права,<sup>63</sup> эта теория является разновидностью *умеренного юридического позитивизма*.<sup>64</sup>

взгляд на наличные правовые нормы является следующее обстоятельство: в чистом учении о праве Г. Кельзена понятие *действенности* права используется без ущерба для позитивистского характера чистого учения. «Поскольку действительность нормы есть долженствование, а не бытие, — пишет Г. Кельзен, — следует отличать действительность нормы от ее действенности (*Wirksamkeit*), т. е. от того факта, что норма на самом деле применяется и соблюдается и что люди на самом деле действуют в соответствии с этой нормой. То, что норма действительна, не равнозначно тому, что она фактически применяется и соблюдается, хотя между действительностью и действенностью нормы может существовать определенная связь. Правовая норма считается объективно действительной лишь в том случае, если поведение, которое она регулирует, хотя бы в некоторой степени фактически соответствует ей. Норма, которая никем и никогда не применяется и не соблюдается, т. е., как принято говорить, не действительна ни в какой, даже в самой малой степени, не считается действительной правовой нормой. Некий минимум так называемой действенности есть условие ее действительности» (*Чистое учение о праве* Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 10. — См. также: Там же. С. 35–37, 108–114). «Хотя право и не может существовать без власти, оно, однако, власти не тождественно. Право, с точки зрения изложенной здесь теории, представляет собой порядок (или организацию) власти» (Там же. С. 114). Ср.: «*Действенность* акта и, следовательно, его правовой характер, определяется, в первую очередь, его социальной легитимностью, т. е. признанием в качестве акта, наделяющего субъектов правами и обязанностями (курсив мой. — В. С.)» (*Поляков А. В. Общая теория права*. С. 344). Именно невозможность оторвать должное от сущего, норму от регулируемых общественных отношений ограничивает нормативизм и портит *чистоту* учения Г. Кельзена: ссылка на *действенность* нормы представляет собой социологическое соображение. Подробнее см.: *Нерсесянц В. С. Философия права*. С. 775–776.

<sup>62</sup> Подробнее см.: *Нерсесянц В. С. Философия права*. С. 385–396.

<sup>63</sup> *Поляков А. В. Общая теория права*. С. 375.

<sup>64</sup> Об умеренном (мягком) юридическом позитивизме см.: *Марченко М. Н. «Умеренный» позитивизм и верховенство права в условиях правового государства // Государство и право*. 2012. № 4. С. 5–10. — К. Химма объясняет специфику умеренного юридического позитивизма (в данном случае называемого *содержательным юридическим позитивизмом*): «Научные основания правового позитивизма состоят в трех утверждениях: постулат социального факта (*Social Fact Thesis*), постулат конвенциональности (*Conventionality Thesis*) и постулат разграниченности (*Separability Thesis*). Согласно постулату социального факта право существует в силу определенных социальных фактов. Согласно постулату конвенциональности критерии действительности (*criteria of validity*) имеют конвенциональный характер. Постулат разграниченности в самом общем виде гласит, что не существует необходимой связи между правом и моралью. Хотя согласно постулату разграниченности нет никаких *необходимых* моральных критериев действительности права, остается открытым вопрос о *возможных* моральных критериях действительности. Сторонники содержательного юридического позитивизма (*inclusive legal positivists*)... утверждают, что такие критерии могут иметь место; иными словами, они утверждают, что с научной точки зрения могут существовать правовые системы, в которых критерии действительности права включают (или инкорпорируют) моральные принципы (сохранен

Социокультурные ценности являются внеправовыми, однако в результате влияния социокультурных ценностей на право возникают *социокультурные правовые ценности*: «Право есть явление культуры и всегда отражает в себе существующие культурные ценности, которые, “преломляясь” сквозь структуру права, становятся правовыми ценностями. Социокультурные правовые ценности — это те ценности, содержание которых отражает особенности социокультурного развития конкретного общества».<sup>65</sup> Социокультурные правовые ценности, например, индивидуализм или коллективизм, рассматриваются здесь как определяющие содержание правового регулирования.<sup>66</sup> Между тем нетрудно увидеть, что предписание конкретной нормы права, права и обязанности субъектов зависят от социокультурных правовых ценностей только опосредованно — властное усмотрение играет роль передаточного звена. Действительно, законодатель не ограничен в выборе определенных социокультурных правовых ценностей в качестве ориентира законотворчества по конкретному вопросу,<sup>67</sup> власть имущие могут любым образом истолковать известные ценности или даже сформулировать новые ценности. Например, сталинские репрессии оправдывались коммунистическими ценностями и особыми обстоятельствами, а именно обострением классовой борьбы в ходе социалистического строительства.<sup>68</sup> Иначе говоря, подчиненность содержания законодательных норм социокультурным правовым ценностям имеет не большее практическое значение, чем зависимость произведения архитектуры, живописи или художественной литературы от общественных условий: произведение создается автором, а не общественными условиями.<sup>69</sup> Итак, ссылки на социальную легитимацию, социокультурные (правовые) ценности или «онтологические условия» общественного бытия<sup>70</sup> не меняют сути

---

курсив оригинала. — В. С.)» (*Himma K. E. Inclusive Legal Positivism // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / ed. by J. Coleman, S. Shapiro. Oxford, 2011. P. 125*).

<sup>65</sup> Поляков А. В. Общая теория права. С. 348.

<sup>66</sup> Там же. С. 348–362.

<sup>67</sup> Там же. С. 358 (не существует общего для всех представления о справедливости).

<sup>68</sup> «По мере нашего продвижения вперед, сопротивление капиталистических элементов будет возрастать, классовая борьба будет обостряться, а Советская власть, силы которой будут возрастать все больше и больше, будет проводить политику изоляции этих элементов, политику разложения врагов рабочего класса, наконец, политику подавления сопротивления эксплуататоров, создавая базу для дальнейшего продвижения вперед рабочего класса и основных масс крестьянства» (*Сталин И. В. Сочинения. Т. 11. М., 1949. С. 171*). «Чрезвычайные меры необходимы и целесообразны при известных, чрезвычайных, условиях, когда нет у нас в наличии других мер при маневрировании» (*Сталин И. В. Речь на Пленуме ЦК ВКП(б) 9 июля 1928 г. // Там же. С. 172*). См. также: *Данилов В. П. К истории сталинского террора // Куда идет Россия?.. Формальные институты и реальные практики. Мат-лы 9-го междунар. симпозиума / под общ. ред. Т. И. Заславской. М., 2002. С. 309–323*.

<sup>69</sup> Ср.: «Люди делают свою историю на основе уже существующих действительных условий... но делают историю именно *люди*, а не существующие условия — иначе они были бы всего лишь орудиями чуждых им сил, управляющих через них социальным миром. Разумеется, условия существуют: только они и могут придать направленность и материальную реальность готовящимся изменениям; но человеческая *практика* превосходит их в своем движении (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (*Сартр Ж. П. Проблемы метода. Статьи. М., 2008. С. 84*).

<sup>70</sup> Поляков А. В. Общая теория права. С. 500–504.

дела: согласно коммуникативной теории права закон представляет собой произвольное установление власти.<sup>71</sup>

Равным образом ценности, которые в отличие от социокультурных правовых ценностей признаются коммуникативной теорией права правовыми ценностями в строгом смысле — *эйдетические правовые ценности*,<sup>72</sup> неспособны определять содержание конкретных правовых норм. Основной эйдетической правовой ценностью объявляется *власть субъекта*, свобода действовать в пределах предписанных правомочий.<sup>73</sup> Поскольку правомочия могут быть любыми, свобода предстает как произвол — этот произвол не преодолевается коммуникацией, если управомоченная сторона по своему усмотрению учитывает или не учитывает доводы и возражения другой стороны.<sup>74</sup> Поэтому эйдетические правовые ценности коммуникативной теории права не обладают качеством собственно правовых ценностей, не являются сущностными свойствами правового регулирования в модусе долженствования.

Правовая культура не существует вне правовых ценностей. Коммуникативная теория права все же обращается к теме культурного измерения права,<sup>75</sup> однако в отсутствие права как объективной реальности любая попытка изучения *правовой культуры* указывает на непоследовательность. Подобным образом приверженцы легизма вместо закона (приказа власти) говорят о *праве*, а вместо законоведения — о *правоведении*.<sup>76</sup> Закон как приказ лишен сущностных правовых свойств; однако претензия исследовать *право* и соответствующая терминология — словесный фокус в духе описательной юриспруденции<sup>77</sup> — придают юридическому позитивизму

---

<sup>71</sup> Эти выводы заставляют сомневаться в теоретической состоятельности умеренного правового позитивизма в целом. С естественно-правовой позиции Дж. Финнис поясняет: «Сторонники “содержательного юридического позитивизма” проявляют легкомыслие, когда предполагают, что любая правовая система, источники права которой отсылают судей к “морали” (“справедливости” и пр.), является правовой системой, включающей *мораль*. Оставаясь в пределах описания (как этого требует юридический позитивизм. — В. С.), можно утверждать лишь следующее: такие правовые системы включают убеждения, которые этим сообществом или этими судьями признаются моральными, но которые в моральном отношении могут оказаться крайне аморальными (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (*Finnis J. Natural Law: The Classical Tradition // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / ed. by J. Coleman, S. Shapiro. Oxford, 2011. P. 15*).

<sup>72</sup> Поляков А. В. Общая теория права. С. 336–348.

<sup>73</sup> Там же. С. 337–339.

<sup>74</sup> Представляется недостаточным предложенное А. В. Поляковым объяснение неправового характера сталинского репрессивного законодательства тем обстоятельством, что это законодательство исключало правовую коммуникацию между судом и обвиняемым (Там же. С. 794).

<sup>75</sup> Там же. С. 456–488.

<sup>76</sup> Напротив, с точки зрения юридического позитивизма В. Д. Катков вполне последовательно предлагал заменить слово *право* на слово *закон*, поскольку в реальности «нет особого явления “право”» (*Нерсисянц В. С. Философия права. С. 59. — См. также: Там же. С. 89–91*).

<sup>77</sup> Современный правовой позитивизм уделяет большое внимание изучению словоупотребления и правильной терминологии: «Цель состоит не в том, чтобы обобщить использование [существительного “право”], но в том, чтобы подвергнуть анализу понятие права (*concept of law*). Такой анализ понятия права среди прочего требует рационального объяснения этого термина (*concept*) посредством формулирования критериев его использования, что позволяет нам быть более точными в использовании выражения “право” (*the expression “law”*)... анализ понятия права... направлен на регулирование использования [этого термина] и должен дисциплинировать мысль» (*Coleman J. L. Methodology. P. 313*).



видимость серьезности и теоретической основательности.<sup>78</sup> Если коммуникативная теория права в целом отождествляет право с правоотношением, а правоотношение — с *властеотношением*,<sup>79</sup> то правовая культура оказывается в некотором роде *культурой коммуникации по поводу приказов*.

В рамках коммуникации основополагающее значение приобретают информация и текст,<sup>80</sup> поэтому коммуникативная трактовка правовой культуры сосредоточена на *правовых текстах*: «Правовая культура есть... совокупность текстов, отражающих правовую реальность, а также деятельность по их созданию, хранению и трансляции».<sup>81</sup> Таким образом, из двух распространенных подходов к пониманию культуры — *деятельностного* и *информационно-семиотического* — коммуникативная теория права присоединяется скорее ко второму, развитому в трудах представителей Тартуско-московской семиотической школы.<sup>82</sup> Для целей настоящего изложения важно отметить некоторое несовпадение указанных подходов применительно к трактовке ценностей. В рамках деятельностного подхода ценность как должное противостоит сущему, наличному бытию, но не оторвана от последнего, а высказывает его скрытую сущность; ценность связана с *идеалом* — представлением о совершенстве данной сферы действительности,

---

В этом высказывании без всякого ущерба для смысла можно заменить слово *право* на слово *закон* — здесь видно, что юридический позитивизм занимается изучением слов о праве, а не права. Следующее рассуждение Ж. Л. Коулмана представляется хорошей иллюстрацией методологического подхода описательной юриспруденции: «Право (*law*) является такой вещью, которая способна служить различным привлекательным идеям. Это относящееся к праву обстоятельство не является необходимой частью нашего понятия (*concept*) о праве. В конце концов, молоток является вещью, которая может быть орудием убийства, пресс-папье или товаром для продажи. Религия является вещью, которая может возбуждать смертельные страсти. Медицина является вещью, которая может стать основой прибыльной отрасли экономики — тем самым медицина реализует свой “внутренний потенциал”. Однако то обстоятельство, что вещь как таковая включает определенные возможности или может использоваться для различных целей либо как элемент различных начинаний, не означает, что все или какие-либо из этих возможностей, целей или начинаний являются частью нашего понятия об этой вещи. Единственный момент, который мы должны учитывать ввиду “внутреннего потенциала” права осуществить привлекательный моральный идеал управления, состоит в том, что право является вещью, обладающей этой способностью. Одно это объясняет, почему в нашем нормативном дискурсе слово “право” используется в одобрительном значении. Но отсюда ничего не следует применительно к содержанию нашего понятия права (*content of our concept of law*)» (Ibid. P. 332). Важно учесть, что методология описательной (аналитической) юриспруденции опирается на выкладки аналитической философии, где *понятие* (вещи) примерно равнозначно термину, обозначению данной вещи, определению вещи на основе эмпирических признаков, но не отсылает к сущности вещи в смысле диалектической философии. Критику методологии аналитической философии см. в: *Маркузе Г. Одномерный человек // Эрос и цивилизация. Одномерный человек: Исследования идеологии развитого индустриального общества. М., 2003. С. 433–463. — См. также: Ильенков Э. В. Философия и культура. С. 254, 320–339, 381–387; Bakhurst D. The Formation of Reason. Oxford, 2011. P. 14–16.*

<sup>78</sup> Ср. также: «Объективная природа права проявляется и там, где ее отрицают: даже тиранические, деспотические, тоталитарные акты выдаются их авторами и апологетами за “право” и “справедливость”» (*Нерсесянц В. С. Философия права. С. 52*).

<sup>79</sup> *Поляков А. В. Общая теория права. С. 296–297, 282–283.*

<sup>80</sup> Там же. С. 53–63, 236, 293.

<sup>81</sup> Там же. С. 469.

<sup>82</sup> Там же. С. 458–460. — Об указанных культурологических парадигмах см.: *Философия культуры. Становление и развитие / под ред. М. С. Кагана, Ю. В. Перова, В. В. Прозерского, Э. П. Юровской. СПб., 1998. С. 422–423. — О деятельностном подходе см.: Лекторский В. А. Эпистемология классическая и неклассическая. С. 75–87.*

возникающим на основе познания сущностных свойств этой сферы, образом необходимого будущего состояния и целью деятельности в этой сфере; ценность самодостаточна и реально существует как особый объект.<sup>83</sup> Напротив, для информационно-семиотического подхода ценность есть прежде всего *ценность передаваемой информации* — смысл и значение сообщения.<sup>84</sup>

С позиции информационно-семиотического подхода взаимодействие права и других социальных систем можно изобразить примерно следующим образом: право воспринимает внешнюю информацию как данность, на этой основе возникают социокультурные правовые ценности — правовой смысл и значение полученной информации;<sup>85</sup> ворвавшаяся извне информация в переработанном виде *по-юридически* воспроизводится в правовых текстах, которые составляют правовую культуру.<sup>86</sup> Нетрудно увидеть, что правовое развитие, особенно в периоды перемен, объясняется внешними влияниями, но не собственными принципами, в этом отношении развитие права лишено цели и носит случайный характер.<sup>87</sup> Бурлящий информационный поток правовой культуры не имеет объективной сущности, отсутствует субстанция, предопределяющая правовые изменения.<sup>88</sup> Поэтому, опираясь на информационно-семиотические трактовки, нельзя ни предсказать, ни критиковать новый закон, нельзя заранее *знать*, каким должно быть правовое регулирование, — допускается только основанная на опыте апостериорная оценка или критика.<sup>89</sup>

Прежде всего, подобно воззрению не учитывает принципиального отличия содержания социальных норм (законодательных правил, нравственных предписаний и пр.) от иной информации. Задача нормы как *формы должного* состоит не в описании или обобщении наличных явлений социальной жизни, но в целенаправленном воздействии на жизнедеятельность людей и преобразовании общественных отношений.<sup>90</sup>

---

<sup>83</sup> Ильенков Э. В. *Философия и культура*. С. 204–212; Леонтьев Д. А. *Ценность как междисциплинарное понятие*. С. 16–17, 23.

<sup>84</sup> Лотман Ю. М. *Семиосфера*. С. 14–17, 400–402, 580–589.

<sup>85</sup> Правовые ценности всегда имеют «конкретное социокультурное значение» (Поляков А. В. *Общая теория права*. С. 348).

<sup>86</sup> Там же. С. 472–473. — Ср.: «Тексты легитимируют тексты...» (Там же. С. 615).

<sup>87</sup> Ср.: «В определенном смысле можно себе представить культуру как структуру, которая погружена во внешний для нее мир, втягивает этот мир в себя и выбрасывает его переработанным (организованным) согласно структуре своего языка. Однако этот внешний мир, на который культура глядит как на хаос, на самом деле тоже организован. Организация его совершается соответственно правилам какого-то неизвестного данной культуре языка. В момент, когда тексты этого внешнего языка оказываются втянутыми в пространство культуры, происходит взрыв. С этой точки зрения взрыв можно истолковать как момент столкновения чуждых друг другу языков: усваивающего и усвояемого. Возникает взрывное пространство — пучок непредсказуемых возможностей» (Лотман Ю. М. *Семиосфера*. С. 117–118).

<sup>88</sup> Ср.: Там же. С. 22–23.

<sup>89</sup> «Свое правовое значение закон может потерять, если разрушится стоящая за ним правовая структура, и он перестанет функционировать (конституировать права и обязанности). Такой результат есть социальный факт, устанавливаемый апостериори (из опыта). Утверждать, что какой-то закон априори (до социального опыта) не является правовым, потому что не содержит в себе какие-то рационально сформулированные параметры или ценности, все равно, что утверждать, будто паровоз не является паровозом, если он покрашен в белый, а не в черный цвет» (Поляков А. В. *Общая теория права*. С. 503).

<sup>90</sup> Ср. замечание И. Канта из «Основ метафизики нравственности» о содержании долга: «Ведь здесь вовсе нет и речи о том, происходит или нет то или другое, — разум себе самому и независимо от всех явлений предписывает то, что должно происходить; стало

Впрочем, предписанного нормой результата едва ли можно добиться на пустом месте без предпосылок, в этом смысле социальные нормы раскрывают и развивают возможности общественного бытия. Поэтому от правил поведения следует ожидать соответствия скорее сущностной стороне регулируемых отношений, чем сиюминутным пожеланиям, изменчивым мнениям или поверхностным суждениям некоторых или всех людей.<sup>91</sup> Кроме того, закон как особая социальная норма обладает общезначимостью и общеобязательностью.<sup>92</sup> Поэтому закон стремится к *общему благу*, иными словами, выражает общие, а не групповые или частные интересы. В качестве *правового компромисса* закон соответствует общей воле граждан, а не эгоистической воле меньшинства или большинства; общая воля как итог *согласования частных волей* отличается также от мнимого единства воли всех.<sup>93</sup> На основе указанных критериев закон подлежит разумной оценке до вступления в силу и независимо от опыта применения: «Правовые законы — это *законы, идущие от людей...* В праве человек должен найти свой разум (сохранен курсив оригинала. — В. С.)».<sup>94</sup>

В содержании позитивно-правовых норм присутствуют моменты случайности, когда с разумной точки зрения в одних и тех же условиях допустим тот или иной вариант. Например, установление левостороннего либо правостороннего дорожного движения или различные количественные положения (сроки наказаний по уголовному закону, размеры штрафов и пр.) могут быть связаны с вполне случайными обстоятельствами. Случайность обусловлена *позитивностью* закона, который не остается в области мысли и неопределенных раздумий, но касается действительности, оставляющей на правовом регулировании разнообразные отпечатки. Подобные случайности свидетельствуют не о том, что право не имеет собственной сущности и является продуктом произвола, но лишь о том, что некоторые позитивно-правовые

---

быть, поступки, примера которых, может быть, до сих пор и не дал мир и в возможности которых очень сомневался бы даже тот, кто все основывает на опыте, тем не менее немолимо предписываются разумом» (*Кант И.* Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. М., 1965. С. 245).

<sup>91</sup> Ср.: «Переход же от “должного” к “сущему”... требует в качестве своей предпосылки предварительное движение от “сущего” к “должному”, от объективно обусловленных правовых форм общественной жизни к их конкретно-определенному выражению в законодательстве... Без такого допущения этот переход от “должного” к “сущему”... оказывается лишь словесной конструкцией, если, конечно, не наделять “должное” магической силой творить реальные формы жизни» (*Нерсесянц В. С.* Право и закон. С. 354).

<sup>92</sup> *Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 107.

<sup>93</sup> Там же. С. 97–102, 612. — См. также: *Лапаева В. В.* Социология права. С. 171–178. — Критику недостаточной социологической ориентации некоторых нынешних законодательских усилий в России (на материале поправок в гражданское законодательство) см.: *Слыщенко В. А.* Проект изменений Гражданского кодекса и принципы законодотворчества // *Законодательство*. 2011. № 8. С. 9–20. — О проблеме тирании большинства в условиях демократии см.: *Хабермас Ю.* Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М., 1995. С. 33–41; *Даль Р.* Демократия и ее критики. М., 2003. С. 230–246, 256–265.

<sup>94</sup> *Гегель Г. В. Ф.* Философия права. С. 57. — См. также: «Гражданские законы, законы государства... суть нечто позитивное, они приходят к нам, существуют для нас, имеют значимость, они существуют не так, что мы можем их оставить, пройти мимо них, но так, что в этой своей внешности они должны быть также и *для нас*, должны быть *субъективно чем-то существенным*, субъективно обязательным. Если мы постигаем, познаем, находим разумным тот закон, согласно коему преступление наказывается, он не есть для нас нечто существенное в том смысле, что имеет силу для нас *потому, что он* позитивен, потому что *это так есть*, но он имеет силу также и внутренне, он есть нечто существенное для нашего разума, потому что он внутренне разумен (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (*Гегель Г. В. Ф.* Философия религии. В 2 т. Т. 2. С. 207).

предписания безразличны с теоретической точки зрения. Тем не менее нельзя пренебрегать надлежащим включением в содержание правил поведения этих случайных моментов: они обеспечивают практическое применение положительного законодательства. Итак, внешняя, случайная сторона позитивного права не освобождает закон от проверки на разумность и соответствующего критического отношения: «То, что он (т. е. закон. — В. С.) позитивен, отнюдь не лишает его — по самому его характеру — разумности, отнюдь не препятствует тому, чтобы он был нашим собственным».<sup>95</sup>

\* \* \*

Законы создаются людьми и для людей, иными словами, положительное право есть продукт разумной деятельности — это ключевое обстоятельство не высказывается с должной определенностью в рамках информационно-семиотического подхода, потому что последний сосредоточен не на человеческой деятельности и целеполагании, а на знаках и текстах.<sup>96</sup> Именно в разумной деятельности обнаруживается *идеальное*, отличное от материальных вещей,<sup>97</sup> и содержится мир культуры,<sup>98</sup> который

<sup>95</sup> Гегель Г. В. Ф. *Философия религии*. Т. 2. С. 207.

<sup>96</sup> Ср.: «Фундаментальным вопросом семиотики культуры является проблема смыслопорождения. Смыслопорождением мы будем называть способность как культуры в целом, так и отдельных ее частей выдавать “на выходе” нетривиально новые тексты. Новыми текстами мы будем называть... тексты, в определенной мере непредсказуемые. Смыслопорождение происходит на всех структурных уровнях культуры. Процесс этот подразумевает поступление извне в систему некоторых текстов и специфическую, непредсказуемую их трансформацию во время движения между входом и выходом системы» (Лотман Ю. М. *Семиосфера*. С. 640).

<sup>97</sup> «“Идеальность”, — пишет Э. В. Ильенков, — это своеобразная печать, наложенная на вещество природы общественно-человеческой жизнедеятельностью, это форма функционирования физической вещи в процессе общественно-человеческой жизнедеятельности... Идеальность тем самым имеет чисто социальную природу и происхождение. Это форма вещи, но вне этой вещи, и именно в деятельности человека, как форма этой деятельности. Или, наоборот, форма деятельности человека, но вне этого человека, как форма вещи... Она — “идеальность” — все время ускользает от метафизически-однозначной теоретической фиксации. Стоит ее зафиксировать как “форму вещи”, как она уже дразнит теоретика своей “невещественностью”, своим “функциональным” характером, выступая лишь как форма “чистой деятельности”, лишь как “*actus purus*”. Но стоит, наоборот, попытаться зафиксировать ее “как таковую”, как очищенную от всех следов вещественно-осязаемой телесности, как сразу же оказывается, что затея эта принципиально невыполнима, что после такого вычитания остается лишь одна прозрачная пустота, никак не оформленный вакуум. В самом деле... нелепо говорить о “деятельности”, которая ни в чем определенном не осуществляется, не “воплощается”, не реализуется в чем-то телесном, хотя бы в слове, в речи, в языке. Если таковая “деятельность” и существует, то никак не в действительности, а только в возможности, только потенциально, стало быть, не как действительность, а как нечто ей противоположное — как бездеятельность, как отсутствие деятельности» (Ильенков Э. В. *Философия и культура*. С. 256–257). «Идеальная форма — это форма вещи, но вне этой вещи, а именно в человеке, в виде формы его активной жизнедеятельности, в виде цели и потребности. Или наоборот, это форма активной жизнедеятельности человека, но вне человека, а именно в форме созданной им вещи. “Идеальность” сама по себе только и существует в постоянной смене этих двух форм своего “внешнего воплощения”, но совпадая ни с одной из них, взятая порознь. Она существует только через непрекращающийся процесс превращения формы деятельности в форму вещи и обратно — формы вещи — в форму деятельности (общественного человека, разумеется)» (Там же. С. 269).

<sup>98</sup> Э. В. Ильенков указывает: «“Идеальность” вообще и есть... характеристика таких, вещественно зафиксированных (объективированных, овеществленных, опредмеченных),

неуместно отождествлять с эмпирически данными текстами и информацией.<sup>99</sup> Поэтому основное определение правовой культуры гласит: *правовая культура есть идеальная сторона человеческой деятельности в области права.*

Идеальное соотносится с *идеалом* как образцом и искомым состоянием некоторой обособленной сферы реальности, целью разумной деятельности. Следовательно, правовая культура подлежит оценке и критике в зависимости от степени осуществления правового идеала и правовых ценностей в данной правовой культуре.<sup>100</sup> Подобная оценка не предполагает навязывания чуждого правового регулирования и насильственного или непродуманного переноса иностранных правовых норм — ведь здесь речь идет не о заимствовании конкретных правил поведения из более развитых юрисдикций, но об установлении справедливого правопорядка, подходящего для данного места и времени. Ответственность за движение в этом направлении лежит не на всезнающих экспертах, но на всех гражданах государства, от стремления и готовности которых следовать правовым ценностям в социальной жизни зависит развитие правовой культуры и правовой прогресс данного общества.<sup>101</sup> С этой точки зрения *правовой плюрализм* представляет собой разнообразие форм осуществления правового идеала. Хотя основной формой существования права является (правовой) закон,<sup>102</sup> принцип права воплощается и в иных формах (правоприменение, правосознание, правоотношение и пр.),<sup>103</sup> а также может находить выражение в прочих социальных нормах.<sup>104</sup> Поэтому без преувеличения любой гражданин в силах способствовать утверждению правовых начал в общественных отношениях — иногда вопреки противоправным приказам власти.

Культура вообще выступает посредником между человеком и природой, при этом наряду с последней культура есть объективная, противостоящая человеку реальность.<sup>105</sup> Подобным образом правовая культура

---

образов общественно-человеческой культуры, т. е. исторически сложившихся способов общественно-человеческой жизнедеятельности, противостоящих индивиду с его сознанием и волей как особая "сверхприродная" объективная действительность, как особый предмет, сопоставимый с материальной действительностью как находящийся с нею в одном и том же пространстве (и именно поэтому часто с ней путаемый)» (Там же. С. 249).

<sup>99</sup> Ср.: «Когда теоретик *пишет книгу*... он производит *идеальный* продукт, несмотря на то что его работа фиксируется в виде чувственно-осязаемых — зримых закорючек на этой бумаге. Он совершает духовный труд, но ни в коем случае не материальный. Когда живописец *пишет картину*, он создает *образ*, а не оригинал (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (Там же. С. 242).

<sup>100</sup> *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. С. 273–274.

<sup>101</sup> «Людям и народам, возжелавшим вкусить такой редкий плод [свободы], надо в трудах и муках, упорно и настойчиво, осознанно и терпеливо возделывать в себе, для себя и у себя свой сад правовой культуры, растить свое дерево свободы. Чужими плодами здесь сыт не будешь» (*Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 66).

<sup>102</sup> Там же. С. 54, 61.

<sup>103</sup> Там же. С. 72–74.

<sup>104</sup> *Лапаева В. С.* Социология права. С. 179.

<sup>105</sup> *Ильенков Э. В.* Философия и культура. С. 264, 268. — Культура отличает человека от животного: животные не имеют культуры; благодаря культуре человек обретает сознание и волю, — культура включает «чистые формы внешнего (вне индивидуального тела существующего) мира, которые он (т. е. ребенок. — В. С.) только еще должен превратить в формы своей индивидуальной жизнедеятельности, в схемы и способы своей деятельности, чтобы стать человеком» (Там же. С. 262–263). Ср. также: «Природные вещи, животные все добры, но эта доброта не подходит человеку; будучи добрым, он должен быть таковым по своей воле. Абсолютное требование состоит в том, чтобы человек не

опосредует отношения между человеком и обществом: право «имеет место для участвующих в общей жизни ради самодостаточного бытия [в государстве], причем для граждан свободнорожденных и равных». <sup>106</sup> Именно благодаря правовой культуре нормы поведения приобретают правовой смысл: один и тот же юридический текст в разных правовых культурах может пониматься и применяться различным образом. <sup>107</sup> Правовая культура — почва правового закона, правовой закон в свою очередь поддерживает и развивает правовую культуру. Подчинение праву означает тем самым приобщение к культуре, окультуривание власти и социальных взаимодействий: древние греки не случайно называли *варварами* людей, неспособных организовать совместную жизнь на началах справедливости. <sup>108</sup> Субстанция права находится внутри правовой культуры.

Поскольку разумная деятельность в области права учитывает уникальные обстоятельства места и времени, определенное истолкование и конкретизация правовых ценностей, конкретное правило поведения — уместное и правильное в данных условиях общественного бытия — может оказаться несвоевременным или неверным для других условий. <sup>109</sup> Основополагающее значение имеет воплощение правовых ценностей, произведенное даже несовершенным образом или с отставанием от высших достижений. Однако существенно, чтобы обусловленное общекультурными, социальными, экономическими и иными особенностями данного общества своеобразие позитивно-правового регулирования оставалось единственно разумным при сложившихся обстоятельствах — часто это может быть с достоверностью установлено лишь апостериорным путем. <sup>110</sup> Именно в качестве форм реализации правовых ценностей — как *идеальные* продукты — позитивное законодательство, государственные учреждения и прочие манифестации права являются частями правовой культуры, а правовые культуры с необходимостью различны. <sup>111</sup>

Однако различия между правовыми культурами не умаляют ценность права (нормы права) как *формы свободы*; <sup>112</sup> отрицание или игнорирование

---

оставался природным существом, природной волей... От человека, который считается добрым, мы по меньшей мере требуем, чтобы он сообразовывался со всеобщими определениями, законами. Природность воли — это эгоизм воли, отличный от всеобщности воли и противоположный разумности воли, поднявшейся до всеобщности» (Гегель Г. В. Ф. *Философия религии*. Т. 2. С. 258–259).

<sup>106</sup> Аристотель. Никомахова этика // Аристотель. *Этика*. М., 2002. С. 145.

<sup>107</sup> Ср. выдвинутое Г. Тойбнером понятие *правового раздражителя*: Teubner G. *Legal Irritants*. P. 11–32.

<sup>108</sup> У варваров «бывает только одна форма общения — общение раба и рабыни. Поэтому и говорит поэт: «Прилично властвовать над варварами грекам»; варвар и раб по природе своей понятия тождественные (сноска внутри цитаты опущена. — В. С.)» (Аристотель. *Политика* // Аристотель. *Сочинения*. В 4 т. Т. 4. М., 1983. С. 377).

<sup>109</sup> Ср.: «Все же, если сравнительное право научило нас чему-нибудь, так это тому, что некоторые из этих различий [между правом разных стран] действительно существенны и не являются всего лишь ошибками» (Gordley J. *The Universalist Heritage* // *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. P. 31).

<sup>110</sup> Ср.: «Право исторично, и его бытие опосредовано социально-историческим опытом. И в этом смысле право апостериорно, а не априорно» (Нерсесянц В. С. *Философия права*. С. 62).

<sup>111</sup> Ср. шутку (в каждой шутке, как известно, есть доля правды): США и Англия — две страны, разделенные общим правом и общим языком (Curran V. G. *Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law*. P. 55).

<sup>112</sup> Нерсесянц В. С. *Философия права*. С. 31.

правовых ценностей при регулировании общественных отношений при-  
суще лишь неправовым культурам.<sup>113</sup> Право отмеряет свободу людей *вну-*  
*три* общей культуры, но государство не может отказаться формировать  
и закреплять свободу вообще или не принимать во внимание правовые  
достижения других народов. Иными словами, речь не идет о сомнениях  
в ценности человеческой свободы или несовместимых трактовках сво-  
боды: культурные различия между правовыми порядками выступают на уровне  
*конкретизации* основополагающих правовых принципов, например, в виде  
вариантов национального истолкования прав и свобод человека и пр.<sup>114</sup>

\* \* \*

Выдвижение культурных различий на первый план создает опас-  
ность подмены сравнительного исследования права и правовых культур  
изучением и описанием культуры вообще в их эмпирическом своеобразии;  
позитивно-правовое регулирование рассматривается в этом случае как  
фрагмент наличного единства культуры, постижимый лишь в связи с обще-  
культурным целым, к которому принадлежит. Здесь не предполагается  
теоретического (аналитического) отделения правовой культуры от общей  
культуры. Указанная точка зрения характерна для *холистического тече-*  
*ния* современной культурологической компаративистики — в российской  
юридической доктрине это направление заметным образом проявляется  
в разнообразных исследованиях *славянофильского толка*.

В качестве направления русской общественной мысли XIX в. *славяно-*  
*фильство* не имеет четко обозначенных границ, отражает — подобно про-  
тивостоящему ему *западничеству* — главным образом социально-полити-  
ческие предпочтения и убеждения. В целом славянофильские мыслители  
подчеркивают несхожесть России и Европы (Запада), утверждают особый  
исторический путь и миссию русского народа, опирают свои теоретиче-  
ские и культурологические построения на учение православной церкви.<sup>115</sup>  
Недостаточная определенность противостоящих точек зрения позволяет  
оппозиции между западничеством и славянофильством обрести опреде-  
ленную актуальность в настоящее время: славянофильские юридические  
исследования выражают преобладающий интерес защитить самобытность  
русского общественного уклада. В этом смысле в ряду некоторых дру-  
гих современных правоведов к славянофильским воззрениям — невзирая  
на оговорки<sup>116</sup> — примыкает В. Н. Синюков, подчеркивающий своеобразие  
русской юридической культуры по сравнению с западными и восточны-  
ми правовыми культурами: «Просто невозможно, чтобы при самостоятель-  
ной и оригинальной русской культуре — живописи, ваянии, архитектуре,  
литературе, философии и т. д. — не было самостоятельной и оригинальной

---

<sup>113</sup> О разделении между правовыми (западными) и неправовыми (восточными)  
культурами см.: Варламова Н. В. Правовые культуры: введение в сравнительное изу-  
чение. С. 128–143.

<sup>114</sup> Культурно-обусловленные различия существуют по множеству вопросов по-  
зитивно-правового регулирования — от запрета смертной казни, спорных прав пред-  
ставителей сексуальных меньшинств в семейных отношениях до отдельных положений  
частного права, таких как момент и основание перехода права собственности на товар  
от продавца к покупателю. См. также: Gordley J. The Universalist Heritage. P. 31–45;  
Whitman J. Q. The Neo-Romantic Turn. P. 336–343; Sacco R. Legal Formants: A Dynamic  
Approach To Comparative Law (Installment II of II). P. 343–401.

<sup>115</sup> *Философия культуры*. С. 141–142, 148.

<sup>116</sup> Синюков В. Н. Российская правовая система: введение в общую теорию. С. 447.

государственности и правового сознания — продуктов одного и того же цельного национального духа».<sup>117</sup> Русское общество, продолжает исследователь, осознает право как способ внерационального, интуитивного *жизнестроительства*, неразрывно связанный с внеправовыми религиозными и социальными институтами; русскому народу чуждо понимание права как абстрактной равной меры; напротив, право в коллективистско-общинном духе отрешается от защиты индивидуального эгоизма, не противопоставляет личность и общество, направлено на поиск смысла жизни, с чем связан правовой нигилизм, отнюдь не представляющий собой чисто негативное явление; право стремится выразить высшие идеалы и одновременно приспособиться к социальной действительности, отсюда — символизм и примитивизм русского права; свобода обретается здесь только в единстве с окружающим миром.<sup>118</sup>

С предметной и методологической стороны славянофильские правовые изыскания, сосредоточенные на традициях, истории и обычном праве,<sup>119</sup> изначально ориентировались на идеи исторической школы права.<sup>120</sup> Подобным образом предпринятый В. Н. Синюковым *культурно-исторический анализ* отечественной правовой системы отчасти вдохновляется наследием Ф. Савиньи и его единомышленников.<sup>121</sup> Однако теоретические наработки исторической школы права, подчеркивает ученый, нуждаются в методологическом обновлении: позитивизм должен быть заменен герменевтикой и интуитивным чувствованием, внерациональным проникновением в суть явлений; следует избегать поверхностного историзма и мистического *народного духа*, рассматривать право в контексте российской *ментальности* с использованием психологических и экзистенциальных методов.<sup>122</sup> Нетрудно заметить, что данный культурно-исторический подход близок постулатам П. Леграна, другого современного приверженца холистического направления в сравнительном правоведении. П. Легран также не принимает концепцию *народного духа* (*Volksggeist*): «Я не могу согласиться с идеей, будто сообщества развиваются благодаря внутренней духовной силе (*inner spiritual force*); действительно, я не вижу никакого смысла (*merit*) в воззрениях гилозоизма касательно объединяющей психической субстанции подобно *Volksggeist*... Я не могу присоединиться к идее о том, что какие-либо внешние или метафизические силы детерминируют поведение людей: культура есть именно проявление мышления отдельных людей об их мире и действия по его изменению (с учетом их прошлого как условия возможного, которое ограничивает новое). Поэтому я не соглашусь с тем, будто человек не имеет значимости в контексте исторических процессов распространения, развития и закрепления культурных проявлений».<sup>123</sup> Отвлекаясь от возможных теоретических расхождений между двумя исследователями (отношение к выводам постмодернистской

<sup>117</sup> Там же. С. 19.

<sup>118</sup> Там же. С. 254–270.

<sup>119</sup> *История политических и правовых учений*. Учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 1995. С. 456–461.

<sup>120</sup> *Шершеневич Г. Ф.* Наука гражданского права в России. М., 2003. С. 44–46.

<sup>121</sup> *Синюков В. Н.* Российская правовая система: введение в общую теорию. С. 39–41.

<sup>122</sup> Там же. С. 41, 44–48.

<sup>123</sup> *Legrand P.* The Same and the Different. P. 268. — «Культура есть своего рода постоянная революция» (Ibid. P. 268, fn. 94 — со ссылкой на Э. Баумана и К. Тестера). О влиянии романтических воззрений в юриспруденции, в частности исторической школы



философии и пр.), надлежит подчеркнуть важное различие политического характера: если П. Легран страстно защищает своеобразие *любой* правовой культуры, то В. Н. Синюков вполне в славянофильском ключе направляет свои усилия на выявление и обоснование уникальности *русской* правовой культуры.<sup>124</sup>

Преобладание политического интереса смещает славянофильские юридические построения из области науки в сторону идеологии, понимаемой как набор простых и понятных ориентиров социальной деятельности,<sup>125</sup> а также мифа как иррациональной модели группового поведения.<sup>126</sup> «В России, — пишет В. Н. Синюков, — всегда существовало разносторонне-правовое общество, основанное не на внешнем принуждении и диктате юридической (государственной) формы, а на духовно-религиозных принципах жизненного права, облакавшегося в своеобразные социальные, религиозные, собственно юридические памятники. Свидетельством глубоко правовой природы России была в том числе долгая жизнь и удивительнейшая пластичность источников русского права, многие из которых имели не десятилетнюю, а вековую протяженность во времени».<sup>127</sup> Исследователь

---

права, на современное холистическое течение культурологической компаративистики см.: *Whitman J. Q. The Neo-Romantic Turn. P. 312–329.*

<sup>124</sup> *Синюков В. Н. Российская правовая система: введение в общую теорию. С. 49–54.*

<sup>125</sup> «Идеология пытается придать смысл непонятым социальным ситуациям, выстроить их так, чтобы внутри них стало возможно целесообразное действие» (*Гирц К. Интерпретация культур. М., 2004. С. 250*). «Различие науки и идеологии как культурных систем следует искать в символических стратегиях, которые они применяют по отношению к ситуации. Наука именуется структурой ситуаций таким образом, что в этом заключено отношение незаинтересованности. Стиль науки — сдержанность, сухость, решительная аналитичность: избегая семантических приемов, лучше всего выражающих нравственное чувство, она хочет достичь максимальной интеллектуальной ясности. А идеология именуется структурой ситуаций таким образом, что в этом заключено отношение вовлеченности. Ее стиль — витиеватость, живость, намеренное внушение: объективируя нравственное чувство с помощью тех самых приемов, которых избегает наука, она хочет побудить к действию. Предмет и науки, и идеологии — определение проблематичной ситуации и ответ на ощущаемое отсутствие необходимой информации. Но необходимая информация — совершенно разная, даже когда речь идет об одной и той же ситуации... Если наука — это диагностическое, критическое измерение культуры, то идеология — измерение оправдательное, апологетическое: она относится "к той части культуры, которая устанавливает и защищает убеждения и ценности"... идеология может отрываться от реальности в оргиях самозабвенных фантазий, и — более того — это происходит очень часто, если отсутствует критика со стороны хорошо встроенной в общую социальную структуру свободной науки или конкурирующих идеологий» (приведенная цитата содержит высказывание Л. А. Фаллелера (*L. A. Fallers*), сноска внутри цитаты опущена. — *В. С.*) (Там же. С. 260–261).

<sup>126</sup> *Гулыга А. В. Эстетика в сфере аксиологии. Пятьдесят лет на Волхонке. СПб., 2000. С. 382.* — «Как в далеком прошлом, так и в настоящее время миф адаптирует индивида к общественному целому. Проблема одиночества, с особой остротой встающая в обществе, культивирующем индивидуализм, заставляет человека искать успокоительный миф, отдаваться ему. Миф снимает вопрос о личной ответственности, о подлинном выборе, о свободном поведении и его ориентирах, вырабатывая определенные стандартные образцы, которым нужно лишь бездумно следовать. Смятение чувств и мыслей уступает место безмятежности духа. Миф вселяет расширяющее грудь чувство сопричастности великому делу, которое оказывается на поверку вовсе не великим, но заставляет забыть об опасностях, дает уверенность в правоте и грядущей победе» (Там же. С. 379).

<sup>127</sup> *Синюков В. Н. Российская правовая система: введение в общую теорию. С. 176.*

не приводит ни доказательств, ни иллюстраций сказанного на конкретном историческом материале. Остается лишь принять на веру это патетическое высказывание наряду с другими суждениями подобного плана и послушно застыть в благоговении перед уникальностью русского юридического опыта. Рассуждения В. Н. Синукова в таком стиле были бы скорее уместны в политической публицистике, чем в научном труде.

Исследователь, желающий проникнуть в суть дела, не должен замыкаться в чувственном восприятии, ведь разным людям свойственны разные чувства, однако дело является общим.<sup>128</sup> Отказ от рациональной оценки личного правового бытия, некритическое отношение к исторически сложившемуся и закрепленному в традиции правовому порядку привели историческую школу права к юридическому позитивизму.<sup>129</sup> В. Н. Синуков критикует позитивизм исторической школы права,<sup>130</sup> но отстаиваемый им метод *вчувствования и интуитивного проникновения* в сущность явлений<sup>131</sup> предоставляет сомнительные и недостаточные аргументы в споре с юридическим позитивизмом — законодатель тоже чувствует, поэтому любой приказ власти, произвол власти имущих может быть основан на *чувстве и внерациональных* формах опыта.<sup>132</sup> Важнейшая задача юридической теории состоит в формулировании разумных требований к содержанию положительного права: общезначимость (общеобязательность) закона предполагает, что эти требования также общезначимы, иными словами, обоснованы *рациональным путем*.<sup>133</sup> Несмотря на культурную обусловленность правового регулирования, именно понимание права как *особого дела* — столь значимая для современного культурологического сравнительного правоведения герменевтика также ориентирует на постижение *сути дела*:<sup>134</sup> позволяет отделить право-

---

<sup>128</sup> «Когда все доводы исчерпаны, люди часто ссылаются на чувство. Подобных людей лучше оставить при их мнении, не вступая с ними в пререкания, ибо апелляция к собственному чувству сразу уничтожает всякую возможность *общения* с ними. Напротив, в сфере мысли, понятия мы находимся на почве всеобщего, разумности. Здесь перед нами природа предмета, и по этому вопросу мы можем прийти к взаимному пониманию, так как подчиняем себя предмету, и он есть общее для нас. Если же мы переходим в область чувства, то мы покидаем эту общность и, вернувшись в сферу случайности, лишь наблюдаем за изменением вещи. В этой сфере каждый превращает предмет в свой *предмет*, в свое особенное, и если один требует: у тебя должны быть такие-то чувства, то другой может ему ответить: но у меня их *нет, я не таков*, ибо при подобном требовании речь идет лишь о моем случайном бытии, которое может быть тем или иным. Далее, чувство есть то, что в равной степени присуще человеку и животному, это — животная, чувственная форма. Поэтому если то, что относится к праву, нравственности, богу, показано в чувстве, то это наихудший способ обнаружить подобное содержание (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (Гегель Г. В. Ф. *Философия религии*. Т. 1. С. 306).

<sup>129</sup> Гирке О. фон. *Естественное право и немецкое право* // Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. I. М., 2011. С. 19–20. — См. также: *Нерсесянц В. С.* *Философия права*. С. 644–645.

<sup>130</sup> Синуков В. Н. *Российская правовая система: введение в общую теорию*. С. 40.

<sup>131</sup> Там же. С. 44.

<sup>132</sup> Об интуитивном постижении правового смысла и феноменологическом подходе к праву см.: Лапаева В. В. *Типы правопонимания*. С. 192–194. — О философской феноменологии см.: Никоненко С. В. *Современная западная философия*. С. 7–27.

<sup>133</sup> Общие сведения об особенностях научного познания (критериях научности) см.: Кохановский В. П., Лешкевич Т. Г., Матяш Т. П., Фатхи Т. Б. *Философия науки в вопросах и ответах*. Учеб. пособие для аспирантов. Ростов/Д., 2006. С. 24–28.

<sup>134</sup> «У герменевтического опыта также есть своя последовательность: последовательность непреклонного слушания. Ему также дело раскрывается не без его собственных усилий, и эти усилия, это напряжение также состоят в негативности по отношению к себе

вое от неправового и найти критерии оценки позитивного законодательства. В. Н. Синюков оставляет без рассмотрения вопрос правового ограничения власти и противодействия узаконенному произволу,<sup>135</sup> полагая достаточным указать на «культурно-историческую детерминацию права».<sup>136</sup> Нетрудно заметить распыленность этого критерия, которому может соответствовать самое разнообразное и взаимоисключающее содержание в зависимости от личных предпочтений, культурного опыта, компетентности, образования и прочих субъективных факторов. Неудивительно, что трактовка вопроса о пределах государственной власти страдает таким же отсутствием ясности и определенности: «Можно предположить, что в России любое государство будет адекватным, если оно станет элементом российского права и будет способно интегрироваться в русскую культуру. Важно, чтобы такое государство смогло найти себя в традиционном правообразовании и не переоценивало, как часто бывает, своих возможностей в рациональном управлении обществом. Это своеобразный либерализм, только на несколько иной, исторической почве: речь не идет об ограничении государства функциями “ночного сторожа” в интересах собственников, а о максимальном полномочии государства, даже “государственном тоталитаризме”, имеющем строго определенное назначение как способа выражения национального жизнестроительства. Все, что ему соответствует, что развивает, укрепляет самосознание и самопознание человека, общества, одновременно приобретает статус государственного начала и получает развернутость в правовой культуре. В этом смысле государство всеохватно, универсально, вездесуще, но в этом же самом смысле оно совершенно прозрачно, вторично, интегрально, подконтрольно по сути и, увы, далеко не всегда по юридической форме. Такова реальность отечественной правовой среды».<sup>137</sup> С практической стороны приведенное рассуждение, по-видимому, означает только следующее: задача национального жизнестроительства и человеческого развития есть дело российского государства, власть по своему усмотрению решает, что соответствует и способствует решению этой задачи, а что — нет; допускается неограниченное вмешательство в жизнь человека ради его собственного блага или блага общества. Волшебное отождествление либерализма и тоталитаризма оборачивается апологетикой власти, разумеется, речь идет о доброй и культурной власти, но на деле любая власть воспользуется подобным оправданием.

\* \* \*

Культура возникает и существует в человеческой деятельности,<sup>138</sup> поэтому для изучения правовой культуры фундаментальное значение имеет

---

самому. Тот, кто стремится понять текст, также должен кое от чего освободиться, а именно от связанных с его собственными предрассудками смыслоожиданий, как только они будут опровергнуты смыслом самого текста. Больше того, даже неизбежно постигающий нашу речь опыт перехода в противо[по]ложное — что и составляет подлинный опыт диалектики — имеет здесь свое соответствие. Развертывание смыслового целого, на которое направлено понимание, необходимо заставляет нас истолковывать и вновь отказываться от толкования. Лишь снятие толкованием себя самого создает окончательную возможность того, что само дело — смысл текста — добывается нашего признания» (*Гадамер Х.-Г. Истина и метод: основы философской герменевтики*. М., 1988. С. 537–538).

<sup>135</sup> Синюков В. Н. Российская правовая система: введение в общую теорию. С. 353.

<sup>136</sup> Там же. С. 463.

<sup>137</sup> Там же. С. 349.

<sup>138</sup> Ильенков Э. В. Философия и культура. С. 256–269.

вопрос о человеке в правовом мире — человеке юридическом (*homo juridicus*).<sup>139</sup> основополагающая характеристика человека юридического — свобода;<sup>140</sup> в качестве свободного индивида, сознающего свою свободу, человек юридический есть *лицо* — единичная свободная воля.<sup>141</sup> Это понимание лица основано на учениях естественного права XVII и XVIII вв. и подробно разработано немецкой классической философией. Во-первых, лицо как свободный индивид отвечает за свои действия, подлежит вменению. Во-вторых, лицо является абстракцией, с помощью понятия лица люди отличаются от вещей, но не друг от друга; в связи с этим В. Йешке подчеркивает: «Лица — в качестве лиц — неразличимы между собой. В качестве лиц, действующих и подлежащих вменению за поступки, все мы равны; дифференциация и индивидуализация происходят как раз не через понятие лица». <sup>142</sup> В-третьих, лицо есть субстанция, лицо самодостаточно и не имеет никаких оснований, кроме самого себя. Наконец, понятие лица существенным образом связано с понятием собственности: лицо вкладывает волю в вещи, владеет вещами, тем самым приобретает *собственность*, которая становится сферой внешней свободы, наличным бытием лица.<sup>143</sup>

Объединившиеся в гражданском обществе лица взаимодействуют по экономическим законам капитализма. Здесь каждый действует во имя своего эгоизма, лишь вынужденным и внешним образом одновременно содействуя интересам других людей: «В гражданском обществе каждый для себя — цель, все остальное для него ничто. Однако без соотношения с другими он не может достигнуть своих целей во всем их объеме: эти другие суть поэтому средства для цели особенного. Но особенная цель посредством соотношения с другими придает себе форму всеобщего и удов-

---

<sup>139</sup> О человеке юридическом см. статьи в сборнике: *Стандарты научности и homo juridicus* в свете философии права. Мат-лы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсисянца / отв. ред. В. Г. Графский. М., 2011. С. 163–197.

<sup>140</sup> *Нерсисянц В. С.* Философия права. С. 42.

<sup>141</sup> Положительное законодательство признает правоспособность за свободным индивидом как лицом: «Способность иметь гражданские права и нести обязанности (гражданская правоспособность) признается в равной мере за всеми гражданами. Правоспособность гражданина возникает в момент его рождения и прекращается смертью» (ст. 17 ГК РФ). «Личность, — объясняет Г. Гегель, — начинается только здесь, поскольку субъект имеет самосознание не только вообще о себе как конкретном, каким-либо образом определенном, но самосознание о себе как о совершенно абстрактном Я, в котором всякая конкретная ограниченность и значимость отрицаются и признаются незначимыми... Лицо существенно отлично от субъекта, ибо субъект — лишь возможность личности, поскольку каждое живое существо есть субъект. Следовательно, лицо есть субъект, для которого эта субъективность есть, ибо в качестве лица я всецело для себя: оно есть единичность свободы в чистом для-себя-бытии. В качестве этого лица я знаю себя свободным в себе самом и могу абстрагироваться от него, ибо ничто не стоит передо мной как чистой личностью, и все-таки я как этот есть нечто совершенно определенное: мне столько-то лет, я такого-то роста, нахожусь в этом пространстве и обладаю многими другими возможными частными чертами. Следовательно, лицо — одновременно высокое и совсем низменное; в нем дано это единство бесконечного и совершенно конечного, определенной границы и совершенно безграничного. Только величие лица может выдержать это противоречие, которого ничто природное не имеет в себе и не могло бы вынести» (*Гегель Г. В. Ф.* Философия права. С. 97–98).

<sup>142</sup> *Йешке В.* Лицо и личность. Заметки по поводу немецкой классической философии // *Персональность. Язык философии в русско-немецком диалоге* / под ред. Н. С. Плотникова и А. Хаардта при участии В. И. Молчанова. М., 2007. С. 85.

<sup>143</sup> Подробнее см.: Там же. С. 79–86.

летворяет себя, удовлетворяя вместе с тем стремление других к благу». <sup>144</sup> В связи с этим необходимо подчеркнуть несовпадение лица вообще как свободного индивида с частным лицом гражданского общества, стремящимся к увеличению своего богатства и удовлетворению потребностей. Лицо в праве не сводится к буржуа, лицу внутри капиталистического гражданского общества.

А. Смит помещает эгоизм в центр капиталистической экономики: «Дай мне то, что мне нужно, и ты получишь то, что необходимо тебе... Не от благожелательности мясника, пивовара или булочника ожидаем мы получить свой обед, а от соблюдения ими своих собственных интересов. Мы обращаемся не к гуманности, а к их эгоизму и никогда не говорим им о наших нуждах, а лишь об их выгодах». <sup>145</sup> Однако юридический взгляд на человеческую деятельность едва ли совместим с подобными рассуждениями: в правовой области речь идет не о выгоде, но о свободе. Если свободная воля обладает ценностью как таковая, безотносительно к преследуемым целям, то в своих стремлениях человек должен оставаться свободным, сохранять сознание своей свободы. <sup>146</sup> Поэтому эгоистическая сосредоточенность на удовлетворении потребностей, увязывая в дурной бесконечности достижений и наслаждений, не выражает природу свободной воли. Свобода состоит в *самореализации*, а не в произволе, иными словами, свобода обнаруживается в разумной деятельности, а не в том, чтобы делать все что хочется. <sup>147</sup> Хотя до некоторой степени эгоизм способствует утверждению человеком своей свободы, однако свобода не исчерпывается ни простым эгоизмом, ни утонченным разумным эгоизмом. Сформулированный И. Кантом категорический императив, практический принцип свободной воли — «поступай так, чтобы ты всегда относился к человечеству и в своем лице, и в лице всякого другого так же как к цели и никогда не относился бы к нему только как к средству» <sup>148</sup> — явно не тождествен принцип эгоизма. <sup>149</sup>

<sup>144</sup> Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. С. 228.

<sup>145</sup> Смит А. *Исследование о природе и причинах богатства народов*. М., 2009. С. 77. — Ср. также: «Экономикс основан на предположении о «рациональном эгоизме». Иными словами, люди принимают рациональные решения для достижения наибольшего удовлетворения или максимально полной реализации своих целей». — «Главной движущей силой капиталистической экономики является личный интерес; каждая экономическая единица стремится делать то, что выгоднее всего ей самой... Капитализм предполагает, что личный интерес формирует фундаментальный образ действий (*modus operandi*) различных экономических единиц, когда они реализуют свой свободный выбор (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (Макконнелл К. Р., Брю С. Л. *Экономикс: принципы, проблемы и политика*. М., 2003. С. 5, 67).

<sup>146</sup> «Свобода состоит в том, чтобы хотеть определенное, но в этой определенности быть у себя и вновь возвращаться во всеобщее» (Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. С. 75).

<sup>147</sup> «В произволе содержится то, что содержание определяется быть моим не благодаря природе моей воли, а благодаря *случайности*: следовательно, я также завишу от этого содержания — в этом и состоит противоречие, заключенное в произволе. Обыкновенный человек полагает, что он свободен, если ему дозволено действовать по своему произволу, между тем именно в произволе заключена причина его несвободы. Если я хочу разумного, то я поступаю не как обособленный индивид, а согласно понятиям, нравственности вообще; в нравственном поступке я утверждаю значимость не самого себя, а сути. Совершая же нечто превратное, человек больше всего проявляет свою обособленность. Разумное — это дорога, по которой ходит каждый, на которой никто не выделяется (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (Там же. С. 81).

<sup>148</sup> Кант И. *Сочинения*. Т. 4. Ч. 1. С. 270.

<sup>149</sup> Критику этики разумного эгоизма см.: Гусейнов А. А. *Закон и поступок* (Аристотель, Кант, М. М. Бахтин) // *Этическая мысль*. Вып. 2 / отв. ред. А. А. Гусейнов. М.,

В конечном счете, эгоизм отрицает свободу, потому что оправдывает пренебрежение интересами других людей: когда каждый тянет одеяло на себя, торжествует сила, а не право. Протест против бесчеловечности капитализма, общий для марксизма и славянофильства, направлен против эгоизма как основы общественного строя, поэтому этот протест содержит пафос свободы, стремление к лучшей свободе.<sup>150</sup>

Согласие между (разумными) эгоистами едва ли служит надлежащим и прочным основанием государства, ибо эгоисты не доверяют друг другу.<sup>151</sup> Устранение взаимного доверия из общественных отношений равносильно отрицанию права, ведь добрая воля, сотрудничество и добросовестность принадлежат к основам правопорядка.<sup>152</sup> Даже в сфере сугубо гражданских правоотношений, опосредующих частные имущественные интересы,<sup>153</sup> доверие и добросовестность играют важную роль.<sup>154</sup> Гражданско-правовое регулирование договорных обязательств служит хорошей иллюстрацией.

---

2001. С. 3–5. — Разбор и критику эгоистического и нигилистического мировоззрения части русской интеллигенции во второй половине XIX в. см. в: *Лосский Н. О. Характер русского народа // Лосский Н. О. Условия абсолютного добра. М., 1991. С. 338–350.*

<sup>150</sup> «Буржуазия, повсюду, где она достигла господства, разрушила все феодальные, патриархальные, идиллические отношения. Безжалостно разорвала она пестрые феодальные путы, привязывавшие человека к его “естественным повелителям”, и не оставила между людьми никакой другой связи, кроме голого интереса, бессердечного “чистогана”. В ледяной воде эгоистического расчета потопила она священный трепет религиозного экстаза, рыцарского энтузиазма, мещанской сентиментальности. Она превратила личное достоинство человека в меновую стоимость и поставила на место бесчисленных пожалованных и благоприобретенных свобод одну бессовестную свободу торговли. Словом, эксплуатацию, прикрытую религиозными и политическими иллюзиями, она заменила эксплуатацией открытой, бесстыдной, прямой, черствой (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (*Манифест Коммунистической партии // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. 2-е изд. Т. 4. М., 1955. С. 426*). Разбор славянофильской критики западного индивидуализма см. в: *Алешин А. Об особенностях словаря персональности ранних славянофилов (И. В. Киреевский, А. С. Хомяков, К. С. Аксаков) // Персональность. Язык философии в русско-немецком диалоге. С. 283–290.* — Ср. также: «Борьба против мещанства, т. е. против буржуазного умонастроения и строя жизни, ведется русской интеллигенцией во имя достоинства индивидуальной личности, во имя свободы ее, против подавления ее государством и обществом, против всякого низведения ее на степень лишь средства» (*Лосский Н. О. Условия абсолютного добра // Лосский Н. О. Условия абсолютного добра. С. 279*).

<sup>151</sup> Ср.: «Среди людей, которые никогда не поступали в соответствии с их обязанностью быть справедливыми и действовали лишь в интересах своекорыстия и выгоды, не возникнут узы дружбы и взаимного доверия... Если один из двух эгоистов обманет другого, и это обнаружится, ни один из них не будет иметь оснований для жалоб» (*Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. С. 423*). — Ср. также: *Гусейнов А. А. Закон и поступок. С. 5*.

<sup>152</sup> Цельс говорит, что «право есть искусство доброго и справедливого» (Ulp., D. 1,1,1 pr). Ульпиан: «Предписание права суть следующие: жить честно, не чинить вред другому, каждому воздавать то, что ему принадлежит» (D. 1,1,10,1). В этом же духе Флорентин пишет о родстве людей: «Так как природа установила между нами некое родство, следовательно, является преступлением, когда один человек строит козни другому» (D. 1,1,3) (цит. по: *Дигесты Юстиниана / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. I. М., 2002. С. 83, 85*).

<sup>153</sup> Пункт 1 ст. 2 ГК РФ: «Гражданское законодательство... регулирует... имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников».

<sup>154</sup> Пункт 1 ст. 10 ГК РФ: «Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление

В отличие от экономического обмена здесь и сейчас (из рук в руки) договор не сводится к встречному предоставлению имущества. Поскольку обязательству сопутствуют кредит и отложенное исполнение (в момент заключения договора не происходит обмена активами, но возникает *обязанность* должника произвести исполнение в будущем согласно условиям договора), гражданско-правовой договор основан на доверии контрагентов друг к другу, доверие приобретает здесь значение особого измерения свободы.<sup>155</sup>

Основополагающая роль взаимного доверия в рамках правоотношения придает юридической абстракции *лица* социально-психологические черты, показывает правовое лицо как индивидуальную и чувствующую *личность*.<sup>156</sup> Д. В. Дождев отмечает: «Доверие как возложение осуществления собственных интересов на другого, допущение участия другого в собственных делах предполагает наделение другого определенной частью собственной личности (в ее социальном измерении), признание другого, его возведение на уровень собственного положения и статуса».<sup>157</sup> Понимание человека юридического не только как лица (*физического лица*), единичности свободной воли, но и как своеобразной и неповторимой личности, *тотальности индивидуального бытия* внутри ансамбля общественных отношений<sup>158</sup> согласуется с юридической защитой человеческого достоинства<sup>159</sup> и уважением к индивидуальным различиям, рост которого составляет устойчивую тенденцию правового развития.<sup>160</sup>

Если понятие (правового) *лица* подчеркивает независимость и самостоятельность человека, который всегда признается целью сам по себе,<sup>161</sup> то понятие *личности* обращается не столько к автономии, сколько к погруженности человека внутрь многообразных связей и взаимодействий

---

гражданских прав (злоупотребление правом)»; п. 5 ст. 10 ГК РФ: «Добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются».

<sup>155</sup> Дождев Д. В. Частноправовое общение: опыт римского права // Правовое общение. Постановка проблемы. Монография / отв. ред. Л. С. Мамут. М., 2012. С. 155–156.

<sup>156</sup> Об отличии *личности* от *лица* согласно немецкой классической философии см.: Йешке В. Лицо и личность. С. 90–93. — О парадигмах философского понимания личности см.: Штурма Д. Главные особенности философии личности // Персональность. Язык философии в русско-немецком диалоге. С. 23–40.

<sup>157</sup> Дождев Д. В. Частноправовое общение: опыт римского права. С. 135.

<sup>158</sup> Кон И. С. В поисках себя: Личность и ее самосознание. М., 1984. С. 150.

<sup>159</sup> Пункт 1 ст. 21 Конституции РФ: «Достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления».

<sup>160</sup> «Мы могли наглядно убедиться в несомненной и характерной тенденции всякого прогрессирующего гражданского права: личность как таковая, личность во всей совокупности ее конкретных особенностей получает себе все большее и большее признание. Перед лицом современного правосознания общество не стадо однородных человеческих особей, величин заменимых, а союз самоценных личностей, имеющих *право на индивидуальность*. Пусть даже эта индивидуальность значительно отклоняется от среднего типа; если только она не вредит другим, она заслуживает охраны закона... Этого требует растущее уважение к человеческой личности» (Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 130–131).

<sup>161</sup> «Предметы (*die Wesen*), существование которых хотя зависит не от нашей воли, а от природы, имеют тем не менее, если они не наделены разумом, только относительную ценность как средства и называются поэтому *вещами*, тогда как разумные существа называются *лицами*, так как их природа уже выделяет их как цели сами по себе, т. е. как нечто, что не следует применять только как средство, стало быть, постольку ограничивает всякий произвол (и составляет предмет уважения) (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (Кант И. Сочинения. Т. 4. Ч. 1. С. 269).

с другими людьми.<sup>162</sup> Это социальное измерение (и объяснение) человека сохраняет неустранимую индивидуальность и непохожесть личностей.<sup>163</sup> Поэтому человек юридический как личность не подчиняется общественному целому и не сливается с ним, иначе говоря, в праве личность не теряет своей индивидуальности и неповторимости. С юридической точки зрения личность свободна никак не меньше, чем (правовое) лицо: общественные отношения не упраздняют свободу личности, но придают свободе новое основание и богатое содержание, в которых отражается неразрывность личности и общения.<sup>164</sup>

Таким образом, при рассмотрении личности внутри правопорядка речь идет не столько о единстве человека и общества, сколько о свободе человека как части социального мира. Напротив, выдвигание на первый план зависимости человека от общества и сопутствующего поглощения личности общественным целым<sup>165</sup> представляется односторонней позицией, в рамках которой личная свобода не получает ни надлежащего объяснения, ни оправдания. Применительно к российскому правопорядку подобные воззрения некритически воспроизводят распространенное мнение о неразвитости личностного начала и индивидуальной свободы в отечественной правовой культуре.<sup>166</sup> Между тем не дело науки повторять расхожие представления. Настоящая теоретико-правовая проблема состоит в том, чтобы обосновать личную свободу в своеобразных условиях российской действительности, найти укорененную в русской культуре формулу свободы.

В правоведении представляется обоснованным рассматривать понятие личности как (юридическое) понятие, с социально-психологической стороны развивающее и конкретизирующее абстракцию правового лица,

<sup>162</sup> Ильенков Э. В. *Философия и культура*. С. 404–414.

<sup>163</sup> «Человеческая индивидуальность не есть нечто фиксированное, что можно познать путем “вычитания” из личности всех ее социально-групповых характеристик, а тотальность индивидуального бытия» (*Кон И. С.* В поисках себя: Личность и ее самосознание. С. 150). — См. также: *Ильенков Э. В.* *Философия и культура*. С. 389; *Сартр Ж.-П.* *Проблемы метода*. С. 37–81. — О сложностях и противоречиях советской философии в части понимания личности как деятельной индивидуальности, а не пассивного отражения общественных отношений и продукта общественных условий см.: *Свидерски Э.* От «социального субъекта» к «личности»: Неудавшаяся смена парадигмы в советской философии? // *Персональность. Язык философии в русско-немецком диалоге*. С. 427–442; *Swiderski E.* Die ‘Personalisierung’ des Sowjetmarxismus: Die Perestrojka und die Kategorie der Person // *Das normative Menschenbild in der russischen Philosophie* / Hg. A. Haardt, N. Plotnikov. Wien; Berlin, 2011. S. 149–166. — О противостоянии понятий личности и коллектива, а также росте значимости личности и индивидуальных интересов в советском политическом и гуманитарном мышлении второй половины XX в. см.: *Бикбов А.* Тематизация «личности» как индикатор скрытой буржуазности в государстве «зрелого социализма» // *Персональность. Язык философии в русско-немецком диалоге*. С. 404–426. — Очерк развития понятия личности на историческом материале разных культур см.: *Мосс М.* *Общества. Обмен. Личность*. С. 264–292.

<sup>164</sup> Ср.: «В дружбе, любви я отказываюсь от своей абстрактной личности и благодаря этому получаю ее, уже конкретную» (*Гегель Г. В. Ф.* *Философия религии в двух томах*. Т. 2. С. 240).

<sup>165</sup> *Синюков В. Н.* *Российская правовая система: введение в общую теорию*. С. 282.

<sup>166</sup> «Существуют трафареты, которые постоянно повторяют и которые кажутся убедительными. Таков трафарет западных людей о России как стране, в которой нет личности или она слабо выражена. Россия оказывается безликим Востоком» (*Бердяев Н. А.* *Личность и общинность (коммунарность) в русском сознании* // *Бердяев Н. А.* *Истина и открытие: Прологомены к критике откровения*. СПб., 1996. С. 235).



единичной свободной воли. Если Г. Гегель не проводит в сфере права различие между лицом и личностью,<sup>167</sup> то это главным образом связано с тем, что философа не интересует прогресс права, право не рассматривается в его философии как развивающаяся система. Принцип формально-правового равенства (*будь лицом и уважай других в качестве лиц*) образуется на ступени абстрактного права, в ходе диалектического развития эта ступень сменяется моралью, затем наступает черед нравственности, включающей государство, которое неизмеримо выше и важнее лица (личности), государство — *шестье Бога в мире*.<sup>168</sup> В русле гегелевского объективного идеализма все эти ступени значимы только как преходящие моменты развертывания и самопознания абсолютной идеи: история имеет завершение, ибо в конечном счете абсолютная идея должна вернуться к самой себе, познать саму себя, что происходит, по мысли Г. Гегеля, именно в его философии.<sup>169</sup> В итоге гегелевская философия права выдает юридическое оформление наличной капиталистической действительности за право вообще.<sup>170</sup> Этот антиисторический подход должен быть преодолен: право развивается вместе с отношениями между людьми.<sup>171</sup>

Юридическое признание индивидуальности и уважение к достоинству личности свидетельствуют о прогрессе права и правовой культуры. Соответственно, переход от *лица* к рассмотрению *личности* в праве представляется многообещающим направлением развития правовой теории. Характерное для русской духовной культуры внимание к теме простого человека, живой и творческой личности, сопутствующие психологизм, сострадательность и человечность<sup>172</sup> составляют хорошую почву для правовой культуры, способной в полной мере выразить личностное измерение общественных отношений и обеспечить личную свободу. Итак, задача правового мышления, желающего сохранить связь с отечественной культурой, видится в том, чтобы показать (правовое) лицо как личность, открыть в абстракции лица индивидуальную и общающуюся личность и тем самым обозначить новые перспективы правовой культуры.

<sup>167</sup> Гегель Г. В. Ф. Философия права. С. 97–98, 235.

<sup>168</sup> Там же. С. 284. — См. также: Нерсесянц В. С. Философия права Гегеля. М., 1998. С. 50–63.

<sup>169</sup> Ср.: «Ортодоксальный гегельянец, без всякого насилия над своей теоретической совестью и не опасаясь иронии, мог бы легко представить себе бога в образе человека средних лет, читающего при свете свечи толстый том “Науки логики”... Бог здесь — “мыслящее самое себя мышление”, и превратиться в этого бога (правда, на время, и именно на время этого приятного времяпрепровождения) может каждый достаточно образованный и серьезный гражданин, умеющий понимать, т. е. индивидуально воспроизводить, диалектически разворачивающуюся серию актов мышления о мышлении, совершать восхождение по ступеням категорий Логики, шагая от бытия через сущность к понятию, — т. е. читая с пониманием параграф за параграфом (или сочиняя эти параграфы) текст сочинения по логике» (*Ильенков Э. В.* Проблема идеала в философии. Гегель и герменевтика. С. 85).

<sup>170</sup> Нерсесянц В. С. Философия права Гегеля. С. 58.

<sup>171</sup> О прогрессе права см.: Нерсесянц В. С. Философия права. С. 149–153.

<sup>172</sup> Подробнее см.: Бердяев Н. А. Личность и общинность (коммунотарность) в русском сознании // Бердяев Н. А. Истина и откровение: Прологомены к критике откровения. С. 235–261; Плотников Н. От «индивидуальности» к «идентичности» (история понятий персональности в русской культуре) // Новое литературное обозрение. 2008. № 91. С. 64–83. — О традиционном противопоставлении государства (публичной власти) и личности в русской общественной мысли см.: Плотников Н. Das Individuum und der Staat in der russischen Ideengeschichte // Das normative Menschenbild in der russischen Philosophie. S. 223–237.

## ЛИЧНОСТНОЕ НАЧАЛО ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ

Поскольку личность обнаруживается в отношениях между людьми,<sup>173</sup> лично ориентированная трактовка правовой культуры начинается с понятий *правового общения и правоотношения*.<sup>174</sup> Общение состоит из двух видов отношений: безличное общественное отношение и межличностное (психологическое) отношение.<sup>175</sup> Таким образом, правовое общение включает в себя как правоотношение (общественное отношение),<sup>176</sup> так и опирающееся на эмоции и чувства межличностное взаимотношение.<sup>177</sup>

Право предоставляет равным равное, а неравное — неравное, тем самым достигая справедливости.<sup>178</sup> Иными словами, право уравнивает граждан в свободе путем абстракции от многочисленных различий между людьми, однако принимает во внимание такие различия, которые значимы для целей правового регулирования, без учета которых справедливость в общественных отношениях не будет достигнута.<sup>179</sup> При этом правоотношение (право в действии) оказывает влияние на характер сопутствующего межличностного отношения.<sup>180</sup> Благодаря *социализации* — усвоению и воспроизводству человеком социального опыта<sup>181</sup> — межличностное отношение приобщается к правовой культуре, составляя вместе с правоотношением гармоничное единство правового общения.

Равенство людей перед абстрактной правовой нормой сохраняет индивидуальность, уникальность и неповторимость каждого человека.<sup>182</sup>

<sup>173</sup> Ильенков Э. В. *Философия и культура*. С. 404–414.

<sup>174</sup> О правоотношении см.: *Нерсисянц В. С.* *Общая теория права и государства*. С. 503–517.

<sup>175</sup> *Андреева Г. М.* *Социальная психология*. Учебник для высших учебных заведений. М., 2008. С. 75. — «Крестьянин, продавая товар на рынке, получает за него определенную сумму денег, и деньги здесь выступают важнейшим средством общения в системе общественных отношений. Вместе с тем этот же крестьянин торгуется с покупателем и тем самым «лично» общается с ним, причем средством этого общения является человеческая речь. На поверхности явлений дана форма непосредственного общения — коммуникация, но за ней стоит общение, вынуждаемое самой системой общественных отношений, в данном случае отношениями товарного производства» (Там же. С. 76).

<sup>176</sup> Пример исследования правового общения в форме правоотношения см. в: *Варламова Н. В.* Специфика правового общения в системе социального взаимодействия // *Правовое общение. Постановка проблемы*. С. 22–29.

<sup>177</sup> «Природа межличностных отношений существенно отличается от природы общественных отношений: их важнейшая специфическая черта — *эмоциональная основа* (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (*Андреева Г. М.* *Социальная психология*. С. 72).

<sup>178</sup> О распределяющей (неравным не должно присуждаться равное) и уравнивающей (по модели эквивалентного обмена) справедливости см.: *Аристотель*. *Никомахова этика*. С. 136–140.

<sup>179</sup> О правовом равенстве см.: *Нерсисянц В. С.* *Философия права*. С. 30–36.

<sup>180</sup> См. также: *Андреева Г. М.* *Социальная психология*. С. 71.

<sup>181</sup> Там же. С. 267. — О социализации как функции права см.: *Лапаева В. В.* *Социология права*. С. 191–198.

<sup>182</sup> Г. Ф. Пухта ярко описывает спасительное действие абстрактной правовой нормы, которая создает условия для развития индивидуальностей: «Таким же образом право стремится к равенству, которое придает юридическому созерцанию вещей жесткий и холодный вид и нежной фантазии, игривой забаве чувств является неприятным. Многосторонность человеческого существа сливается в бесцветное понятие лица, богатство внешней природы исчезает в однообразном понятии вещи, и для общего, бесконечно многообразного гражданского оборота людей достаточно понятий требования и обязательства. Но право нужно обсуждать по его результатам. Под этим холодным покровом

Следовательно, правопорядок предполагает примирение с другим участником отношения в его своеобразии и индивидуальности: взаимодействуя по справедливым правилам, каждый остается таким, каков он есть. Право требует рассматривать согражданина не с позиции отторжения или неприятия, а сквозь призму *взаимного признания*, когда даже конфликты не ведут к уничтожению друг друга, а разрешаются по определенным процедурам. Взаимное признание составляет сущностную черту правового общения, взятого в единстве общественного отношения и межличностного взаимодействия.

Признание другого (как равного и свободного) отличается от (рационального) понимания, объяснения и познания другого, ведь признание не обязательно сопровождается пониманием, а понимание не всегда влечет за собой признание. В признании осуществляется отказ от насилия и принятие согражданина именно как *другого*, не такого, как Я. Если «знание есть форма использования»,<sup>183</sup> то понять — значит подчинить.<sup>184</sup> Поэтому исходной точкой и ориентиром правового регулирования является признание, а не понимание между людьми.<sup>185</sup> Это признание другого в его непохожести и самостоятельности должно быть взаимным, потому что в противном случае нельзя говорить о согласовании воли участников правоотношения, но только о зависимости и использовании одного другим (или о взаимном использовании). Действительно, отношение между господином и рабом, в конечном счете, отрицает свободу господина: поскольку раб не живет и не действует как свободный, через общение с рабом свободный человек осознает себя господином (хозяином), но не свободным,<sup>186</sup> — поэтому освобождение рабов является величайшим благом для их господина.<sup>187</sup>

Применительно к индивидуальному поведению и психологии личности правовое общение опирается на *социальную установку на признание*

---

движется и бьется теплая жизнь во всем своем разнообразии беспрепятственно и без стеснения, получая от него содействие и охрану. То, что беспредельному чувству кажется лишением, уменьшением богатства многостороннего бытия, есть именно элемент, не допускающий падения индивидуальностей. Юридический порядок можно сравнить с разумом, который в роскошном, непроходимом лесу оправляет и очищает деревья и кустарники, угрожающие друг друга заглушить, и которого деятельность, однако, в состоянии возбудить детское негодование» (Лухта Г. Ф. Энциклопедия права // Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010. С. 437–438).

<sup>183</sup> *Черновые наброски* В. С. Нерсисянца, которые, по замыслу автора, могли бы лечь в основу философских эссе // *Философия права в России: история и современность*. Мат-лы третьих философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсисянца / отв. ред. В. Г. Графский. М., 2009. С. 284.

<sup>184</sup> «Воля, противостоящая чужой воле, вынуждена признать ее абсолютно внешней, непереводимой в план имманентного мышления. Другой не может стать содержанием для меня, как бы далеко ни простиралось мое мышление: он то, что нельзя помыслить, он — бесконечность, он признан бесконечностью. Это признание его возникает не как мышление, а как моральность» (Левинас Э. *Избранное*. Тотальность и Бесконечное. М.; СПб., 2000. С. 231).

<sup>185</sup> «И только человек способен быть для меня абсолютно чужим — человек, не относящийся ни к какому роду, не поддающийся типологизации, классификации, чуждый определениям, — и, следовательно, являющийся завершением “познания”... Инаковость другого — его свобода! Только свободные существа могут быть чужими по отношению друг к другу. Их общая свобода есть как раз то, что их разделяет» (Там же. С. 106–107).

<sup>186</sup> См. очерк Г. Гегеля о диалектике господства и рабства: *Гегель Г. В. Ф. Феноменология духа*. СПб., 2006. С. 103–106.

<sup>187</sup> *Гегель Г. В. Ф. Философия права*. С. 274.

другого.<sup>188</sup> Эта социальная установка имеет две стороны: во-первых, отказ от претензий на понимание другого в его целостности, потому что такие претензии ведут к навязыванию чуждых образцов и правил поведения, а значит, подавлению другого; во-вторых, учет интересов и внимание к требованиям другого, если таковые заявлены или разумным образом предполагаются.

Когда Я сталкивается с другим в общении, Я касается другого чувствами, а не разумом,<sup>189</sup> — с этой точки зрения чувственное межличностное отношение первичнее рационализированного общественного отношения. Свободный человек преодолевает одностороннюю погруженность в чувство и возвращается к самому себе: «В определенности человек не должен чувствовать себя определяемым; рассматривая другое как другое, он лишь тогда обретает ощущение себя».<sup>190</sup> Эту мысль важно продолжить: *благодаря столкновению с другим человек открывает другого в самом себе*. Межличностное общение показывает каждому его непохожесть, отличие от другого: не только другой — не такой, как Я, но также Я — не такой, как другой.<sup>191</sup> В общении используются имена собственные.<sup>192</sup> Именно приобретенное посредством общения сознание *собственной инаковости* является предпосылкой человеческой свободы.<sup>193</sup> Обнаруживая в себе другого, человек отличает себя от своей жизнедеятельности — это недоступно животному.<sup>194</sup> Только утверждая себя как другого, человек достигает *автономии воли*, способности самому себе ставить цели, противостоять действию посторонних причин, не быть средством — как в природе, так и в обществе.<sup>195</sup>

Личность появляется тогда, когда человек сознает свою инаковость: «Человек никогда не совпадает с самим собой. К нему нельзя применить формулу тождества: А есть А. По художественной мысли Достоевского, подлинная жизнь личности совершается как бы в точке этого несовпадения человека с самим собою, в точке выхода его за пределы всего, что он есть как вещное бытие, которое можно подсмотреть, определить и предсказать помимо его воли».<sup>196</sup> Обретение инаковости позволяет контролировать

---

<sup>188</sup> О социальной установке (аттитуде) как предрасположенности и готовности к определенному действию в социальном мире см.: *Андреева Г. М.* Социальная психология. С. 278–292.

<sup>189</sup> Ср.: «Универсальное мышление обходится без общения. Разум не может быть другим для разума» (*Левинас Э.* Избранное. Тотальность и Бесконечное. С. 105).

<sup>190</sup> *Гегель Г. В. Ф.* Философия права. С. 74–75.

<sup>191</sup> Д. Бэксхерст отмечает продуктивность изучения личности сквозь призму общения, с позиции второго лица (*second-person perspective*): «Позиция второго лица уже содержит признание субъективности другого и, как можно утверждать, одновременно представляет Я (*self*) таким образом, который обеспечивает встречное признание со стороны другого лица. Обращение к другому “ты” равнозначно признанию его или ее рациональным субъектом, носителем разума (*inhabitant of the space of reasons*)» (*Bakhurst D.* The Formation of Reason. P. 63).

<sup>192</sup> Ср.: «Пожалуй, наиболее резким проявлением человеческой природы является пользование собственными именами и связанное с этим выделение индивидуальности, самобытности отдельной личности как основы ее ценности для “другого” и “других”. “Я” и “другой” — две стороны единого акта самосознания и невозможны друг без друга» (*Лотман Ю. М.* Семиосфера. С. 36).

<sup>193</sup> Ср.: *Арендт Х.* Vita activa, или О деятельной жизни. СПб., 2000. С. 232.

<sup>194</sup> *Ильенков Э. В.* Философия и культура. С. 262.

<sup>195</sup> Об автономии и гетерономии воли см.: *Кант И.* Сочинения. Т. 4. Ч. 1. С. 283–291.

<sup>196</sup> *Бахтин М. М.* Проблемы поэтики Достоевского // Бахтин М. М. Собрание сочинений. Т. 6. М., 2002. С. 70.

потребности и влечения, критически относиться к требованиям отдельных людей или общества, к традициям и законам, образцам и идеалам, чтобы либо осмысленно отказаться от выполнения и послушания, либо принять извне данное как обоснованное и разумное, как свое собственное, действовать ответственно и добровольно. Здесь человек свободно создает свой мир. Самореализация противостоит фанатичному следованию догмам или замыслам, максималистское увлечение которыми, представляя они даже достойнейшие цели, ведет лишь к разрушению.<sup>197</sup> Равным образом личность не имеет ничего общего с уходом в себя, восторженной или болезненной мечтательностью, часто питаемой ленью или страхом.<sup>198</sup> Лишь человек, который при необходимости осознанно отказывается от того, с чем себя отождествляет, даже от жизни, иначе говоря, отказывается от отождествления себя с чем-либо или кем-либо, состоится как личность.<sup>199</sup> Личностное самосознание предполагает общение и вступление в действительность, ведь только во взаимодействии с другим дано увидеть собственную непохожесть. Поскольку инаковость обретается в определенном отношении к другому, воображение себя как *изначально и всегда* иного или особенного есть безжизненная абстракция, которая маскирует пустоту. Таким образом, личностное самосознание есть постоянный труд, иногда кажущийся обыденным и малым, — подобным образом инаковость подростка возникает в противостояниях с родителями, но не с товарищами.<sup>200</sup> Однако любой опыт инаковости поддерживает личность в жизненных трудностях и конфликтах, помогает двигаться вперед.

Инаковость идет изнутри — утверждение инаковости есть *поступок* в философском смысле.<sup>201</sup> Выполнение предписаний или правил, следование рациональным соображениям и теориям, стремление к цели, желание стать лучше или непохожим на других, вообще оценивание, мышление, убеждение и рассуждение не имеют здесь решающего значения.<sup>202</sup>

<sup>197</sup> Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. С. 70–71.

<sup>198</sup> Ср.: «Воля, которая ничего не решает, не есть действительная воля; бесхарактерный человек никогда не приходит к решению. Причина колебания может заключаться и в нежности души, которая знает, что в определении она вступает в область конечного, ставит себе границу и отказывается от бесконечности: она же не хочет отказаться от тотальности, к которой стремится. Такая душа мертва, хотя она и хочет быть прекрасной. Кто хочет совершить великое, говорит Гёте, должен уметь ограничивать себя. Лишь благодаря решению человек вступает в действительность, как бы тяжело это ему ни было, ибо косность не хочет выходить из состояния глубоких размышлений, в которых она сохраняет всеобщую возможность. Но возможность еще не есть действительность. Поэтому воля, уверенная в себе, не теряет себя в определенном (сноска внутри цитаты опущена. — В. С.)» (Там же. С. 78–79).

<sup>199</sup> Ср.: Гегель Г. В. Ф. *Феноменология духа*. С. 102.

<sup>200</sup> Ср.: «Общеизвестный негативизм подростков по отношению к родителям и вообще старшим, будучи одним из способов утверждения своей самостоятельности, сочетается с весьма жесткой конформностью внутри коллектива сверстников» (Кон И. С. *В поисках себя: Личность и ее самосознание*. С. 270–271). — См. также: Кон И. С. *Дружба*. СПб., 2005. С. 210–215.

<sup>201</sup> Бахтин М. М. *К философии поступка* // Бахтин М. М. *Собрание сочинений*. Т. 1. М., 2003. С. 7–68. — См. также: Гусейнов А. А. *Закон и поступок*. С. 12–25; *Соболева М. Правда поступка в философии Бахтина* // «Правда»: дискурсы справедливости в русской интеллектуальной истории / под ред. Н. С. Плотникова. М., 2011. С. 185–195. — О поступке в свете психологии личности см.: *Соколова Е. Л. С. Выготский, А. Н. Леонтьев и категория личности в истории советской психологии* // *Персональность. Язык философии в русско-немецком диалоге*. С. 390–403.

<sup>202</sup> Ср. обсуждение Э. Фроммом взаимосвязи свободы и спонтанности: *Фромм Э. Бегство от свободы*. М., 2001. С. 244–262. — Ср. также: «Человек есть не что иное, как его

Выдвижение на первый план правильности каждодневного поведения и сопутствующий отказ от инаковости становятся факторами порабощения социальными силами и отчуждения человека в современном мире.<sup>203</sup> Напротив, поступок не нуждается ни в обосновании, ни в оправдании, которое можно примыслить лишь *post factum*: поступок совершается не потому, что он — правильный или целесообразный, но потому что он — человеческая жизнь. Студента, не готового к экзамену, но этим пренебрежением к оценке и знаниям в некотором смысле заявившего о себе, в данной конкретной ситуации можно с большим основанием назвать личностью, чем студента, хорошо подготовившегося и сдавшего экзамен без искренней заинтересованности, лишь потому, что так положено. Поступок есть действительность здесь и сейчас, поэтому поступок — сама истина, которая, как известно, конкретна.<sup>204</sup> Утверждение своей инаковости равнозначно признанию инаковости другого: если Я — другой, не такой, как ты, то ты — также другой. Поэтому критерий поступка состоит в том, что человек *утверждает* свою инаковость, но *не отрицает* инаковость другого. Важные этические понятия совести, достоинства, честности и ответственности неразрывно связаны с этим поиском и обретением другого как в самом себе, так и в близких и далеких людях, вообще в окружающем мире;<sup>205</sup> «поступок в его

---

проект самого себя. Человек существует лишь настолько, насколько себя осуществляет. Он представляет собой, следовательно, не что иное, как совокупность своих поступков, не что иное, как собственную жизнь» (*Сартр Ж.-П.* Экзистенциализм — это гуманизм // *Сумерки богов.* М., 1990. С. 333).

<sup>203</sup> Об отчуждении как утрате человеком самого себя в общественных отношениях см.: *Гулыга А. В.* Эстетика в сфере аксиологии. Пятьдесят лет на Волхонке. С. 311–359; *Ильенков Э. В.* Философия и культура. С. 141–152. — Ср. также: «Современный человек чувствует себя уверенно, богато и ясно там, где его принципиально нет, в автономном мире культурной области и его имманентного закона творчества, но неуверенно, скудно и неясно, где он имеет с собою дело, где он центр исхождения поступка, в действительной единственной жизни, т. е. мы уверенно поступаем тогда, когда поступаем не от себя, а как одержимые имманентной необходимостью смысла той или другой культурной области, путь от посылки к выводу совершается свято и безгрешно, ибо на этом пути меня самого нет» (*Бахтин М. М.* К философии поступка. С. 23). О подавлении свободы посредством навязанного обществом конформизма см.: *Фромм Э.* Бегство от свободы. С. 181–200, 229–244.

<sup>204</sup> «Только личность в конкретной единственности своего бытия может знать, как она должна поступать, она несет свои нормы в себе, ее познание и есть ее должествование. Что касается всеобщих этических норм, якобы в себе верных и значимых, то они являются формой абстрактного, теоретического отношения к миру и какую бы важную истину они в себе ни несли, они не включают в себя единственность бытия того, кто поступает, и не говорят о том, что делать именно ему на его единственном месте, в его уникальной ситуации... Поступок следует за решением, он есть результат решимости. Он переводит возможность (одну из многих, бесчисленных возможностей) в единственную действительность. Его нельзя обернуть назад, он совершен раз и навсегда и в этом смысле безысходен. Если уж Рубикон перейден, то он перейден. И это невозможно исправить. Поступок впечатывается в бытие. Как факт бытия он абсолютен. Про него нельзя сказать, что он истинен; он сам есть истина. Его нельзя познать, исследовать, ибо до этого и для этого его надо совершить» (*Гусейнов А. А.* Закон и поступок. С. 23–24).

<sup>205</sup> Ср. высказывание Н. А. Бердяева касательно общения с неодушевленной природой; по-видимому, эти слова хорошо выражают пафос современного экологического сознания: «Ошибочно думать, что общение, преодолевающее одиночество, возможно лишь человека с человеком, лишь для человеческого дружбы. Оно возможно с миром животным, даже растительным и минеральным, которые имеют свое внутреннее существование. Дружба возможна с природой, с океаном, с горой, с лесом, с полем, с рекой... В этой точке совершается примирение человека с отчужденной, объективированной

целостности более чем рационален, — он *ответственен* (разрядка в оригинале заменена на курсив. — В. С.)».<sup>206</sup>

Поэтому не является поступком любое использование другого в качестве средства, среди прочего, лишение собственности, оскорбление, рукоприкладство или убийство как крайняя форма отрицания другого. Подобные действия должны получать отпор. Поскольку требуется восстановить взаимное признание, надлежащее противодействие состоит не в отрицании, но в утверждении инаковости, иными словами, нарушителю нужно показать его инаковость.<sup>207</sup> Поэтому ответное действие должно быть равноценным нарушению, но едва ли зеркальным отражением: оскорбление в ответ на оскорбление, вообще месть переводит конфликт в дурную бесконечность взаимного отрицания, а значит, не достигает цели утверждения инаковости. На современном этапе правового развития уголовные наказания обоснованно отличаются от преступления по форме и содержанию, например, лишение свободы за грабеж. Благодаря справедливому наказанию преступник обретает личность, становится частью общества — преступник имеет право на наказание.<sup>208</sup> В смертной казни лишение жизни предстает средством возрождения личности преступника. Сфера применения должна быть ограничена умышленным убийством с отягчающими обстоятельствами: смертная казнь назначается в исключительных случаях за преступления против жизни.<sup>209</sup> При преступлениях такой тяжести только это наказание восстанавливает личность убийцы и поэтому в полной мере справедливо. Во всяком случае неосторожное причинение смерти, убийство в состоянии аффекта, убийство при превышении пределов необходимой обороны или убийство в драке или иной подобной ситуации, когда сам убийца мог быть убитым, не караются смертью.<sup>210</sup> Справедливый суд и лишение жизни как наказание и необходимость, но не месть, смертная казнь как обязанность общества — последняя честь, которая оказывается человеку, совершившему подобное преступление.<sup>211</sup>

Поступок вторгается в мир и затрагивает интересы другого; поступок изменяет ход событий, поскольку реализует одну из многих возможностей; в качестве нового начала поступок ставит под угрозу сложившееся положение вещей. Но поступок нельзя назвать злом, хотя всегда находится недовольный, готовый любое новое вообразить злом: «Каждый новый шаг

---

природой, в природе человек встречает не объект, а субъекта, друга» (Бердяев Н. А. Я и мир объектов. Опыт философии одиночества и общения // Бердяев Н. А. Философия свободного духа. М., 1994. С. 277).

<sup>206</sup> Бахтин М. М. К философии поступка. С. 30.

<sup>207</sup> Результатом этого является, среди прочего, разрыв преступника с самим собой прежним. Ср.: «Муки раскаяния прожигают душу глубже, чем угрызения совести; они кончаются полным отсечением того злого аспекта воли, который привел к дурному поступку, и глубоким изменением эмпирического характера человека. Когда у человека является сознание “я уже не тот, каким был раньше”, он так отделяется от своего злого дела, что оно перестает мучить его, и он способен начать новую жизнь, бодрую, полную веры в будущее» (Лосский Н. О. Условия абсолютного добра. С. 140) (в отличие от заявленного в настоящей работе понимания поступка в приведенном высказывании Н. О. Лосского поступок означает любое действие или поведение).

<sup>208</sup> См. также: Гегель Г. В. Ф. Философия права. С. 147–151.

<sup>209</sup> Пункт 2 ст. 20 Конституции РФ.

<sup>210</sup> Статьи 59, 105–109, 277, 295, 317, 357 Уголовного кодекса РФ.

<sup>211</sup> Правовую оценку смертной казни и критику отмены этого наказания см. в: Нерсесянц В. С. Философия права. С. 628–631. — См. также: Лосский Н. О. Условия абсолютного добра. С. 151–156.

вперед необходимо является оскорблением какой-нибудь святыни, бунтом против старого, отживающего, но освященного привычкой порядка».<sup>212</sup> Напротив, зло состоит в отказе от поступка — вне поступка нет инаковости и свободы, исчезает личность и приходит в упадок общение между людьми.

\* \* \*

Право состоит из *правил* общения между людьми на основе взаимного признания. Правовые нормы излагают личностное содержание общения рационализированным языком основополагающего правового принципа — *принципа формального равенства*.<sup>213</sup> Поскольку право — дело всего общества, правовые нормы, законодательные положения должны быть обоснованы рациональным путем и понятны с разделяемой всеми разумной точки зрения. Хотя чувство играет важную роль, ибо в общении благодаря чувству человек обнаруживает *другого*, все же содержание чувства неопределенно, здесь господствует случайность. «Если бы все то, что есть в чувстве, было истинным, истинным было бы вообще все»<sup>214</sup> — рациональность правовых норм призвана устранить произвол чувственного отношения, тем самым обеспечить общепризнанность и общеобязательность законов.

Право регулирует общение с *другим*, поэтому богатство правового регулирования не исчерпывается наличием текстами правовых норм. Язык законов образует *юридический (правовой) дискурс* с характерными словами и выражениями, предпосылками, смыслами и своеобразным видением окружающей действительности.<sup>215</sup> Учитывая игровой характер человеческой культуры,<sup>216</sup> право видится также как совокупность соответствующих принципу формального равенства *правил игры* между людьми. С этой точки зрения изучение правоотношения сквозь призму теории игр представляется обоснованным и перспективным подходом.<sup>217</sup> Однако ни одно из трех указанных определений — право как система норм, как дискурс или как правила игры — в полной мере не учитывает существование другого человека с другими ожиданиями. Невнимание к изначально неправовой реальности, противостоящей праву и его внутреннему смыслу, приводит к теоретическим и практическим ошибкам. Именно присутствие *другого* объясняет правовой прогресс, понимаемый как надлежащее юридическое признание и оформление новых общекультурных, экономических или иных запросов общества. Без выхода во внеправовую действительность право превращается в игру, которая заслуживает серьезности едва ли большей, чем компьютерная игра. Право представляет собой важное дело только благодаря неустранимому участию другого, который способен поставить под сомнение установленные правила игры, — «в условиях правовой

---

<sup>212</sup> Энгельс Ф. Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. 2-е изд. Т. 21. М., 1961. С. 296.

<sup>213</sup> О формальном равенстве как сущности права см.: Нерсесянц В. С. Философия права. С. 30–48.

<sup>214</sup> Гегель Г. В. Ф. Философия религии. Т. 1. С. 307.

<sup>215</sup> О дискурсе см.: Степанов Ю. С. Альтернативный мир, Дискурс, Факт и принцип Причинности // Язык и наука конца XX века. Сб. статей / под ред. Ю. С. Степанова. М., 1995. С. 36–46.

<sup>216</sup> Хейзинга Й. Homo ludens. Человек играющий. СПб., 2011. С. 291–292.

<sup>217</sup> Подробнее см.: Милкин-Скопец М. А. О равновесной теории разумности // Российский ежегодник сравнительного права. № 1. 2007 / под ред. Д. В. Дождева. СПб., 2008. С. 87–102.



формы бурлит невыдуманная драма самой жизни с подлинными приобретениями и потерями».<sup>218</sup>

Если в отношении с другим данная норма оказывается несправедливой, она должна быть изменена или приспособлена к обстоятельствам ситуации. Конкретный закон менее важен, чем право в целом и справедливость: «Не из правила формируется право, но из действующего права создается правило».<sup>219</sup> Таким образом, настоящее содержание правового регулирования обнаруживается не в формулировках норм, но в правовом общении, на уровне права в действии. Здесь видно, что не может быть хороших законов, которые плохо применяются: плохо применяемый закон — всегда плохой закон.<sup>220</sup> Столкновение с другим подвергает проверке разумность правовой нормы, которая вновь и вновь должна доказывать свою практическую применимость и пригодность. Поэтому правовая система никогда принципиально не является совершенной и завершенной — подобным образом вообще мышление никогда не постигает тайны бытия.<sup>221</sup> Полнота права заключена не в текстах и нормах, но в *правовой жизни*.

Оторванность от действительности и непрактичность свидетельствуют об ошибочности юридической теории. Например, развиваемое В. А. Четвернинным и некоторыми другими современными исследователями неолиберальное естественно-правовое учение в значительной мере неспособно принять внеправовую реальность такой, какова она есть. Поскольку либертарно-юридическая теория права указывается в числе источников указанного неолиберального учения,<sup>222</sup> последнее иногда именуется по названию первой, но ввиду принципиального различия между двумя подходами подобное заимствование наименования неправильно и вводит в заблуждение.<sup>223</sup> Несмотря на сохранение терминологии либертарно-юридической теории и развитие ряда ее положений, неолиберальный подход к праву утратил важнейшее достижение либертарно-юридического правопонимания, ибо отказался от изучения права в *единстве* сущности (принцип формального равенства) и явления (приказ государственной власти).<sup>224</sup> Между тем именно эта исходная установка позволяет либертарно-юридической теории претендовать на преодоление противоречия между юридическим позитивизмом (легизмом) и естественно-правовой доктриной.<sup>225</sup> Забвение этой позиции — при одновременном утверждении понимаемого в капиталистическом ключе принципа формального равенства в качестве ориентира для законодателя,<sup>226</sup> как своеобразного *идеаль-*

<sup>218</sup> *Нерсисянц В. С.* Философия права. С. 64.

<sup>219</sup> Павел, D. 50, 17, 1 (цит. по: *Дигесты* Юстиниана. Т. VII. Полумом 2. С. 523).

<sup>220</sup> *Seidman A., Seidman R. B.* Drafting Legislation for Development: Lessons from a Chinese Project // *American Journal of Comparative Law*. 1996. N 44. P. 27.

<sup>221</sup> «Предположение о тождестве бытия и мышления не считается с иррациональностью бытия, оно имеет дело с рационализированным уже бытием. Но в бытии есть темная основа» (*Бердяев Н. А.* Я и мир объектов. Опыт философии одиночества и общения // *Бердяев Н. А.* Философия свободного духа. С. 253). Ср. также: тайна «повсюду там, где есть знание, подразумевающее незнание; тайна — не в неведомых галактиках, но тут, под рукой» (*Нерсисянц В. С.* Черновые наброски. С. 289).

<sup>222</sup> *Четвернин В. А.* Введение в курс общей теории права и государства. С. 40.

<sup>223</sup> Подробный разбор и критику неолиберального естественно-правового учения с позиций либертарно-юридической теории права см. в: *Лапаева В. В.* Типы правопонимания. С. 376–392.

<sup>224</sup> *Нерсисянц В. С.* Философия права. С. 29.

<sup>225</sup> О типах правопонимания см.: Там же. С. 20–30.

<sup>226</sup> *Четвернин В. А.* Введение в курс общей теории права и государства. С. 18–19.

ного правового начала, — превращает неолиберальное правовое учение в одну из теорий естественного права с сопутствующей произвольностью и случайностью выдвинутых естественно-правовых притязаний.<sup>227</sup>

Согласно либертарно-юридической теории правовой принцип формального равенства воплощается в различных конкретных формах в зависимости от социально-экономических условий, исторического опыта, общекультурных и иных внеправовых факторов.<sup>228</sup> Мера свободы в виде той или иной общеобязательной правовой нормы не известна заранее и не спущена сверху, но формируется на основе ответственного, часто трудного обсуждения и общего согласия граждан в данных обстоятельствах места и времени.<sup>229</sup> Например, прогрессивное налогообложение доходов физических лиц может быть поддержано в одном обществе как справедливое, но в другом обществе или в другое время осуждаться как несправедливое. Принцип формального равенства есть *принцип с изменяющимся содержанием* — важно только, что правовой закон рассматривается всеми как разумный закон, подчинение поддерживается убеждением в справедливости закона, а не вынуждается страхом наказания. Социальное законодательство не является неправовым только потому, что оно чуждо идеалу свободного рынка. Преимущества, которые закон предоставляет некоторым гражданам, но которые не доступны другим членам общества, имеют правовой характер в том случае, если в наличных обстоятельствах места и времени разумно рассматривать такие преимущества как предполагаемые общеустановленной мерой свободы, если они поддерживаются обществом в качестве обратной стороны гарантированных правом возможностей каждого. В либертарно-юридической теории такие преимущества именуется *льготами* и отличаются от *привилегий*; последние нарушают принцип формального равенства, поскольку предусматривают исключения из общих правил в эгоистических интересах отдельных лиц.<sup>230</sup>

В рамках неолиберального учения о праве принцип формального равенства трактуется в капиталистическом духе как равенство юридических возможностей экономических субъектов, здесь правовое начало подчинено интересам частных собственников.<sup>231</sup> Поэтому множество распространенных законодательных институтов, таких как прогрессивное налогообложение доходов, поддержка социально незащищенных членов

---

<sup>227</sup> «Авторы различных естественно-правовых концепций по-разному представляют себе конкретное содержание естественного права» (*Нерсесянц В. С.* Философия права. С. 23).

<sup>228</sup> Там же. С. 36, 48, 88.

<sup>229</sup> *Лапаева В. В.* Типы правопонимания. С. 384–386.

<sup>230</sup> Об отличии льгот от привилегий см.: *Лапаева В. В.* Социология права. С. 186–187.

<sup>231</sup> Показательно, что В. А. Четвернин ограничительно истолковывает рассуждения Аристотеля о распределяющей справедливости, приводя в качестве примера распределяющей справедливости ситуацию из области частного права: «Если два человека приобрели акции одного и того же акционерного общества, причем один — в сто раз больше, чем другой, то будет справедливо, если первый получит дивиденды (или понесет убытки) тоже в сто раз больше». Напротив, пособие по безработице объявляется противной праву привилегией безработного за счет работающих (*Четвернин В. А.* Введение в курс общей теории права и государства. С. 48–49). Однако при разборе распределяющей справедливости Аристотель говорит о равенстве *по достоинству* (*Аристотель.* Никомахова этика. С. 137). Этот особый вид справедливости учитывает своеобразие политического и экономического устройства государства; говоря современным языком, распределяющая справедливость содержит ориентир прежде всего для *публичного права*.

общества и защита работников по трудовому договору, объявляются неправовыми, но необходимыми явлениями.<sup>232</sup> Иными словами, ради социальной стабильности законодателю якобы приходится идти на компромисс, издавая законы вопреки принципу формального равенства; вообще «право не является универсальным регулятором и применяется не во всех сферах общественной жизни».<sup>233</sup> В этих рассуждениях обнаруживается неспособность неolibерального учения о праве предложить целостное теоретическое объяснение действующих законов. Подобная несостоятельность неизбежно оборачивается оправданием произвола власти при регулировании важнейших общественных отношений.<sup>234</sup> Парадоксальным образом естественно-правовое учение прокладывает дорогу юридическому позитивизму.<sup>235</sup> Напротив, либертарно-юридическая теория стремится разрешить проблему посредством осмысления принципа формального равенства как сущности всего корпуса позитивного права. Собственность — лишь момент и одно из измерений права, поэтому правовой принцип формального равенства уместно искать не в отношениях между собственниками, а в отношениях между свободными. Эта парадигма предлагает законодателю ориентир правотворческой деятельности во всех областях, правовое регулирование не замыкается в уютном, однако безжизненном мире юридических абстракций и неоспоримых истин, но открывается навстречу справедливым ожиданиям внеправовой действительности. Здесь *summum jus* не превращается в *summa injuria*.

Столкновение права с внеправовой реальностью, иными словами, встреча человека юридического с другим подчеркивает значимость чувства как иррационального компонента правового общения и вообще деятельности в области права. Поскольку имеет место все же *правовое* общение, принципы и ценности права определяют содержание чувства. Сущностные черты правопорядка подсказывают, что для правового общения характерны *конъюнктивные чувства*.<sup>236</sup> В более конкретном плане правовое начало взаимного признания представляется тесно связанным с *чувством дружбы*: «Принцип доброго (*bonum*), манифестированный в дружбе, присущ и праву (*“ars boni et aequi”*); правовое равенство первоначально обретается среди друзей (а правовые партнеры становятся друзьями), и качество друга ожидается при любом правовом контакте... Качества *vir bonus* (добротного мужа) — нормативного участника правового общения — смоделированы с друга».<sup>237</sup> Влияние идеала дружбы на правовое регулирование особенно заметно в современном международном публичном праве, которое призвано обеспечить среди прочего *дружественность* межгосударственных отношений.<sup>238</sup> Дружеское чувство как компонент правового общения

<sup>232</sup> Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства. С. 48, 204, 200.

<sup>233</sup> Там же. С. 48.

<sup>234</sup> Ср.: «Социальное законодательство — это, в сущности, неправовое, *произвольное* (в нейтральном смысле) законодательство (курсив мой. — В. С.)» (Там же. С. 204).

<sup>235</sup> См. также: Лапаева В. В. Типы правопонимания. С. 120.

<sup>236</sup> «...*конъюнктивные* — сюда относятся разного рода сближающие людей, объединяющие их чувства... *дисъюнктивные* — сюда относятся разъединяющие людей чувства, когда другая сторона выступает как неприемлемая... (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (Андреева Г. М. Социальная психология. С. 73).

<sup>237</sup> Дождев Д. В. Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 142–143 (сноска внутри цитаты опущена).

<sup>238</sup> Преамбула Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом

(чувство правовой дружбы) отличается от правового чувства (чувства справедливости). Последнее представляет собой образуемое правовыми принципами и ценностями чувственное отношение к различным явлениям социальной жизни, например, законам, учреждениям или отдельным человеческим действиям. Напротив, чувство дружбы присутствует в правовом общении как ожидаемое чувственное восприятие другого в его целостности.<sup>239</sup>

Обозначенные перспективы социально-психологической разработки либертарно-юридической теории не подразумевают трансформацию последней в психологическое учение о праве наподобие созданной Л. И. Петражицким позитивистской психологической теории права.<sup>240</sup> Понятие права остается точкой отсчета: чувство дружбы присуще человеку юридическому ввиду согласованности этого чувства с началом формального равенства. Рациональность права распространяет дружеские отношения на всех членов общества, одновременно устраняя случайность субъективной настроенности. Как и полагается между друзьями, взаимодействие участников правового общения предполагает взаимность и доверие — как объективное требование, а не только как субъективное чувство.

\* \* \*

Взгляд на правопорядок сквозь призму дружбы фокусирует внимание на межличностном уровне правового общения. Важность межличностных отношений для юридической области связана с исполняемой ими ролью факторов личностного самосознания. «Субъективная реальность человеческого Я, — пишет И. С. Кон, — не может быть полностью объективирована в предметной деятельности. Она обязательно предполагает общение с каким-то реальным или воображаемым Ты. Чем сложнее и многограннее личность, тем сильнее ее потребность в такой встрече и тем специфичнее средства этой коммуникации. Человек не может ни осмыслить, ни даже прочувствовать свою внутреннюю жизнь иначе, чем через Других, близких ему людей, общение с которыми или страх утраты которых открывает ему смысл и ценность собственного бытия».<sup>241</sup> Поскольку право защищает *общее благо*, под которым понимается определенное на основе общественного согласия благо каждого,<sup>242</sup> в правовой жизни происходит постоянное творение добра и блага. Показательно, что Аристотель определяет правосудность (справедливость) в целом как обращенную на другое лицо добродетель: «Правосудность сия есть совершенная добродетель, однако, не безотносительно, но в отношении к другому... правосудность единственную из добродетелей почитают “чужим благом” затем, что она существует в отношении к другому. Действительно, [правосудный] приносит пользу другому, будь то начальник или [один] из сограждан».<sup>243</sup> Ввиду

---

Организации Объединенных Наций (1970 г.), гласит: «Согласно Уставу ООН поддержание международного мира и безопасности и развитие дружественных отношений и сотрудничества между государствами входят в число основных целей ООН» ([www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/intlaw\\_principles.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml)).

<sup>239</sup> О перцептивной стороне общения (общение как восприятие) согласно социальной психологии см.: Андреева Г. М. Социальная психология. С. 116–134.

<sup>240</sup> Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.

<sup>241</sup> Кон И. С. Дружба. С. 174.

<sup>242</sup> Подробнее см.: Нерсесянц В. С. Философия права. С. 97–102.

<sup>243</sup> Аристотель. Никомахова этика. С. 133–134.

неразрывной связи между правом и благом межличностный компонент правового общения не может быть любым по своему характеру и направленности; напротив, содержание межличностного взаимодействия должно выражать волю содействовать благу другого в рамках данного правоотношения. Поэтому правовое общение предполагает чувство дружбы. Дж. Ролз продолжает: «Чувство любви и дружбы и даже чувство справедливости возникают из явного намерения других людей действовать для нашего блага. В силу того, что мы признаем, что они желают нам добра, мы, в свою очередь, озабочены их благополучием... Основная идея — это взаимность, тенденция отвечать тем же. Именно эта тенденция представляет собой глубокий психологический факт... Если мы отвечаем на любовь ненавистью или начинаем не любить тех, кто честно поступал с нами, или испытываем неприязнь к поступкам, способствующим нашему благу, общество вскоре распадется».<sup>244</sup>

Применительно к межличностному уровню правового общения представляется более уместным говорить скорее о чувстве дружбы, а не о чувстве любви.<sup>245</sup> Действительно, правовое общение не объединяет людей непосредственно как таковых. Напротив, правовое общение возникает по определенным вопросам взаимного интереса (например, организация коммерческого предприятия, отчуждение и приобретение товаров или отправление правосудия, или регистрация брака, или законотворчество, или военная служба и пр.). По этой же причине между гражданами государства (в качестве граждан) нет дружбы в полном смысле жизни *сообща*.<sup>246</sup> Но если правовое общение все же имеет место, оно сопровождается *правовой дружбой*<sup>247</sup> — разновидностью дружбы, которая осуществляет ценности, общие праву и дружбе, а именно взаимность и доверие.<sup>248</sup>

Несмотря на принципиальное различие между любовью и дружбой в психологическом плане,<sup>249</sup> может оказаться затруднительным провести четкую границу между этими чувствами в каждом конкретном случае.<sup>250</sup> Поэтому теоретическое осмысление межличностного уровня правового общения и чувства правовой дружбы находит определенную поддержку в понятии *соборности* как основанном на взаимной любви начале общественной

<sup>244</sup> Ролз Дж. Теория справедливости. С. 429.

<sup>245</sup> Ср.: «Часто выражали удивление, каким образом столь благородное отношение, как дружба, не попало в число того, к чему призывал Христос. Дружба есть отношение, обремененное особенностью, и мужчины становятся друзьями не столько непосредственно, сколько объективно в некотором субстанциальном союзе, в чем-то третьем, в принципах, в занятиях, в науке; короче говоря, этот союз основывается на некоем объективном содержании, а не есть склонность как таковая, подобно склонности мужчины к женщине как этой особенной личности» (*Гегель Г. В. Ф. Философия религии. Т. 2. С. 300*).

<sup>246</sup> Аристотель. Никомахова этика. С. 251–252.

<sup>247</sup> Ср. обсуждаемую Аристотелем «государственную дружбу»: Там же. С. 239–240, 218–223.

<sup>248</sup> О неписанных правилах дружбы см.: Кон И. С. Дружба. С. 160.

<sup>249</sup> «Любовь стремится к полному уничтожению расстояния между любящими, сливая их в единое целое. Напротив, дружба, даже самая интимная, в силу своего духовного характера предполагает некоторую деликатность и сдержанность, сохранение феноменологического расстояния между друзьями. Дружеское «мы» представляется менее слитным, допуская определенные расхождения и психологическую дистанцию» (Там же. С. 271).

<sup>250</sup> «Хотя люди различают любовные и дружеские чувства, дружба и любовь переживаются неодинаково и имеют разные критерии оценивания, эти чувства и отношения переплетаются и накладываются друг на друга» (Там же. С. 274).

жизни.<sup>251</sup> С этой точки зрения развиваемая в настоящей работе лично ориентированная трактовка правовой культуры отчасти перекликается с соответствующими наработками русской религиозной философии.

Важнейшая задача теоретического правоведения состоит в том, чтобы сформулировать и объяснить общепризнанный критерий оценки позитивного законодательства, который позволяет отличать субъективный приказ власти от общезначимой правовой нормы и в случае несоответствия критиковать конкретный закон как противоречащий праву. Либертарно-юридическое правопонимание видит такой критерий в принципе формального равенства, который раскрывается как равная мера свободы, равенство по справедливому закону.<sup>252</sup> В рамках настоящей работы этот подход получает развитие в социально-психологическом направлении. Существенный момент предложенной разработки состоит в обосновании *взаимного признания* в качестве принципа правового общения (понимаемого как единство правоотношения и сопутствующего межличностного взаимодействия) и *чувства правовой дружбы* — в качестве основы межличностного уровня правового общения. Эти выводы и соображения не отрицают право в качестве самостоятельной и не зависящей от произвола законодателя системы социальных норм, которые соответствуют принципу формального равенства. Напротив, взаимное признание и правовая дружба могут служить дополнительными критериями правовой оценки действующего законодательства: законы *должны* обеспечивать взаимное признание и способствовать правовой дружбе между гражданами государства.

Наличие у права собственного принципа, который определяет содержание конкретных правовых норм и отличает правовой закон от неправового приказа власти, требует сохранять обособленность правовой области при любом сопоставлении права с другими видами социальных норм (нравственные или религиозные правила и пр.) или сферами отношений между людьми. Право самодостаточно и не подчиняется каким-либо внешним соображениям или предписаниям. Поэтому любое определение права через известные внеправовые понятия будет верным только в той степени, в какой использованное внеправовое понятие содержит момент свободы. Предложенное В. С. Соловьевым понимание *права как минимума нравственности* или *добра*<sup>253</sup> направляет рассуждение на ложный путь, поскольку свобода воли утрачивает значение точки отсчета. По убеждению философа, определяющий принцип права есть вовсе не свобода или равенство в свободе, а «равенство в исполнении должного». При этом должное отождествляется со справедливостью, справедливость в свою очередь понимается как *равномерно применяемая жалость*, что связывает справедливость с нравственностью.<sup>254</sup> Дальнейшее разъяснение нравственной организации общества вдохновлено христианскими ценностями: государство должно признавать духовную власть христианской церкви, а экономическая деятельность должна быть направлена на накопление не материальных, а духовных благ ради приближения к Царству Божьему.<sup>255</sup> Даже если все граждане согласны с указанными возвышенными целями,

<sup>251</sup> О соборности как принципе общественного устройства см.: Франк С. Л. Духовные основы общества. М., 1992. С. 54–63.

<sup>252</sup> Подробнее см.: Нерсисянц В. С. Философия права. С. 30–55.

<sup>253</sup> Соловьев В. С. Оправдание добра // Соловьев В. С. Сочинения. В 2 т. М., 1988. Т. 1. С. 448, 450.

<sup>254</sup> Там же. С. 525–527.

<sup>255</sup> Там же. С. 529–540.

остаётся важный практический вопрос о пределах государственного принуждения, допустимого ради этих целей, и о формулировках конкретных законодательных предписаний. Учение о праве как минимуме нравственности оставляет решение вопроса в каждом конкретном случае на усмотрение власти имущих. Б. Н. Чичерин подвергает такую позицию обоснованной критике: «Минимум есть количественное определение, которое, по самому своему свойству, может увеличиваться и уменьшаться по произволу. Где же находится эта граница? Если это — минимум безусловного, то она должна определяться самими безусловными, а не посторонними соображениями, а потому должна быть так же безусловна, как и оно. И это определение для человека в высшей степени важно, ибо этим решается, в чем он свободен и в чем он подлежит принуждению».<sup>256</sup> Итак, понимание права как минимума нравственности на деле отрицает объективные сущностные свойства права, подчиняет правовое регулирование нравственным нормам, содержание которых возникает вполне произвольным образом. На основе высказанных в настоящей работе социально-психологических соображений более уместным представляется другое количественное определение: *правопорядок есть минимум дружбы*. Отсутствие дружбы ведет к отсутствию права. Дружба не появляется по приказу: необходимость создать условия для правовой дружбы (взаимности и доверия) определяет границу и содержание указанного минимума в каждой конкретной ситуации. Принцип свободы является главенствующим, ведь дружба возможна только между свободными людьми.<sup>257</sup>

Личность невозможна вне общения: личность внутри правопорядка образуется благодаря заключенному в правовой дружбе личностному отношению к другому. Личность становится субъектом деятельности в области права — в этом состоит личностное начало правовой культуры. Стремление к лучшей свободе открывает новый этап правового развития, в рамках которого новые идеалы свободы найдут свое осуществление в ранее не известных юридических формах.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подведем основные итоги настоящего исследования.

1. Культурологическое сравнительное правоведение изучает право в культурном контексте, является одним из главных течений современной юридической компаративистики. Внутри культурологического сравнительного правоведения различаются аналитическое и холистическое направления. Аналитический подход отграничивает правовую культуру от иных областей культуры. Обособление правовой культуры позволяет изучать взаимное влияние правовой культуры и общей культуры, а также сравнивать правовое регулирование в разных культурных контекстах посредством определенного основания сравнения. Напротив, холистический подход не отделяет правовую культуру от общей культуры, право (законодательное регулирование) рассматривается как непосредственный продукт свое-

---

<sup>256</sup> Чичерин Б. Н. О началах этики // Вопросы философии и психологии. М., 1897. Год VIII. Кн. 4(39). С. 686–687. — Об этой дискуссии между В. С. Соловьевым и Б. Н. Чичериным см.: Лапаева В. В. Типы правопонимания. С. 227–234.

<sup>257</sup> «Свободой мы обладаем уже в форме чувства, например в дружбе и любви. Здесь мы не односторонни в себе, а охотно ограничиваем себя в отношении другого лица, но знаем себя в этом ограничении самими собой» (Гегель Г. В. Ф. Философия права. С. 74).

образной культуры данного общества. Здесь подчеркивается недостижимость исчерпывающего познания иностранного права. Холистическое направление нацелено на преодоление культурных барьеров и взаимопонимание культур без стирания различий между ними.

2. Поскольку право представляет собой вид социальных норм, соответствующих принципу формального равенства, правовая культура образует относительно самостоятельную область общей культуры, отличающуюся правовыми ценностями. Для сравнения законодательного регулирования в различных культурах уместно использовать правовые принципы в качестве оснований сравнения. Критика законодательства направлена не на навязывание чуждых правил поведения, идеалов и мировоззрения, но на содействие правовому развитию силами данной культуры. Неустрашимость культурных различий не противоречит универсальной значимости правовых ценностей.

3. В современной российской юридической доктрине холистическое направление сравнительного правоведения представлено в основном различными изысканиями славянофильского толка. Политическая ангажированность смещает подобные работы из области науки в область идеологии и социальной мифологии. Главной целью становится защита самобытности отечественной культуры, универсальность правовых ценностей отрицается. Подобный подход препятствует развитию российской правовой культуры. Подлинная исследовательская задача состоит в том, чтобы найти обоснование личной свободы в отечественной культурной традиции.

4. С учетом своеобразного контекста российской духовной культуры представляется обоснованным сосредоточить усилия на анализе межличностного уровня правового общения. Если понятие *лица* как единичной свободной воли ориентирует на автономию и независимость человека, то юридическое понятие *личности* учитывает погруженность человека внутрь отношений с другими людьми. Свобода возникает на почве *взаимного признания*, достигнутого благодаря общению с *другим*. Сознание собственной непохожести есть предпосылка свободы — личность обретает свободу через осознание своей *инаковости* (личностное самосознание). Самореализация личности в *поступке* представляет собой утверждение собственной инаковости, но не отрицание инаковости другого человека.

5. В отличие от рационализированного общественного отношения межличностное отношение опирается на чувства и эмоции. Для межличностного уровня правового общения характерно *чувство правовой дружбы* — ожидаемое правопорядком чувственное отношение к *другому* в его целостности. Правовая дружба осуществляет ценности, общие праву и дружбе, — взаимность и доверие. Правовая дружба сопутствует любому правоотношению. Предпринятое исследование межличностного уровня правового общения использует достижения либертарно-юридической теории права, представляет собой разработку этой теории в социально-психологическом направлении.

6. Проблематика личности в праве, правового общения и правовой дружбы открывает новую перспективу правовых ценностей и идеалов свободы. Личностно ориентированная трактовка правовой культуры показывает, что не существует непреодолимой пропасти между универсальной юридической ценностью равенства в свободе и традициями российской духовной культуры.