СОВРЕМЕННОЕ ПРАВО И ПРАВОВОЕ ОБЩЕНИЕ ГЛАЗАМИ ИСТОРИКА¹

© 2013 г. Владимир Георгиевич Графский²

Краткая аннотация: обсуждаются некоторые аспекты истории и теории права, в частности специфические особенности и возможности коммуникативного подхода в современных социальных науках и юриспруденции, его дополнительные семантические возможности, которые получили истолкование в западноевропейской социологии и философии. Термин “коммуникация” сопоставляется с русским термином “общение” и при этом подчеркивается, что слово “общение” не сводимо по своему смыслу только к коммуникации.

Annotation: the article discusses some aspects of history and theory of law, especially the originality of displays of the communicative approach in modern social sciences and jurisprudence and common complementary semantic possibilities of communication concept which are outlined in West European sociology and philosophy. The conception of communication is compared with Russian word the dialogue and it is affirmed that its literal meaning is not reduced to dialogue.

Ключевые слова: современное право, правовое общение, теория права, классическая наука, постмодернизм, новые методологические подходы, интегральная юриспруденция.

Key words: modern law, legal communications, theory of law, classical science, postmodernism, the new methodological approaches, integral jurisprudence.

Для историка-юриста право, и в частности современное право, предстает социальным институтом, имеющим несколько существенных характеристик, из которых мы в данной публикации обратим внимание на следующие четыре, более всего полезные и необходимые при уяснении общего и особенного в историческом правовом опыте определенного народа или нации-государства. Эти характеристики могут быть представлены в таком виде: историческое возникновение права, затем его устойчивое функционирование в двух главных разновидностях (правовой обычай и закон), затем его краткая или длительная историческая эволюция (постепенная или радикальная) и, наконец, комплексная наличность правил-требований права в его итоговом, современном состоянии, т.е. целостная характеристика его исторически сложившихся содержательных, нормативных, структурных и системных свойств. Современное состояние права может аналитически фиксироваться не только на стадии текущей современности (имеющей продолжительность от нескольких десятилетий до нескольких веков), но также на стадии тысячелетней и иной, столь же длительной давности, и это нередко осуществляется на практике, когда современность фиксируется в пределах определенной исторической эпохи – античной, средневековой или современной.

Право имеет еще одно измерение в ракурсе современности, которое сегодня жестко присоединено к общепринятому исчислению и уяснению. Современная история с этим уточнением длится уже шестое столетие и подразделяется на историю Нового времени (с конца XVI столетия до Первой мировой войны) и Новейшую историю (с конца Первой мировой войны до настоящего времени). При этом надо иметь в виду, что история права в любой характерный период (для нас это, по всей видимости, история царской России, история советской и постсоветской России) имеет вполне специфические особенности возникновения, функционирования, эволюции и конкретно-исторической современности, но для полного и тем самым для более адекватного их постижения необходимо, чтобы каждая отдельно взятая характеристика сочеталась и воспринималась (с помощью разных, но подходящих методов анализа и обобщения) вместе с тремя остальными характеристиками.

Подобное восприятие истории права затруднено многими объективными и субъективными обстоятельствами, в первую очередь отсутствием образцов, но вместе с этим недостаточно оправданной загруженностью истории права практически одновременной с ней историей государства. Дело в том, что история государства нередко изображается предопределяющей все многообразие появлений социально-исторической роли права. Существующие исторические правоведческие курсы в нашей стране имеют название “история

¹ Расширенная версия доклада на заседании Ученого совета Института государства и права РАН 19 ноября 2012 г.

² Главный научный сотрудник Института государства и права, доктор юридических наук, профессор (E-mail: legalhistory@igpran.ru).

государства и права”, где история государства стоит на первом и, как уже отмечалось, на все определяющем месте. На самом деле согласно давним и обоснованным представлениям западноевропейских историков и некоторых российских правозащитников гораздо старше государства (оно существовало задолго до появления государства в виде правовых обычаев, которые на современном языке надо считать неписаными законами), поэтому адекватным названием для российской истории было бы – не “история отечественного государства и права”, а “история права и государства многонациональной России” или “история права народов России”. Для совместной истории права народов зарубежных стран и России наиболее подходящим и оправданным было бы название “всеобщая история права и государства”, а наилучшее название можно представить в виде простой и емкой формулы, состоящей из двух слов: “история права”. Слово “всеобщая” представляет собой не вполне удачный перевод латинского “универсальная”, что означает “многоединая” и что вполне соответствует распространенным в новое время представлениям о бесспорном разнообразии исторического, политического и иного социального опыта всех народов, но вместе с тем свидетельствует и о вполне доказуемом их единообразии, по крайней мере похожести социально-политических форм в их зарождении, эволюции и развитии. Состояние первобытности, которое занимает в кратном отношении более длительный период существования, в сравнении с государственно организованным бытием, как доказывают современные антропологи, немыслимо без языка общения, без морали и права, причем в последнем случае – без преобладания мононорм (единых общих норм), долгое время включающих в себя в неразличном и нерасчлененном виде правила-требования правовые, моральные и ритуальные. Такое же слитное существование нескольких норм и принципов в какой-то одной общей норме или одном институте в более редких случаях имеет хождение и в современном обиходе – например, в виде термина “конституция”, когда конституция воспринимается как “основной закон”. В свое время П.А. Сорокин утверждал: полагать, что государство предшествует праву, значит все ставить с ног на голову³.

³ П. Сорокин объявил, в частности, о явной “ошибочности мнения, гласящего, что право обязано своим существованием государству, что оно появляется только с возникновением государства, что правом являются только нормы, изданные государством, и т.д. Подобные теории ставят дело вверх ногами” (Сорокин П.А. Элементарный учебник по общей теории права в связи с теорией государства. Ярославль, 1919. С. 130, 131).

В приведенной характеристике истории права в его четырех измерениях отсутствует исторически определенное восприятие тех социальных отношений, которые регулируются при посредничестве принципов, норм и институтов права и обычно называются правоотношениями. Эти же отношения можно воспринимать разновидностью человеческого общения – межличностного или межгруппового общения, которое может быть и правовым, и политическим, и добрососедским, и внутрисемейным, а также внутригосударственным или межгосударственным. Правовое общение в самом общем определении – это справедливое и законное общение высокой результативности и пользы, в котором происходит согласование или примирение конфликтующих личностных и групповых интересов его участников, и делается это в обеспечение одновременно частного и общего блага.

Пути и способы постижения, а также удобной для восприятия фиксации исторического опыта правового общения в его взаимозависимости с современным ему общественным состоянием – это одна из назревших исследовательских проблем, до сих пор недостаточно обсужденная в исторической науке и в анализе современной социальной и политической практики.

О возможных и практикуемых ракурсах обсуждения темы

Какой ракурс обсуждения заданной темы является наиболее адекватным и перспективным? Ракурс истории правопонимания и правопользования или же ракурс исторического опыта главных, постоянно возобновляемых на протяжении истории социальных практик участников правового общения? Под последним вариантом имеется в виду индивидуально-личностный конкретно-исторический опыт субъектов прав и обязанностей, включающий опыт жертв преступления и опыт виновных в этом преступлении, опыт истца и связанного с иском ответчика (это одна логика обсуждения); либо анализ роли меняющихся властных полномочий судьи-мироотворца в конфликтах самого различного происхождения с учетом тех или иных возможностей их действенного регулирования и замирения.

Наиболее удобной и небесполезной в познавательном отношении формой исторического анализа правового общения мог стать анализ этого общения с учетом исторически меняющихся

властных полномочий судьи как главного контролера и обеспечителя надлежащего регулирования правового общения. Именно судьи, а не истца и не ответчика, не уличного полицейского и не тюремного надзирателя, но судьи-миротворца.

С исторической точки зрения памятной и существенной для стран кодифицированного права стала радикальная смена роли судьи, которая датируется обычно эпизодом из истории гражданского права Франции: речь о смене роли судьи в статусе “говорящего закона”, которую зафиксировали еще древние римляне (судья, по их представлениям, только озвучивает текст закона, который важнее всего в деле улаживания правового конфликта: эту же позицию пропагандировал Монтескье в конце XVIII в.). Новая роль судьи была переименована до роли вольно-невольного создателя права (эта мысль зафиксирована в Кодексе Наполеона, где судья обязывается принять и рассмотреть жалобу даже при отсутствии подходящего закона или в случае его неясности и неполноты). На самом деле эта последняя ориентация в профессиональной и общесоциальной миссии судьи ведет свою родословную от функций судей-медиаторов древности, а также от сочинителей официальных судебных прецедентов и в этом смысле не сводима только к историческому событию, зафиксированному в Гражданском кодексе французов 1804 г.

В восприятии правового события или факта возможны два варианта или два ракурса восприятия права: одно из них глубинное и тем самым более адекватное всем историческим формам и проявлениям права, другое понимание поверхностное (простоватое, хотя и удобное, только не всегда работающее, однако неизменно требовательное в заботах об отыскании, узнавании имевших место юридических событий и фактов, а также в адекватном логико-понятийном их разъяснении и оценке).

Н.М. Коркунов в свое время очень внятно, местами прямо-таки “грубо и зримо” прояснил эту практическую проблему с помощью следующей логики осмысления и обсуждения. Он начал с различения норм вообще и выделил нормы технические и этические, затем нормы юридические и нравственные, а позднее также провел различение права и законов в научном смысле и попутно обсудил относительность права как явления. Он пояснил эту относительность на примере гипотезы естественного права. При этом ему пришлось обратиться к тем свойствам права, от которых никуда не уйти любому аналитику и теоретику права. Н.М. Коркунов зафиксировал такие различения и классификации характерных черт права

как института: различные свойства права по содержанию – публичное и частное; различия и определения права по источнику – обычай и закон; вариации права по принудительности – психическое и физическое принуждение; различия права, которые обнаруживаются при его формальном и утилитарном восприятии. А есть еще различные истолкования права в зависимости от воззрений на его происхождение, например, теория произвольного установления права, учение исторической школы, истолкование этих концепций с учетом теории развития права и др.

Таков конгломерат, т.е. таков на первый взгляд эклектический набор свойств права в различных его ипостасях, различных проявлениях и измерениях. И тем не менее Коркунов всюду придерживался убеждения, что главным свойством права следует считать его способность быть средством разграничения и распределения интересов участников правового общения⁴.

При большом желании можно найти сходные черты такого правопонимания в позициях весьма различающихся по своему политическому мировосприятию теоретиков и методологов, таких как Иеринг или Ленин, а впоследствии, к примеру, Стучка и Вышинский, но это сходство имеет лишь косвенное отношение к нашему обсуждению темы о правовом общении с исторической точки зрения.

А теперь еще раз озаботим себя вопросом о том, какой ракурс обсуждения заданной темы является наиболее адекватным и перспективным: ракурс правопонимания или ракурс меняющихся правовых статусов главных, типичных и постоянных на протяжении веков и поколений участников правового общения – субъектов прав и обязанностей, таких как жертва преступления или виновный в этом преступлении, истец и связанный с иском ответчик (это одна логика обсуждения); либо судья – миротворец в конфликтах самого различного происхождения и возможностей их регулирования и замирения. Предпочтительным выглядит ракурс выявления особенностей правового общения с учетом позиций и законных интересов и прав участников.

Особенно привлекательна история правового общения с точки зрения главного его контролера и обеспечителя – не истца и не ответчика, не уличного полицейского и не тюремного надзирателя или палача, а с точки зрения судьи-миротворца.

⁴ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права (1914). СПб., 2003. С. 51–153.

Блаженны – миротворцы, говорится в перечне девяти блаженств из Нагорной проповеди (Мф 5, 1–12). Очевидно, эту заповедь можно отнести и к судье как добродетельному христианину и по совместительству служителю делу мира, законности и порядка. И службу эту можно относить по времени также к первобытному сообществу, где люди и группы пользовались обычным правом, которое Э. Аннерс удачно назвал “примирительным правом” первобытных людских общностей⁵. Однако эти обобщения желательнее представлять себе в неких типичных житейских оппозициях, например, законное – незаконное, упорядоченное – неупорядоченное и т.д. Уместно напомнить в этой связи, что в Нагорной проповеди речь шла не только об алчущих правды, но и о гонимых за правду.

Обратим внимание также на символику правосудности. Весы правосудия в руках богини правосудия Фемиды у древних греков, а также у некоторых современных народов символизируют неопределенность будущего правосудного решения (их можно воспринимать как символ трудного по многим причинам прогнозирования итогового решения) и одновременно как символ равновесности, которая успокаивает и примиряет, как олицетворение нацеленности на достижение справедливости. Эта же символика присутствует в официальном обращении к египетскому фараону как царствующему на земле богу: “Ты – Истина, ты – Весы!”. Вся эта символическая атрибутика помогает многое представить и, соответственно, оценить в процессе размышлений о типичных заботах и неизбежных традиционных и узаконенных ограничениях в проведении судебного разбирательства, которые имеют место в момент принятия решения (приговора) и позднее. Символическая составляющая правосудной деятельности становится у некоторых народов памятной и впечатляющей также основой узаконенной судебной процедуры и заявляет о себе в отдельных положениях официального текста закона как властного наставления или безапелляционного приказа суверена. Изучение истории права позволяет обнаружить и проследить элементы преемственности и новизны в использовании отдельных правовых начал и даже институтов и норм. В наборе правовых принципов можно упомянуть заповеди: “нельзя быть судьей в собственном деле”, “дого-

воренности должны соблюдаться”. Сохранность и распространение подобных правил и принципов у разных народов и в разные исторические периоды легко обнаружить с помощью сравнительного изучения правового опыта разных народов. Представление о преемственности в правовом наследии стало особенно заметным благодаря усилиям историков права в XIX в., который иногда именуют “веком истории”. По свидетельству выдающегося историка права А.Н. Стоянова (Харьковский университет), “среди цивилизации XIX века держалось в области права и нравственности гораздо более остатков из первобытной эпохи, чем представляется это многим мудрецам”⁶.

Суд в средневековой Германии, описанный в судебно-карательном Уложении Карла V под названием “Каролина”, имел в качестве первостепенного задания исторически первый и, с известными поправками, вполне современный перечень законом зафиксированных и судом охраняемых ценностей, образующими личное достояние свободного подданного империи и названными позднее “собранием неотъемлемых естественных прав человека”, в частности таких, как право на жизнь, имущество, честное имя (т.е. право на охраняемое личное достояние, включающее право на равнозаконие и определенным образом истолкованную справедливость). В ст. 1 “Каролины”, названной “О судьях, судебных заседателях и судебных чиновниках”, говорилось, что император “поставляет, повелевает и желает”, чтобы все уголовные суды были снабжены и пополнены судьями, заседателями и писцами из “мужей набожных, достойных, благоразумных и опытных, наиболее добродетельных и лучших из тех, что имеются и могут быть получены по возможности каждого места. Для сего надлежит также привлечь дворян и ученых” Главная забота состояла в обеспечении наилучшего устройства уголовных судов для того, чтобы суды “никому не причинили неправды, ибо сим важным делам, касающимся чести, тела, жизни и имущества, подобает ревностное и предусмотрительное усердие”. Нарушители такого нацеленного на справедливость предписания не имели возможности получить прощение по причине упущения или небрежности или испрашивать извинения какими-либо “приемлемыми, правомерными доводами”, а потому подлежали

⁵ См.: Аннерс Э. История европейского права. М., 1994. Характерно, что направленность на консервативность и примирительность издавна признавалась некоторыми исследователями в качестве свойства права вообще (см. об этом: Капустин М.Н. История права. Ч. 1. Ярославль, 1872. С. 4).

⁶ Стоянов А.Н. Исторические аналогии и точки соприкосновения новых законодательств с Древним миром. Харьков, 1883. С. 18.

неотложному наказанию “по справедливости в силу настоящего нашего уложения”⁷.

Современное представление об аналогичной правосудной заботе (современное в указанных ранее хронологических пределах) предполагает обеспечение процессуальных мер защиты личной и групповой чести, достоинства, безопасности и собственности, подкрепляемых гарантиями адекватной соразмерной справедливости, формализованного равенства (включающего эквивалентное равенство прав и обязанностей участников), волеизъявительной свободы, мирного (безопасного) исхода конфликта. Вместе с тем процессуальные меры представляют собой только строго определенную совокупность приемов и средств реализации прав и свобод, используемых в некоей искусственно обособляемой области (совокупности) личных и групповых правомочий и правообязанностей. Осуществление надлежащих прав и обязанностей происходит при содействии словесных обозначений, символических или процедурных действий и правил и поддерживается приемами убеждения и мерами принуждения. Этот набор принципов и правил выработывался в европейской традиции – на небольшом участке евразийской территории – и был уделом многих поколений юристов и политиков, которые участвовали в законодательной работе в правительственных канцеляриях, в залах законодательных или судебных заседаний, а также в кабинетном творческом единении.

Всеобщая история права преподавалась в России под различными названиями: вначале под именем “Права знатнейших древних и нынешних народов” (по Университетскому уставу 1805 г.), затем по отдельным правовым “семействам” (К.А. Неволин) – славянское право, мусульманское право и др. Впервые всеобщая история права стала преподаваться с 1842 г. в Киевском университете, и преподавание это велось по фундаментальному труду К.А. Неволина “Энциклопедия законоведения” (1839), в котором *всеобщая история законоведения* составляла “особенную часть” энциклопедии. Сама всеобщая история законов и законоведения подразделялась на древнюю и новую историю, к которым, по мнению Неволина, можно бы присовокупить и историю будущего времени. В частности, он имел в виду то обстоятельство, что поскольку славянские народы ступили позже на поприще истории и начали позже образовываться, чем германские народы (второе вместе со славянами “семейство

народов...особенно действующих в новой истории”), то нельзя с такой же ясностью определить характер и эпохи истории славянских народов, а потому, может быть, “их назначение простирается за пределы новой истории”⁸.

Пути постижения исторической ситуации в правовом общении и современного общественно-го состояния, которое также налагает свою печать на это общение, – одна из многих задач, ставших актуальными и до сих пор недостаточно обсужденными ни в науке, ни в анализе современной политической практики, имеющей непосредственный выход на практику правового и связанного с ним политического, в частности публично-правового, общения.

Современное право, существующее в виде законов и правовых обычаев, можно представить в виде нескольких напластований, сосуществующих в настоящем или недавнем прошлом времени: 1. Богом (просвещенным разумом) подсказанное или указанное (рекомендованное); 2. Законом установленное; 3. Обычное (привычно употребляемое); 4. Интуитивное, не относимое явным образом ни к одному из перечисленных разновидностей.

До сих пор различие соотношения между этими иногда сосуществующими в одном государстве напластованиями правовых начал и норм отсутствует в сколько-нибудь отчетливом фиксировании. Занятие законодателя по самому тщательному и всестороннему регулированию правового общения кто-то назвал стрижкой живого зеленого дерева, у которого в этой ситуации только одна перспектива – превратиться в сухое бревно или заурядный сухостой. Преувеличение, конечно, и вроде бы шуточное – но в каждой шутке есть намек.

В восприятии правового общения и права как социального института существенное значение имеет понимание права. Наиболее адекватным выглядит многоаспектное и тем самым наиболее адекватное всем историческим и наличествующим формам права его понимание. Право в таком истолковании воспринимается как совокупность нескольких общеобязательных правил-требований в виде формализованного равенства, всеобщей и необходимой меры свободы и общеобязательной меры справедливости в виде равного, честного и разумно-полезного применения норм-требований. Концептуальные разработки трехмерного определения права предпринимались

⁷ Каролина. Уголовно-судебное уложение Карла V / Пер., предисл. и прим. С.Я. Булатова. Алма-Ата, 1957. С. 35.

⁸ Неволин К.А. Энциклопедия законоведения // Неволин К.А. Полн. собр. соч. Т. 1. СПб., 1857. С. 109.

в 90-е годы прошлого века В.С. Нерсесянцем и Р.З. Лифшицем⁹. Более узкое и вместе с тем самое распространенное правопонимание (оно преобладает сегодня в большинстве государств) делает акцент на каком-то одном атрибуте права, на таком как одобренная государством норма, либо как обеспечиваемая правом “внешняя свобода, предоставленная и ограниченная нормой” (Е. Трубецкой), либо как общее благо, обеспечиваемое самоназначенным благодетелем (пролетариатом, его партией либо государством всеобщего благополучия и т.п.).

В принципе возможно многомерное правопонимание с тем же одним главенствующим атрибутом права (в частности, в виде требования справедливости), который сосуществует и взаимодействует совместно с множеством других, менее важных или менее осознаваемых атрибутов (таких как формализованное равенство, общезначимая свобода, эквивалентный обмен правообязанностями, добровольно соблюдаемая и властно поддерживаемая законность, общезначимое благо, равнодостоинное дружественно-уважительное обращение участников правообщения). Поверхностное узкоинструментальное понимание права, как в этом нетрудно убедиться, очень удобно в практическом обиходе, тогда как многомерное правопонимание пока еще недостаточно приспособлено для популярного восприятия и, как следствие, для всеобщего пользования. Но именно оно сегодня олицетворяет собой наиболее адекватный теоретический подход и надлежащее направление творческого мышления, которому остается обеспечить разработку легко обозримой теоретической и практической конструкции права, полезной и необходимой сегодня для более массового обиходного, привычно умелого и удобного пользования.

Соотношение права и государства наиболее упрощенно истолковано представителями юридического позитивизма, известного своим превознесением роли государства в реализации всех ипостасей права. При этом право отождествляется с законом, начиная от формирования-создания и вплоть до отказа в санкционировании и поддержке. Для Р. Иеринга право есть всего лишь защищенный государством интерес, и без государственной поддержки оно ничего не значит. Задолго до этого Т. Гоббс утверждал нечто похожее, когда уверял, что “правовая сила закона состоит только в том, что он является приказанием суве-

рена”¹⁰. Эту мысль подхватил в XIX в. Дж.Остин, отождествив право с приказом суверена (высшей власти), и она стала для позитивистов-этицистов все объясняющей конструкцией в восприятии как природы права, так и его связи с государством.

Другой позиции придерживались и до сих пор придерживаются философы естественного права и представители синтетического (интегративного) подхода к правопониманию и предмету правоведения. Право как требование законной справедливости возникает, по их толкованию, не только с помощью законодательной или судебной власти государства, но прежде всего из естественной необходимости, а также из почитаемых народных и семейственных обычаев и даже из двусторонних договоренностей между отдельными лицами и организациями. Еще одной слабо учтенной сферой возникновения и признания правил правового назначения является область международных (межгосударственных) договорных обязательств, а также уставы и соглашения международных неправительственных организаций, включая узаконения, правовые начала и обычаи в деятельности транснациональных корпораций. Близость и сходство социального назначения права с ролью государства более всего заметны в организации и деятельности правового государства, для которого конституционные (общеустроительные) положения о правах и свободах человека и гражданина являются наиболее важными в качестве общезначимых и должных требований. При этом именно они образуют самый убедительный критерий для признания или непризнания правового характера действующего законодательства и правового характера государства.

Социально-научное изучение права получило значительное расширение во второй половине XIX в., что привело к появлению социологической, антропологической, психологической и других школ правоведения. В конце XX столетия получили распространение приемы изучения права с позиций герменевтики, феноменологии, психоанализа, структурно-системного подхода, теории коммуникации. Однако наиболее насущной потребностью наряду с наиболее полным и целостным (интегральным) знанием и прагматическим восприятием права всегда была и остается забота о том, чтобы право “не расходилось со справедливостью” (Б. Кистяковский), чтобы практической и культурной целью права было неизменное содействие образованию в людях “наклонности к добровольному исполнению своих

⁹ См.: *Нерсесянц В.С.* Право и закон. Из истории учений о праве. М., 1983; *Его же.* Общая теория права и государства. М., 1999. *Лифшиц Р.З.* Теория права. М., 1992.

¹⁰ *Гоббс Т.* Левнафан (1651) // *Гоббс Т.* Соч. В 2-х т. Т. 2. М., 1991. С. 212.

обязанностей” (С.А. Муромцев) – обязанностей социальных, дружественно доброжелательных, гражданских солидарных, групповых политических и индивидуально-личностных частных¹¹.

Правовое общение и правовая коммуникация

В словаре сегодняшнего теоретического анализа и обобщений права появились такие термины и категории, которых не было еще лет 30–40 тому назад и которые вобрали в себя упомянутую стихию перемен с целью хоть как-то ее осознать и учитывать в обсуждении текущих и становящихся все более перспективными проблем социальной философии вообще и философии права в особенности. Одной из таких всепоглощающих и тем самым многое запутывающих категорий является сегодня категория коммуникации.

Первоначально это понятие обозначало обмен и перемещение благ и людей из одной местности в другую посредством естественных или искусственных “путей”. Не лишне вспомнить также о термине “военные и невоенные коммуникации”. В широком смысле – это процесс передачи “сообщений” любой природы и при помощи любых средств от индивида к индивиду, который делает возможным взаимодействие. Это и салонная беседа, и социализация в виде игры с элементами посредничества и взаимности. Всякая коммуникация, письменная или устная, межличностная или институционализированная, имеет более или менее непосредственные значения. Содержание коммуникации, латентное или явное, может рассматриваться с тематической, формальной или структурной точек зрения. К. Шеннон и Н. Винер предложили также различать не только описательные, но и формализованные разновидности коммуникации, причем их количественная характеристика может выражаться в исчисляемых (семантика и лингвистика), числовых (арифметика или геометрия), контекстуальных (локальное и глобальное) единицах. Используемые единицы должны отвечать критериям устойчивости, полноты, достоверности, валидности, исключительности. Имеет значение также молчание и застенчивость, оговорки и интонации, эффекты обратной связи (или обратного воздействия). Здесь же оказываются включенными такие феномены, как внимание, восприятие, понимание и запоминание. Причем каждое изменение коммуникативной установки включает когнитивные, аффективные и деятельностные моменты. Необходимо еще

принимать в расчет (в некоторых разновидностях коммуникации) различные параметры, среди которых важное значение обретают избирательность экспозиции, групповой опыт и действия по повышению восприимчивости, рекомендация или предписание поведения вместе с направляемостью общественного мнения и СМИ (модель двухступенчатой коммуникации). Эти же параметры имеют дополнительное измерение в виде “теплоты” или “холодности” (терминология М. Маклюэна из его книги “Галактика Гутенберга”). Часто дискутируемая тема об ответственности прессы и кино за увеличение или даже создание преступности – одно из социальных последствий нового имиджа и одновременно новой социальной действенности массовых коммуникаций. Спектр действенности коммуникаций предстает сегодня в таких вариациях, которые согласно Франсису Балла можно подразделить в зависимости от типа аудитории и мотивов (посредничество или взаимодействие) на следующие разновидности: массовая аудитория или фокусированное воздействие, доверительные или формализованные обмены, пропаганда идентичностей и причин¹².

В настоящее время категория коммуникации принадлежит к числу тех, которые оказались в прокрустовом ложе многих современных теоретических накоплен. Там, где она выглядит слишком универсальной и в связи с этим мало что объясняющей, ее всячески укорачивают и замыкают исключительно на узкой характеристике специально-научных тем и проблем. А в тех редких случаях, когда наличествующих толкований значения данной категории явно недостает для более сложных объяснений, ее терминологический смысл и значение специально растягивают, чтобы уменьшить подозрения в явной неадекватности избранного термина. Речь идет о термине “коммуникация” и родственном ему термине “диалогичность”, родственном потому, что оба они используются при анализе правового общения для характеристики всевозможных взаимодействий двух и более субъектов, т.е. имеют определенно двучленную субъект-субъектную структуру или, выражаясь словами Н. Лумана, диадическую структуру. Ахиллесова пята такого мировосприятия в целом и восприятия мира права и правового общения, в частности, коренится в исключительно процедурном истолковании значения коммуникации. Все внимание сосре-

¹¹ См.: История русской правовой мысли. М., 1998. С. 203, 358.

¹² См. подробнее: *Ферреоль Ж.* Социология. Терминологический словарь. Изд. 2-е. СПб., 2003. С. 41–44; *Маклюэн М.* Галактика Гутенберга: сотворение человека печатной культуры. Киев, 2004.

доточено на том, как та или иная разновидность коммуникации (мы имеем в виду прежде всего правовую коммуникацию) функционирует, а не на том, что такое правовая коммуникация по своей природе. Обсуждение проблемы оказывается не соотношенным с природой права и его главным предназначением, которое отнюдь не сводимо к коммуницированию, а заключается прежде всего и более всего в обеспечении и поддержании справедливости и пользы во всех видах конфликтного человеческого общения и во все времена – от древности до наших дней.

Пора перестать восхищаться действительно благоприятным для личных или групповых интересов доктринальным плюрализмом, необходимо перейти к созиданию теоретической и практически воплотимой доктрины нового концептуального антипозитивизма, рассчитанной одновременно на узкодисциплинарный правоведческий и междисциплинарный обществоведческий научный резонанс. При этом надо не просто избавляться (уходить) от диффузно-плюрального восприятия мира, но утвердить также представление о его целостности, т.е. представление о некоем единстве миропорядка, которое может пребывать если не в гармонии, то по крайней мере в согласованности с представлением о целостном правопорядке в масштабах государства и общества. Культурный кризис сегодня имеет продолжение и взаимную поддержку в кризисе государственно-властной полуконпетентной и своекорыстной политики расплывшейся до невероятных размеров бюрократии, коррупциогенном законодательстве. Необходимо вытканная и честно написанная история нашего века, включающая политическую и правовую историю, с тем чтобы понять, как пришла сегодняшняя беда.

Ощущение незавершенности и неадекватности существующих методологических подходов возникает при внимательном прочтении работ не только юснатуралистов, но и крупных легистов (разумеется, что все серьезные позитивистские философы и теоретики права, как и философы естественного права, не могут быть приравненными к простейшему, азбучному образу легиста или юснатуралиста).

Так, например, сравнительно новым вариантом культурологического подхода является восприятие права как самостоятельного института и подсистемы общества и одновременно как социокультурной системы, включающей в себя символы, ценности и значения, относящиеся одновременно к основополагающим аспектам человеческого бытия и коммуникации. Опираясь

на фундаментальные разработки общей теории социального действия и социальных систем, Н. Луман разработал уникальный теоретический аппарат социологии коммуникативного действия, применимый к самым различным типам социальных связей, включая и правовые, от уровня личности до социальной системы общества¹³.

По мнению американского социолога Т. Парсонса, право как ценностно-нормативная система общества помимо всего прочего выполняет функцию смягчения потенциальных конфликтов, присущих человеку и социальной системе. Право в процессе реализации этого своего предназначения должно выполнять четыре основные задачи – *адаптации, целедостижения, интеграции и “удержания образца”*. Адаптация предполагает содействие реализации требований государства, гражданского общества и личности; целедостижение подразумевает способность ставить конкретные цели по укреплению социального порядка и устремляться к ним при помощи имеющихся для этого средств; интеграция есть установка на сохранение собственной целостности и на обеспечение целостности всей социальной системы; “удержание образца” – это стремление оберегать от разрушения нормативно-ценностные принципы, модель идеального должного, служащие долгосрочными морально-нравственными ориентациями¹⁴.

Культурологический подход можно рассматривать как составную часть более всеобъемлющего философского подхода, ориентирующего на теоретическое осмысление структуры социально-исторического процесса и на отыскание наилучшего из возможных образов жизни. Именно философия настраивает на беспристрастное и широкое понимание целей человеческой жизни, снабжает любознательного человека чувством меры в понимании своей роли в обществе, роли современности по отношению к прошлому и будущему, роли всей истории человечества в пределах земли и космоса¹⁵.

Поскольку термин и, главное, практика коммуникации имеют непосредственное отношение не только к межсубъектному взаимодействию, но также к “общению” в самом широком его истол-

¹³ См.: Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main, 1995. S. 55. См. также: Посконин В.В., Посконина О.В. Т. Парсонс и Н. Луман: два подхода в правопонимании. Ижевск, 1997.

¹⁴ См.: Парсонс Т. Система современных обществ / Пер. с англ. М., 1997. С. 24, 33 – 35.

¹⁵ См.: Рассел Б. Философский словарь разума, материи и морали / Пер. с англ. Киев, 1996. С. 308.

ковании, обратимся к истории термина общение и попытаемся уточнить его интерпретацию как правового общения¹⁶.

Подобно многим фундаментальным понятиям и представлениям, правовое общение имеет богатую родословную, уходящую в древность, и довольно скромную участь в современном научном и житейском обиходе, что связано с общим обеднением способов обсуждения общественных явлений под воздействием изменившихся стандартов научности в условиях так называемого постнеоклассицизма с его радикальным отказом от традиционных методологических табу и необыкновенным пиететом по отношению к фрагментарному наблюдению и описанию реального жизненного процесса с той или иной методологической позиции.

Восприятие права и государства как институтов и форм общения вполне совместимо с их обсуждением с точки зрения прагматической и абстрактно-теоретической. Аристотель в этой связи утверждал в “Политике”, что “всякое государство представляет своего рода общение, всякое же общение организуется ради какого-либо блага (ведь всякая деятельность имеет в виду предполагаемое благо)”. И уточнял: “Все общения относятся к тому или иному благу, причем больше других и к высшему из всех благ стремится то общение, которое является наиболее важным из всех и обнимает собой все остальные общения. Это общение и называется государством или общением политическим” (1252a5)¹⁷.

Поскольку нацеленность на общее благо можно считать (и с незапамятных времен оно, заметим, таковым и считается) справедливым общим или частным устремлением в человеческом общежитии, то правовое общение также логично воспринимать нацеленным на обретение и поддержание общего блага как одного из воплощений справедливости. Справедливость как общежительная ориентация согласно одному из толкований Аристотеля есть приобретенное свойство души, в силу которого люди становятся способными к справедливым действиям, поступают справедливо и желают справедливости. Человек, достигший полного совершенства, выше всех животных. Но зато он ниже всех, если он живет без законов и без справедливости. Характерно, что стремление к государственному общению Аристотель воспринимал как обусловленное и поддерживаемое

природой, а самое очевидное проявление справедливого в этом общении усматривал в первую очередь в равенстве: “Во всех людей природа вселила стремление к государственному общению, и первый, кто это общение организовал, оказал человечеству величайшее благо. Человек, нашедший свое завершение, – совершеннейшее из живых существ, и, наоборот, человек, живущий вне закона и права, – наихудший из всех...” (Политика, 1253a30)¹⁸. Равенство в государственно организованном общении античный философ воспринимал прежде всего как общение равнодостоинных и пребывающих в одинаковом статусе (в одинаковом гражданском, т.е. политико-статусном и правовом, положении). В “Большой этике” он утверждал следующее: “Справедливость, которую мы исследуем, – это гражданская справедливость, то есть она больше всего сводится к равенству (ведь граждане – это своего рода “общники” и по природе стремятся к равенству, но отличаются нравом)... Гражданское справедливое состоит, по-видимому, в равенстве и подобии” (1194b10-20)¹⁹. С этим ориентиром связано устремление к правосудности, которое, в свою очередь, выступает “складом души”, высокой и доблестной “склонностью к правосудным поступкам”. Этот “склад души” присущ человеку законопослушному, в котором присутствует желание быть и правосудным, и справедливым. “Стало быть, – заключает философ, – правосудие (или право) – это законное и справедливое, а несправедливое (или неправоное) – это противозаконное и несправедливое” (Никомахова этика, 1129b). В доказательство этого вывода, сближающего правосудное со справедливым, а последнее – с доблестью (как проявлением “нравственно прекрасной” гражданственности) Аристотель приводит следующее утверждение: “Всю добродетель в себе правосудность соединяет!” (1129b25)²⁰.

Помимо концепции соотношения уравнивающей и воздающей справедливости, восходящей к Пифагору и Платону и оформленной Аристотелем именно в такой словесной формулировке, заслуживает внимания и другая не менее фундаментальная дихотомия. Хеффе полагает, что Стагирит позаимствовал у софистов разграничение

¹⁸ Там же. С. 370–380.

¹⁹ Там же. С. 327.

²⁰ Там же. С. 146, 147. Аристотеля вполне можно причислить к родоначальникам концепции права как “науки добра и справедливости” (Цельс-мл.), только следует принять во внимание следующее принципиально важное уточнение философа в Никомаховой этике: доброта тождественна правосудности, а добро тождественно праву (1137b5-10) (Там же. С. 167).

¹⁶ Подробнее см.: *Графский В.Г.* Правовое общение в прошлом и настоящем // *Право и политика.* 2011. № 1.

¹⁷ *Аристотель.* Соч. В 4-х т. Т. 4. М., 1984. С. 296, 297.

естественного и законного неравенства²¹, которое впоследствии стало основой противопоставления “естественного” и “позитивного” права²². Аналогично различие философам смысла и назначения терминов “право” и “закон”. Право гарантируется не только наличием закона, но также возможностью поправить ошибки или неточности закона путем “исправления законного правосудия”. Причиной подобных забот служит то обстоятельство, что “всякий закон служит для общего случая, но о некоторых вещах невозможно сказать верно в общем виде. Поэтому в тех случаях, когда необходимо сказать в общем виде, но нельзя сделать это правильно, закон охватывает то, что имеет место по преимуществу, вполне сознавая (возможную) погрешность. И тем не менее закон правилен, ибо погрешность (заложена) не в законе и не в законодателе, а в природе предмета, ибо именно такова материя поступков...”. И далее следует характерное заключение, не утратившее актуальности и сегодня: “Когда закон составлен для общего случая, а произошло нечто подсудное ему, но вне общего случая, тогда поступать правильно значит: там, где у законодателя, составившего закон без оговорок, пропуск или погрешность, поправить упущение, которое признал бы даже сам законодатель, окажись он тут, а если бы знал заранее, то внес бы эту поправку в законодательство. Посему добро есть право и лучше любого, но не безусловного права, оно лучше права с погрешностью, причина которой – его безусловность. И сама природа доброго – это поправка к закону в том, в чем из-за его всеобщности имеется упущение” (Никомахова этика, 1137b 20-25)²³.

Правовое общение в отличие от лично-властных и политико-властных отношений являет собой практическое претворение навыков и форм справедливых индивидуальных и групповых взаимоотношений, которые обеспечены определенными гарантиями: согласием относительно способов и процедур урегулирования возникающих споров, уважением к установившимся традициям и нравам, другими элементами сложившейся культу-

ры. Уравнение всех участников правового общения в пользовании правами при помощи законов государства является ступенью в развитии права от правового обычая к правовому закону. Эта ступень стала одной из самых важных закономерностей во всеобщей истории права. Парадокс правовой эволюции состоит в том, что и на самых высоких ее стадиях сосуществование правового обычая и установленного человеческой властью закона не прекращается, а приобретает лишь новые, не лишённые противоречивости и конфликтности разновидности и соответствующие уточненные характеристики²⁴.

Правовое общение как социально-институциональная конструкция не часто становится предметом размышлений теоретиков или философов права по той простой причине, что в преобладающем до сих пор типе правопонимания, сводящем право к приказу суверена-государства, правовое общение считается прямым следствием такого повеления, поскольку воспринимается всецело подчиняющимся авторитетным требованиям властного регулирования. Несколько иначе интересуются правовым общением социологи и антропологи. Для них привычнее и понятнее представлять правовое общение в качестве исторически меняющейся правовой культуры с присущими ей конкретно-историческими проявлениями правосознания, правопонимания, правоприменения и т.д. Однако самые основательные размышления по поводу правового общения возникают под воздействием радикальных перемен в общественно-политической жизни граждан и коллективных общностей. Иногда на помощь в таких размышлениях приходят представители смежных общественных дисциплин и научно-аналитических традиций, в частности антропологии, социологии, психологии и политической науки. Интересный ракурс обсуждения составляет область правового общения во взаимоотношениях гражданина и государства.

Оставив в стороне многие современные констатации растущего аполитизма или электорального абсентеизма, обратимся к тем вариантам этих взаимоотношений, которые выглядят не только неустранимыми, но, по некоторым подсчетам, чуть ли не органичными. И речь не о тоталитарном “Левиафане”, который есть “все во всем”, а о государстве свободных и равных сограждан, которое обретает свои лучшие силы из их собрания и привлекает их к своему строительству и иному соучастию, которое не сводимо только к внешним

²¹ Аристотель утверждал, в частности, что “справедливое может быть природное и установленное законом... Справедливое от природы выше справедливого по закону, однако мы исследуем гражданское справедливое, а оно существует по закону, не от природы” (Большая этика, 1194b35, 1195a5). (Там же. С. 327, 328).

²² См.: Хеффе О. Справедливость. М., 2007. С. 29, 30. См. также обзор сакральных и философских трактовок справедливости в контексте “партийности бытия” в кн.: Ашкерова А. По справедливости: эссе о партийности бытия. М., 2009.

²³ Аристотель. Указ. соч. С. 168.

²⁴ См.: Графский В.Г. Всеобщая история права и государства. Учеб. для вузов. Изд. 3-е. М., 2010. С. 15.

делам и внешнему “порядку”, но может включать и “внутреннюю жизнь” человека. Об этом имеет-ся очень характерное рассуждение И.А. Ильина в его работе “Об органическом понимании государства и демократии”. Он, в частности, писал: “Человек участвует в жизни своего государства – как живой организм, который становится живым органом государственного организма; он участвует в жизни своего государства всем – телесным трудом, ношением оружия, воинскими лишениями, напряжениями и страданиями; своею лояльною волею, верностью сердца, чувством долга, исполнением законов, всем своим (частным и публичным) правосознанием. Он строит государство инстинктивной и духовной преданностью, семейной жизнью, уплатою налогов, службою и торговлею, культурным творчеством и даже славою своего личного имени”²⁵.

Надлежащее восприятие правового общения возможно только во взаимосвязи с адекватным пониманием природы и назначения права вообще²⁶ и в разрешении конфликтующих и несовпадающих интересов индивидов и групп в особенности. Таким образом, в ориентированном на справедливость правовом общении самое главное и полезное заключено в примирении и согласовании несовпадающих устремленностей. Их частичное примирение становится необходимым, если они пребывают во внешне зафиксированном антагонистическом противостоянии и конфликте, а также в случаях, когда главные правовые начала урегулирования подобных конфликтов (восстановление соразмерной справедливости с помощью требования правового обычая или закона)²⁷ по тем или иным соображениям не используются и возникает потребность в настоящем и неотложном применении приемов убеждения и принуждения.

При наличии и осознании непримиримости интересов участников правового общения (в виде

субъект-субъектных противостояний) именно правовой характер течения и разрешения конфликта становится необходимейшим средством сохранения целостности и привычно благотворного существования той или иной социальной общности (семья, род, племя, этнос, народ, нация-государство) или социальной группы (профессионалы умственного или физического труда, учителя и обучаемые, мужчины и женщины и т.д.).

Сравнивая историю использования двух терминов – “коммуникация” и “общение”, следует признать, что первый из них имеет сегодня столь многочисленные истолкования, что, подобно вездесущему Пану древних, присутствует в великом множестве институтов и социальных процессов, одним из которых является право и правовые отношения как разновидность социальной коммуникации. Обращает на себя внимание, что на протяжении последних 30–40 лет этот термин оброс такими толкованиями, которые вполне соизмеримы с объемом и значением термина “социальное общение”, и охватывает собой социальное взаимодействие, обмен информацией, фиксацию ценностных и технико-организационных установок.

Кроме того, благодаря усилиям таких фундаментальных аналитиков и системосоздателей, как Т. Парсонс, Ю. Хабермас и Н. Луман, теория и словарь коммуникации как социального опыта стали поистине универсальными и применимыми для уточнения и переосмысления многих социальных явлений и процессов, в наборе которых оказалось и право. В этом смысле вполне адекватным выглядит вывод Хабермаса относительно вклада Лумана в современное обществоведение посредством создания общей теории систем. Согласно Хабермасу концепции Лумана в настоящее время не имеют себе равных “по концептуальной мощи, теоретической фантазии и диапазону возможностей”²⁸. Заложив основу общей теории общества, он тем самым “подвел некоторый итог теоретической экспансии, длящейся десятилетиями”; теория эта, представленная в некоей целостности, продолжает традицию Конта и Парсонса и находится в тесной связи с историей философского сознания – от Канта до Гуссерля²⁹.

Удивительная популярность Лумана увязывается комментаторами с бесконечным разнообразием тем, находящихся в научном обсуждении: от любви и религии до законности и идеологии,

²⁵ См.: Правовая мысль. Антология/ Авт.-сост. В.П. Малахов. М., 2003. С. 717.

²⁶ Выдающийся русский правовед Н.Н. Алексеев полагал, что конструкция “правовое общение” (он именовал ее также “правообщением”) необходима не только при анализе конкретно-исторических целей законодательной политики, но не в последнюю очередь во множестве желательных и необходимых изысканий относительно социальных идеалов, которым служит или может служить право (см., например: Алексеев Н.Н. Общее учение о праве. Курс лекций, прочитанных в Таврическом университете в 1918/19 году. Симферополь, 1919. С. 19).

²⁷ См. подробнее: Графский В.Г. Право как результат применения правила законной справедливости (Интегральный подход) // Гос. и право. 2010. № 12; Его же. Справедливость и право // Труды ИГП РАН. 2012. № 4.

²⁸ Хабермас Ю. Философский дискурс о модерне. М., 2003. С. 264.

²⁹ См.: там же. С. 376.

от науки, власти и общественного устройства до правового государства и мирового сообщества³⁰.

Исследователям теории и истории права и правоведения уместно обратить внимание на то обстоятельство, что Луман не разделял точку зрения о разрыве связей между теориями классическими и так называемыми постклассическими, а воспринимал их в некой преемственности, с необходимыми уточнениями и перетолкованиями. За свидетельством обратимся вновь к Хабермасу, который отмечает как очевидное и не вызывающее сомнений: “Я рассматриваю теорию Лумана как изобретательное продолжение традиции, отметившей своей печатью самопознание и самоосмысление европейского Нового времени; при этом его концепция отразила селективный паттерн западного рационализма”³¹.

Возвращаясь к соотношению концепций правовой коммуникации и правового общения, следует констатировать, что обе они имеют богатую родословную и что в современном обиходе, прежде всего в западноевропейской литературе, тема правовой коммуникации исследована наиболее многосторонне, что существенно прояснило многие новые и содержательные аспекты правового общения в прошлом и настоящем. Для российских

правоведов настал черед освоить современные наработки в этой области западноевропейских философов и социологов и проявить при этом необходимую изобретательность и фантазию в целях обеспечения полноты и действенности правового регулирования. Определенным достоинством термина “общение” в сравнении с термином “коммуникация” является общежительный (дружественный, а также гражданственный) акцент в понимании смысла и назначения правового регулирования, что вполне согласуется с моральными и нравственными установками народов, живущих на территории России и хранящих память о своих лучших традициях общения и сотрудничества во имя общего блага, включающего в себя личное благо или дополняемого им, а также благом своих друзей и гостей. Учет этого общежительного акцента будет содействовать уменьшению существующей семантической *недоопределенности* термина “коммуникация”, которая сказывается сегодня на использовании многих связанных с ним исходных для правоведения понятий. Одновременно это облегчит непрекращающиеся усилия по выстраиванию целостной и когерентной (хорошо сцепленной) конструкции юриспруденции, представляющей удобную объяснительную модель для различения и уяснения соотношения правовой теории, философии права и отраслевых юридических наук, а также смежных с ними обществоведческих дисциплин.

³⁰ См.: *Посконина О.В.* Общественно-политическая теория Н. Лумана. Методологический аспект. Ижевск, 1997. С. 4 и след.

³¹ *Хабермас Ю.* Указ. соч. С. 389.