

ВТОРАЯ ГЕРМАНО-РОССИЙСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ “ПРАВОВАЯ КОММУНИКАЦИЯ И ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ПРАВА В ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ”

Краткая аннотация: обзор выступлений участников конференции, состоявшейся 17–18 июля 2012 г. в Институте государства и права РАН. В центре внимания участников конференции были актуальные вопросы теории права, связанные с проблемами коммуникативной интерпретации права, развивающимися процессами глобализации и информатизации. В представленных докладах рассматривались концепции, разработанные такими известными учеными, как П.И. Новгородцев, О. Эрлих, Ф. де Соссюр, Х. Перельман.

Annotation: the survey contains reports of the participants of the conference took place in the Institute of State and Law RAS on July 17–18, 2012. The participants discussed the actual issues of the theory of law, connected with the problems of communicative interpretation of law, developing processes of globalization and informatization. The participants analyzed the doctrines formulated by such famous scientists as P.I. Novgorodtsev, E. Ehrlich, F. de Saussure, Ch. Perelman.

Ключевые слова: теория права, коммуникация, глобализация, информатизация, П.И. Новгородцев, О. Эрлих, Ф. де Соссюр, Х. Перельман.

Key words: theory of law, communication, globalization, informatization, P.I. Novgorodtsev, E. Ehrlich, F. de Saussure, Ch. Perelman.

17–18 июля 2012 г. в рамках Программы модернизации партнерства и инициативы развития правового государства Федерального правительства Германии в Институте государства и права РАН состоялась Вторая германо-российская конференция “Правовая коммуникация и дифференциация права в правовых системах”, соорганизаторами которой также выступили российско-германский форум “Петербургский диалог” и Интернациональный центр германо-российских исследований Университета г. Мюнстер.

В центре внимания участников конференции были теоретические и практические вопросы правовой коммуникации. Особо обращалось внимание на коммуникативную природу права, которая проявляется в его нацеленности на обеспечение взаимодействия и взаимопонимания между людьми, достижение сбалансированности личного и сверхличного (социального) начал в человеческом общении. По мнению многих выступавших, коммуникативная природа права должна учитываться и при его теоретической интерпретации на общепонятном уровне, и при решении конкретных проблем правотворчества и правоприменения.

Конференцию открыла **Н.Ю. Хаманева, зам. директора Института государства и права РАН, доктор юрид. наук, проф.** Она отметила устойчивость и плодотворность многолетнего сотрудничества с немецкими коллегами в решении актуальных проблем общей теории права и отраслевых юридических наук и выразила надежду на успешность работы данной конференции.

С приветственным словом к участникам конференции обратился **В. Бергманн, член правления “Петербургского диалога”, руководитель Программы модернизации партнерства, доктор юрид. наук, проф.** Затем он представил свой доклад “Правовая коммуникация и теория права в процессе обучения юристов – Интернет как посредник в коммуникации”. В. Бергманн затронул проблемы современного юридического образования и юридической профессии, рассмотрев их в контексте вызовов глобализации. По его мнению, в глобализованном мире меняется сама палитра юридических профессий, и прежде всего представление о

так называемой системе юридических профессий, в которой доминирует профессия судьи. Традиционная континентально-европейская установка юридического образования на подготовку “единого юриста” (*Einheitsjurist*), способного реализовать себя в любой юридической специальности (адвокат, юристконсульт, нотариус), включая “высшую юридическую профессию”, т.е. судейскую должность, испытывает все возрастающее давление со стороны “узко специализированного” подхода, характерного для англо-американской модели подготовки юристов. Однако указанная тенденция не является односторонним движением. В англо-американской правовой системе современные солиситоры (адвокаты-консультанты) не обязательно должны сотрудничать с барристами для того, чтобы защищать интересы своих клиентов в суде. Другими словами, здесь складывается ситуация, чем-то напоминающая немецкую концепцию “единого юриста”, когда солиситор может выступать в качестве барриста и наоборот. Как бы то ни было, образ современного юриста все больше утрачивает национальную специфику.

Сегодня во врата юридической профессии все активнее стучатся представители так называемых смешанных сфер социальных отношений, которых, строго говоря, нельзя отнести исключительно ни к экономике, ни к политике, ни к праву в их традиционном понимании. Речь идет об инфраструктуре современного глобального мира, прежде всего об энергетике и глобальной логистике. И в этом заключается вызов современному юридическому образованию и современной системе подготовки юристов в целом. Сегодня компаративные преимущества (*comparative advantage*) в “глобальной деревне” будут иметь те юристы, которые помимо традиционных юридических знаний и навыков захотят и смогут приобрести дополнительные знания и навыки, например в области логистики или альтернативных технологий производства энергии или ресайклинга промышленных и бытовых отходов. Именно эти сферы сейчас открыты для юридизации, но к ним мы до сих пор наблюдаем лишь незначительный интерес со стороны национальных систем юридического образования.

Посредником между традиционным юридическим образованием и современными вызовами глобализации выступает Интернет. Интернет в известном смысле преодолевает традиционную исключительность и замкнутость таких социальных систем, как экономика, политика и право. Сетевая структура Интернета позволяет пользователю естественно и без особых проблем устанавливать любой формат коммуникации с любым сегментом всемирной информационной сети. Интеграция интернет-технологий в современную систему подготовки юристов радикально раздвигает образовательное пространство, прежде всего в контексте адаптации юридического образования к так называемым глобализированным сферам экономики, политики и права, а именно: к сфере энергетики, транспортной логистики и ресайклинга.

А.В. Поляков, профессор кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, доктор юрид. наук выступил с докладом *“Философия права Павла Новгородцева как коммуникативная проблема”*. Он подчеркнул, что идеи главы Московской школы философии права явились важным источником развития теории правовой коммуникации и представляют такую же необходимую ее составляющую, как и идеи его оппонента из Петербургской школы философии права Л.И. Петражицкого. Попытку развития этих подходов докладчик видит в современной интегральной теории правовой коммуникации (коммуникативной теории права). Под коммуникацией, пояснил А.В. Поляков, он подразумевает отношения между людьми, которые основаны на взаимопонимании и взаимодействии. Быть человеком означает быть в отношениях с другими, т.е. иметь возможность понимать других и действовать совместно, основываясь на каких-то общих духовных практиках. Эти практики объективируются в виде знаковых систем – текстов, связанных с такими феноменами, как язык, речь, нормативное мышление, ценностное восприятие. Коммуникация представляет собой текстуально развернутое нормативное общение.

Философско-правовое учение П.И. Новгородцева как раз и было сконцентрировано на поиске идеальных условий человеческого общения, т.е. на проблематике, которую проф. Поляков относит к имплицитной (духовной) стороне коммуникации. Именно “целость общения” провозглашалась Новгородцевым “трансцендентным идеалом”, достижение которого отнесено в бесконечность, но в движении к которому и заключается смысл человеческой жизни. Этот идеал мыслитель искал на пути синтеза (интеграции) индивидуального и коллективного сосуществования во всех сферах социальной жизни, включая право. И такой подход отражал естественно-правовую идею поиска основополагающих начал во взаимодействии личности и общества.

Естественное право, по Новгородцеву, – это не вечный и неизменный кодекс каких-либо правовых норм, но априорные принципы и условия человеческого общежития. По мнению докладчика, это те имплицитные условия правовой коммуникации, которые позволяют лицу выступать равноправным и равноценным партнером в человеческом общении, связывая всех едиными правилами поведения, разумно и нравственно принимаемыми и разделяемыми всеми. Естественное право как априорные принципы разума представляет собой законы морального должностования и выступает высшим критерием для оценки законодательства.

В этой связи А.В. Поляков предложил рассмотреть три вопроса: что понимал П.И. Новгородцев под нравственностью и нравственными требованиями, каково содержание нравственных требований и имеют ли они правовой смысл

и значение? Нравственные требования к позитивному праву представляют собой требования должного, которые, в свою очередь, трансформируются в требования справедливого права. В данном отношении идея “возрожденного естественного права” находится в полном соответствии с магистральным направлением развития юснатурализма как классического, так и постклассического периодов (вплоть до трудов Р. Алекси). Докладчик также сделал вывод о том, что модель “возрожденного естественного права” П.И. Новгородцева содержательно включала в себя целый ряд принципов права: приоритета человеческой личности, человеческого достоинства, свободы, равенства, справедливости и ответственности. Эти принципы имеют нормативный смысл, но не являются непосредственно нормами права, поскольку не определяют прямо права и обязанности субъектов.

С позиций коммуникативного подхода право не может быть конституировано субъективными психическими переживаниями какого-либо лица, но оно и не может создаваться односторонними актами государства. Природа права коммуникативна. Это означает, что только тогда, когда идея (правовой текст), входящая в содержание “естественного права”, получит осмысление и признание в качестве действительного (валидного) принципа или права человека и будет институционально определять его поведение и поведение других на основе выводимых из текста прав и обязанностей, можно говорить о естественном праве как действительном праве, независимо от его позитивации государством. Это означает, что и “возрожденное естественное право” при соблюдении этих условий можно рассматривать как реальное право.

Докладчик также рассмотрел эволюцию взглядов Новгородцева на естественное право и общественный идеал и пришел к выводу, что мыслитель к концу своей жизни не отказался от идеи естественного права, но сменил приоритет ценностей. На смену абсолютной ценности человеческой личности пришла ценность надличностная, сама Россия как выражение некоего высшего духовного единства народа. Но это говорит лишь об изменчивости ценностных представлений и о возможности смещения их “центра тяжести” в зависимости от конкретных условий места и времени, но не дает оснований для отказа от признания неотчуждаемости достоинства человеческой личности и ее прав.

М.В. Антонов, доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета НИУ – Высшая школа экономики (Санкт-Петербург), канд. юрид. наук, в своем докладе *“Правовой плюрализм в перспективе социологии права”*, поставил вопрос о месте социологии права О. Эрлиха в контексте современных дебатов о правовом плюрализме. По мнению докладчика, правовой плюрализм в современной интерпретации концептуально основан на противопоставлении права государства праву общества. Такое дуалистическое воззрение на право было чуждо Эрлиху, который считал, что право всегда проявляется как единое социальное целое, хотя и состоит из множества социальных порядков.

Право логически может быть разделено на две группы: официальное право (право государства и юристов) и живое (социальное) право, но этому логическому делению не соответствовало реальное противопоставление двух видов права. Для Эрлиха они не противостояли друг другу, а взаимодополняли друг друга и взаимно пересекались.

Эрлиховская концепция “живого права” часто трактуется как представление о том, что нормы образуются непосредственно в межличностном общении. Норма есть стройный мирный порядок ассоциаций людей, внутренняя фактиче-

ская упорядоченность жизни социальных союзов. В таком виде идея “живого права” описывается критиками О. Эрлиха, начиная с Г. Кельзена и кончая современными исследователями. Однако сам Эрлих был далек от принижения роли закона и судопроизводства в правовой действительности, что нередко характерно для сторонников правового плюрализма. Эрлих не пытался стереть границы между правом и иными социальными регуляторами, и его социология права зиждется на совершенно иных методологических основах, чем современные теории правового плюрализма. Социальный анархизм в духе Ф. фон Хайека (в смысле надежды на спонтанный порядок, обнаруживающийся в рациональной самоорганизации общества), к которому приводит последовательный правовой плюрализм, содержательно противоречит воззрению на право Эрлиха.

Особое место в учении Эрлиха занимает процесс динамического раскрытия общих норм права (включая как официальное, так и социальное право) в механизме правоприменения (судоговорения). Законодатель не в силах заранее дать правила для всех возможных ситуаций, а те правила, которые он создает, быстро устаревают в потоке социальной жизни. Задачи судьи – выявление новых, еще не имеющих защиты со стороны официального права интересов и сравнение их с теми интересами, которые имел в виду законодатель (в широком смысле) при формулировании соответствующих правовых предписаний. Это необходимо, чтобы убедиться в том, что интерес, ищущий защиту перед судом, не отличается от того интереса, который получил защиту в тексте закона (в правовом обычае, в другом официальном правовом тексте).

Если же интерес не имеет защиты, то возможны две ситуации. Либо законом защищается противоположный интерес, и тогда судья должен отказаться в судебной защите, либо же ни оспариваемый, ни противоположный ему интересы не отражены в законодательстве, и тогда судья должен выбрать из конфликтующих интересов тот, который подлежит защите с точки зрения той модели социальной справедливости, которую судья выводит из правовых текстов. Отказаться в судебной защите по причине отсутствия правовой нормы судья не может, но и решать дело по своему усмотрению он не должен. В этой дилемме Эрлих предлагает судье самостоятельно уравновесить интересы, не до конца сбалансированные законодателем. Причем сделать это судья должен не путем определения наиболее сильного интереса (что предлагал Р. Иеринг), а посредством научного анализа того социального контекста, в котором создавались официальные правовые тексты.

Таким образом, концепция австрийского мыслителя не ставит факты в противовес нормам и не противопоставляет “живое право” официальному праву. Его интерес сконцентрирован на ситуациях “молчания закона” – пробелов, коллизий, неудачных законодательных формулировок. Здесь традиционный дедуктивистский метод оказывается бессильным. Эрлих так писал о судье в работе “Судейское нахождение права на основании правового предложения”: “Решение, которое он никакими клещами не вытащит из правовых предложений, ему нужно будет найти... самостоятельно взвешивая интересы, вступившие в противоречие, и обеспечивая судебную защиту тем интересам, которые он сам сочтет приоритетными”.

При этом задачей эрлиховской социологии права не является предоставление судье материала для заполнения пробелов – мыслитель уверен, что судья не должен вставать на место законодателя, а факты не могут заменить недостающих слов. Социология права позволяет найти конкретное правило, уравнивающее конкретные интересы в данном деле,

применительно к тому общему балансу интересов, который в целом защищается правовым порядком. Такой метод для Эрлиха является основной гарантией справедливости – ведь социолого-исторический поиск дает судье более широкую перспективу социальных интересов: не только тех, что сталкиваются в споре, но и тех, которые законодатель когда-то решил защитить либо которые судья защитил бы на месте законодателя. Тем самым судья побуждается к справедливому решению, которое может быть обеспечено только там, где будут научно (т.е. объективно) выявлены и взвешены все интересы.

Правовой плюрализм в его крайних утверждениях (в “строгой версии”, если воспользоваться типологией одного из основных теоретиков правового плюрализма Дж. Гриффитса, который только за этой версией признавал право называться плюрализмом) в принципе отрицает постулат единства права и настаивает на коренной противоположности права государства и права общества. Но идеи Эрлиха основывались на противоположной посылке – неразрывности связи официального и социального права. Поэтому к сторонникам “строгой версии” правового плюрализма Эрлиха отнести нельзя. Многовариантность подходов к праву, которую некоторые сторонники правового плюрализма считают достоинством этого направления, на самом деле может привести к простой эклектике, ни на йоту не приближающей ни к пониманию сути права, ни к объяснению механизмов его действия. Эту опасность Эрлих хорошо осознавал и для ее нейтрализации предлагал разработку социолого-правовой методологии, предполагающей анализ социальных интересов не с точки зрения идеологем и субъективных оценок, а путем объективного (при помощи методов социологии, этнологии, истории, антропологии, лингвистики) выявления, установления и взвешивания таких интересов.

Большой интерес вызвал доклад “*Эволюция правовых систем в глобальном обществе – на пути к всемирному правовому сообществу?*” В. Кравица (Интернациональный центр германо-российских исследований Университета г. Мюнстер), доктора юрид. наук, доктора эконом. наук, проф.

Профессор Кравиц – автор теории правовой коммуникации и один из ведущих представителей современной социологии права – сфокусировал внимание на теме “раздифференциации” (*Ausdifferenzierung*) социальных систем в глобальном обществе. По его мнению, раздифференциация социальных систем является одновременно и процессом, и результатом их модернизации. Модернизация как процесс направлена на повышение рациональности и тем самым функциональности соответствующей социальной системы (правовой, политической, экономической и т.п.).

Внутри правовой системы В. Кравиц различает первичные и вторичные социальные системы. Так, институционализированные нормы социального взаимодействия (например, “гештальты”¹ семейных или соседских отношений в том или ином устойчивом сообществе) входят в первичную систему права, в то время как позитивированные государством нормы семейного или соседского права входят во вторичную правовую систему. Право как система позитивированных государством норм оказывается, по Кравицу, лишь более или менее незначительной “верхушкой айсберга” в социальной системе права.

Однако вслед за Н. Луманном В. Кравиц вовсе не отрицает функциональной самодостаточности правовой системы

¹ *Gestalt* (нем.) – форма, вид, образ, строение, структура.

внутри множества других социальных систем (экономической, политической, социокультурной, образовательной и т.п.). Функциональность любой социальной системы выстроена вокруг характерного только для неё бинарного кода. В правовой системе таким кодом является “право/не право”, в экономической, соответственно, – “иметь/не иметь” и т.д.

Раздифференциация социальных систем включает в себя два, на первый взгляд, плохо совместимых свойства: автореферентность (автопоэзис) и сцепку (*Verkoppelung*) с другими социальными системами. Так, автореферентность государственной правовой системы требует от юристов (вполне в духе Г. Кельзена) при принятии решений учитывать только нормы позитивированного права. Автореферентность экономической системы требует от экономистов при принятии решений учитывать только вопросы производства, мобилизации и аллокации дефицитных ресурсов. Автореферентность политической системы требует от политиков при принятии решений учитывать только вопросы эффективности политической системы и социального контроля.

Каким же образом социальные системы, стремящиеся благодаря феномену автопоэзиса к дивергенции и взаимному отталкиванию, тем не менее, завязаны друг на друга? Сцепка функционально раздифференцированных социальных систем обеспечена, по Кравицу, процессом коммуникации систем. Поскольку этот процесс социально институционализирован, то в известном смысле можно утверждать, что не юристы, скажем, коммуницируют с экономистами, а правовая и экономическая системы коммуницируют друг с другом посредством взаимодействия юристов и экономистов.

Указанный феномен раздифференциации социальных систем действует как вовне (например, “самозаконность” системы права никогда не растворится в “самозаконности” экономической системы и наоборот), так и вовнутрь (например, дальнейшая модернизация той или иной правовой системы возможна только путем “отпочкования” от нее других подсистем).

Поскольку объем и содержание понятия “модернизация” могут меняться в зависимости от цивилизационной среды, проф. Кравиц предлагает говорить о “множественных модернизациях” (*multiple Modernitaeten*). При таком подходе становится возможным различать, например, китайскую, индийскую и российскую модернизацию. Единой глобальной модернизации, по мнению проф. Кравица, не существует. Сетевая структура взаимодействующих между собой социальных систем разного уровня и разной функциональности делает невозможным формирование в будущем единого всемирного общества и “всемирного права” в духе Г. Бермана. Однако эта же сетевая структура различных социальных систем позволяет сосредоточить внимание как теоретиков, так и практиков на узловых точках (*Knotenpunkte*), обеспечивающих их взаимодействие.

Означает ли это, что следует согласиться с пессимизмом и скептицизмом Н. Луманна, когда он отказывался тематизировать сами термины “всемирное общество” и “всемирное право”? Профессор В. Кравиц так не считает: идеи глобального общества и глобальной правовой системы вполне допустимы. Другое дело, что эти понятия, во-первых, не следует укладывать в иерархический контекст, например в том смысле, что “глобальная правовая система” – это нечто вроде глобального конституционного права, а во-вторых, эти понятия имеют скорее суммарное значение в том смысле, что “глобальная правовая система” – не что иное, как система локальных, национальных и региональных правовых систем.

С.В. Королев, главный научный сотрудник сектора международного права ИГП РАН доктор юрид. наук, проф. выступил с докладом “*Лингвистический структурализм и правовая коммуникация*”. Основы структурализма как метатеории социальных наук, отметил он, были заложены швейцарским лингвистом Фердинандом де Соссюром (1857–1913). Согласно структурализму всякое человеческое знание – это прежде всего языковой феномен, погруженный в систему соответствующего языка. Поэтому язык исследователя как медиатор накладывает свои правила и свои ограничения на любой научный дискурс.

Структурализм в интерпретации де Соссюра предлагает объяснение того, как вообще посредством языка возможна коммуникация, т.е. передача информации между субъектами. Информация с точки зрения структурализма представляет собой “отрезок”, сегмент “потока” более или менее упорядоченных знаков. В этих знаках всегда закодированы определенные значения (идеи), которые адресат информации может (или должен) раскодировать.

Природа лингвистических знаков (например, слов) такова, что значение любого из них всегда производно (и составлено) из значений других знаков. С точки зрения структурализма даже представление о совместимости тех или иных знаков является относительно произвольным. Известная русская поговорка “В огороде – бузина, а в Киеве – дядька”, может быть представлена в такой конstellации знаков, где она утратит значение примера абсурдной аргументации и в этом смысле утратит функцию поговорки.

Поскольку идея знака в техническом смысле совпадает с идеей кода, то структурализм включает в себя теорию коммуникации как процесса кодирования и декодирования информации. На первый взгляд, это кажется парадоксальным, ведь понятия кода, шифра и т.п. являются первичными для теории криптографии, т.е. тайного способа обмена информацией, предназначенного только для посвященных. Разумеется, коммуникация может осуществляться только между “посвященными”, но процесс кодирования “битов” информации неизбежен даже при передаче максимально открытой информации.

Здесь мы сталкиваемся с таким свойством информации, как селективность. Речь идет о всегда более или менее случайном (контингентном) выборе знаков, их пространственной и хронологической последовательности и т.п. Селективность неизбежно ведет к редукционизму, т.е. к максимально возможному сокращению так называемой релевантной информации, которую следует коммуницировать.

В рамках концепции правовой коммуникации, разработанной проф. Кравицем, структурализм поднимает, как минимум, три нетривиальных вопроса:

(1) как в информационном сегменте, подлежащем передаче, соотносятся значения отдельных “битов” информации, с одной стороны, и так называемого общего послания (*the whole message*) – с другой;

(2) в какой степени процесс кодирования информации в определенную знаковую последовательность должен быть “адаптирован” к процессу ее раскодирования так называемой целевой группой и

(3) как взаимосвязаны онтология и деонтология раскодирования правовой информации?

Как мы видели, структурализм в интерпретации де Соссюра совместим с редукционизмом. В свою очередь, редукционизм совместим с дихотомиями, в частности с техникой бинарного кода, которая позволяет всякой системе иденти-

фицировать системные явления и отличать их от внесистемных явлений. Например (как уже отмечалось), в праве таким бинарным кодом является код “право/не право”, в экономике – “иметь/не иметь” и т.п.

Мы знаем, что постструктурализм (например, в интерпретации Фуко) бросает вызов редукционизму, но возможна ли наука, в том числе и юриспруденция, без редукционизма? На этот вопрос постструктурализм и постмодернизм нам вообще убедительного ответа не дают. Как бы то ни было, постструктурализм не в состоянии элиминировать селективность как признак любого научного знания.

Для современной теории права инновативное значение имеют следующие постулаты структурализма:

(1) Любая коммуникация, в том числе и правовая, представляет собой обмен гештальтов, или паттернов, образов в виде “сгустков” первичных знаков, “деталей” (например, юридических норм). Все эти гештальты, или паттерны, образы являются контекстуальными, т.е. черпают свои объемы и значения из других гештальтов, или паттернов, образов. Как ни парадоксально, со структуралистской точки зрения гештальт “чистая теория права” в духе Кельзена мог возникнуть только в связи с другими гештальтами, ментально локализованными в рубриках “философия”, “социология”, “психология”. Только в результате “коллизийного” взаимодействия самых разных ментальных “рубрик” могла дифференцироваться особая рубрика под названием “чистая теория права”.

(2) Гештальт вовсе не является средством обнаружения истины, а представляет собой инструмент нашей когнитивной ориентации в пространстве и времени, т.е. нашей адаптации к окружающей действительности. Структура гештальтов, как таковая, не имеет (предзаданного) центра. Более того, при другой констелляции гештальтов прежняя периферия может оказаться внутри новой констелляции (например, при смене нормативистской парадигмы на парадигму психологической теории права “психологические кластеры” символов перестанут играть маргинальную роль и переместятся в “идеологический центр” новой констелляции знаков).

(3) Селектором нашей информации и одновременно регулятором нашей адаптации к окружающей действительности является коммуникация. Во всякой коммуникации можно распознать идеологически первичные гештальты. Для правовой коммуникации особое значение имеет тот факт, что идеологически (или деонтологически) первичные гештальты не обязательно являются онтологически первичными.

Н.В. Варламова, старший научный сотрудник сектора сравнительного права ИГП РАН, канд. юрид. наук, доц., в своем докладе *“Нормативность права: проблемы интерпретации”* обратила внимание на то, что нормативность – самая очевидная и одновременно одна из наиболее дискутируемых характеристик права. Социальные нормы, разновидностью которых является право, обычно определяются как требования должного поведения человека. При этом акцентируется противоположность, расчлененность сущего и должного, невозможность перехода от одного к другому. Логическая невозможность вывода нормативного суждения (требования должного) из фактической посылки, равно как и формулирования утверждений о фактическом состоянии (сущем) на основании имеющихся нормативных предписаний (установленных требований должного), сомнения не вызывает. Это было обосновано Д. Юмом еще в 1740 г. (знаменитый закон Юма). Однако, по мнению докладчика, невозможность простого логического перехода от нормативных суждений к фактическим не исключает сложной диалектической связи

между сущим и должным. Нормативность любого социального регулятора (и права в том числе) следует понимать как совокупность требований должного, обусловленных сущим, выводимых из сущего и легитимированных им. Социальная норма – это не просто требование должного, но и отражение социально типичного (“нормального”) сущего. Источник любой социальной нормы кроется в сущем: она выражает и закрепляет социально целесообразные модели поведения (наиболее полезные и эффективные способы индивидуальной и коллективной жизнедеятельности людей) и устанавливается и/или обеспечивается авторитетной инстанцией (фактически признаваемой таковой, даже если она считается трансцендентальной).

Все известные трактовки права (социологические учения) явно или имплицитно (эмпирическая конструкция суверена у Дж. Остина, действительность нормы как одно из условий ее действительности у Г. Кельзена, окончательное правило признания у Г. Харта) вынуждены учитывать взаимозависимость сущего и должного и сущего и сталкиваются с неразрешимыми проблемами при интерпретации права как системы норм, если пытаются делать это путем сугубо логических построений в категориях долженствования.

Диалектическая связь должного и сущего в понятии нормативности проявляется в том, что в качестве нормы всегда устанавливается такое правило, которое объективно допускает возможность как нарушения, так и исполнения. Отсюда следует важнейшее и неотъемлемое свойство нормы – ее принудительность. Норма всегда обеспечена санкцией – необходимостью претерпевать определенные неблагоприятные последствия в случае его нарушения.

Однако все теоретические попытки построения модели правопорядка (а равно любого иного социального порядка) как упорядоченной системы принудительно обеспечиваемых правил поведения сталкивались с проблемой бесконечного регресса санкций (*regressus in infinitum*), когда обязательность n -ной нормы обеспечивается $n + 1$ -нормой, предусматривающей применение санкции в случае ее нарушения, что, в свою очередь, требует наличия $n + 2$ -нормы, устанавливающей санкцию за нарушение правила, выраженного в $n + 1$ -норме, и так до бесконечности. Аналогичные проблемы возникают и с установлением действительности n -ной нормы, когда она увязывается с ее созданием в порядке, установленном $n + 1$ -нормой, и т.д. опять-таки до бесконечности. На эту логическую безысходность обращали внимание многие теоретики права (в России одними из первых – Б.Н. Чичерин и Л.И. Петражицкий).

В XX в. обоснование действительности права в плане преодоления описанной выше дурной бесконечности стало едва ли не главной теоретической проблемой (прежде всего в юридическом позитивизме). Решалась она, как правило, путем обращения к метаюридическим основаниям правопорядка, которые находились в сфере фактического (например, эмпирическая интерпретация государственной власти в духе остиновской конструкции суверена, которую развивали Г.Ф. Шершеневич и марксистско-ленинская теория права, окончательное правило признания Г. Харта, этические эмоции Л.И. Петражицкого, социальная общность, в которой “процессы конституирования посредством права и создания права совпадают”, Г.Д. Гурвича) или метафизического (естественный закон как основание правопорядка, идея которого восходит к Дж. Локку и И. Канту).

Докладчику представляется продуктивным искать выход из обозначенного выше логического круга именно в сфере фактического, акцентируя взаимообусловленность сущего

и должного. Любая система требований должного призвана конституировать и обеспечивать определенное состояние сущего, будучи, в свою очередь, содержательно зависимой от его природы.

Наиболее очевидна эта зависимость требований должного от состояния сущего – в так называемых технических нормах. Под техническими нормами принято понимать правила взаимодействия человека с искусственными или природными объектами. Обеспечивающие их санкции всегда носят, если можно так выразиться, предельный характер. Нарушение установленного порядка взаимодействия (само по себе возможное) автоматически влечет за собой уничтожение субъекта или объекта либо исключает само взаимодействие. Технические нормы не требуют искусственного (специально социально организованного) обеспечения (принуждения к исполнению). Обеспечивающая их предельная санкция – из мира сущего, а не из мира волеустановленного должного. Она являет собой естественную и неизбежную реакцию сущего на нарушение объективно необходимых правил взаимодействия с ним.

Социальные нормы качеством самоисполнимости не обладают. Для их поддержания необходимо специальное социально организованное принуждение. Однако предельная санкция в виде принципиального изменения системы взаимоотношений, выхода за рамки данного нормативного порядка, разрушения его существует и здесь. Она просто приобретает, так сказать, отложенный характер, что и вызывает необходимость собственно социальных (снабженных социально организованными санкциями) норм, призванных не допустить реализации предельной санкции.

Именно предельная санкция (в конечном счете) обеспечивает обязательность установленного нормативного порядка. Она принадлежит миру сущего, демонстрируя его взаимосвязь с должным: требования должного установлены для обеспечения определенного состояния сущего, которое с тех или иных позиций легитимировано как должное. “Отложенность”, неавтоматичность, но неизбежность предельной санкции делает необходимой систему искусственных (социально организованных) санкций, призванных ее избежать, предотвратить выход за рамки установленного нормативного порядка.

Основанием действительности всей нормативной системы является ее легитимация – признание ценности данного порядка и стремление избежать предельной санкции. Ценности высшего уровня, на основании которых легитимируется нормативный порядок, могут быть разными. В зависимости от них и формируются различные концепции права. Признание самоценности порядка (любого по содержанию образующих его норм) в его противоположности хаосу интенционально лежит в основе нормологических интерпретаций права (легистского неопозитивизма Г. Кельзена и Г. Харта). Абсолютизация ценности нормоустанавливающей инстанции ведет к классическому легизму (таковой здесь будет государство, суверен), социологическому позитивизму (определенный социум), теологическим вариантам естественного права (школы (Бог)). Содержательное определение ценностей, на обеспечение которых должен быть направлен порядок, присуще этическим трактовкам права (те или иные нравственные принципы) и либертарной концепции (индивидуальная свобода и формальное равенство в свободе).

Отдельные социальные нормы (в нашем случае – правовые) обеспечиваются не предельной, а волеустановленной санкцией, и их действительность требует обоснования в рамках данного нормативного порядка, т.е. посредством ло-

гических операций с установленными правилами должного поведения.

Е.Г. Самохина, старший преподаватель Санкт-Петербургского института внешнеэкономических связей, экономики и права в докладе *“Поиск справедливости в юридической аргументации”* предприняла попытку проследить взаимосвязь коммуникативного и аргументативного подходов к праву.

Идею непосредственной связи коммуникации с аргументацией развивал в своих работах классик аргументативной теории права бельгийский ученый Х. Перельман (1912–1984). Любая коммуникация предполагает взаимодействие субъектов, а это возможно только в том случае, если субъекты достигли согласия относительно общих параметров коммуникации и тех ценностей, по поводу которых они вступают во взаимодействие. Ценности как объекты, воспринимаемые в качестве значимых и лежащие в основе поведения человека, не могут быть объяснены рационально, но они могут быть обоснованы, оправданы при помощи недемонстративной аргументации – аргументации, апеллирующей не к формальной логике, а к здравому смыслу, разумности, практическому разуму.

Центральным понятием аргументативной теории права является справедливость. Это объясняется двумя моментами. Во-первых, истоки современной аргументативной теории права мы находим в концепции новой риторики Х. Перельмана, которую сам ученый считал учением о справедливости. Во-вторых, в праве аргументация и коммуникация осуществляются по поводу двух основных объектов: текстов позитивного права и вопросов справедливости. Если объективным критерием для оценки высказываний о позитивном праве может быть сам текст, то в том, что касается справедливости, подобного критерия нет, и необходимо искать некоторую точку опоры, которую можно найти при помощи аргументации и обоснования.

Докладчик остановилась на основных положениях учения о справедливости Х. Перельмана, который считал данное понятие одним из наиболее известных и безнадежно “запутанных”. Существует очень много несовместимых друг с другом представлений о справедливости: справедливость как равное воздаяние каждому, как воздаяние каждому по его заслугам, по потребностям, по рангу, по труду, по закону. Это так называемые концепции конкретной справедливости, или формулы справедливости. Несмотря на имеющиеся отличия, у всех этих трактовок справедливости есть нечто общее, связанное с тем, что понятие справедливости неизбежно предполагает определенное равенство. Справедливость заключается в определенном приложении идеи равенства.

Но проблема заключается в том, чтобы определить это приложение таким образом, чтобы при появлении элемента, общего для различных концепций справедливости, оставалась бы возможность существования различий между ними. Это возможно только в том случае, если понятия справедливости будут содержать некоторую переменную, различные конкретные приложения которой производили бы совершенно противоположные принципы справедливости.

Как писал Перельман, обычно все соглашаются с тем, что быть справедливым – значит обходиться одинаково с людьми, равными в каком-то определенном отношении, т.е. обладающими некоторой одинаковой характеристикой, которой должно быть уделено внимание при осуществлении справедливости. Наличие этой характеристики позволяет отнести лиц к одной сущностной категории. Данная сущностная характеристика может меняться в зависимости от

многих условий, но формальная структура справедливости остается одинаковой.

Х. Перельман выдвинул определение абстрактной или формальной справедливости, представляющей собой принцип действия, в соответствии с которым с лицами, принадлежащими к одной и той же сущностной категории, необходимо обходиться одинаковым образом. Это определение справедливости является формальным, так как оно не устанавливает категории, существенные для реализации справедливости. Формальное определение справедливости, по мысли Перельмана, – это пустая категория, которая получает наполнение в реальной жизни в виде той или иной формулы конкретной справедливости.

Однако в реальной жизни чаще всего обнаруживается потребность в комбинировании различных формул справедливости в случаях, когда мы не можем выделить одну сущностную категорию, к представителям которой необходимо проявлять одинаковое отношение. Такие ситуации, полагал Перельман, вызваны антиномичностью справедливости. Выход из затруднительного положения лежит в выделении одной сущностной характеристики в ущерб всем остальным, когда внимание концентрируется на той характеристике, которая должна быть учтена в первую очередь, позволяя всем остальным оказывать свое влияние настолько, насколько это не мешает ее учету. Наиболее эффективный способ достижения этого заключается в выявлении такой сущностной характеристики посредством использования внешних показателей – естественных и искусственных. В некотором смысле это входит в противоречие с идеей формальной справедливости.

Там, где внутренние противоречия идеи справедливости становятся очевидными и где при ее воплощении в жизнь мы вынуждены пренебрегать формальной справедливостью, необходимо обратиться к материальной справедливости (*équité*). Она заключается в стремлении не относиться слишком по-разному к лицам, входящим в одну сущностную категорию. Материальная справедливость стремится уменьшить неравенство в той ситуации, в которой достижение совершенного равенства (*égalité*) – формальной справедливости – становится невозможным.

Поскольку в основе наших представлений о справедливости лежат ценности, эти представления могут быть самыми разнообразными. В ранних работах Перельман писал даже, что в силу этого справедливость обладает элементом произвола. Позже ученый отказался от представления о произвольности нормативных систем и ценностей и стал говорить, что в силу присущей им запутанной природы они нуждаются в обосновании. Таким образом, каждый раз, когда мы применяем тот или иной принцип справедливости к конкретному случаю, мы должны обосновать свой выбор.

Х. Перельман подчеркивал персуазивную природу справедливости: необходимость поступать справедливо и само содержание правила справедливости нельзя доказать рационально, но в этом можно убедить путем аргументации, обращенной к рассудку.

И.Л. Бачило, зав. сектором информационного права ИГП РАН, доктор юрид. наук, проф., отметила, что тема конференции позволяет раскрыть по крайней мере две проблемы правовой коммуникации.

Первая касается распространения правовой информации в информационной среде, включая Интернет. Речь идет о размещении в сети ресурса правовой информации различных государств. Это позволяет проследить процессы пре-

доставления информационно-правовых услуг по поиску необходимых источников пользователям интернет-ресурса, с одной стороны, а с другой – оценить состояние применения законодательства в процессе совершения различных сделок и других операций.

Профессор В. Бергман в своем докладе показал значение этой стороны правовой коммуникации для обучения студентов и использования законодательства в электронной форме, для повышения квалификации юристов-практиков. В России в 2011 г. были внесены дополнения в Федеральный закон “О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального собрания”, предусматривающие официальное опубликование (размещение) указанных актов на “Официальном интернет-портале правовой информации” (www.pravo.gov.ru), что делает их свободно и бесплатно доступными в электронном виде для любого пользователя.

В целях расширения возможностей правовой коммуникации, участия граждан и организаций в законотворчестве и управлении государственными делами в России разрабатываются системы “электронного парламента”, “электронного законодательства”, осуществляется электронизация деятельности нотариата, судов, органов государственного управления и местного самоуправления, создается система “электронного правительства” и ГАС “Управление”. Информационно-коммуникационные технологии получают все более широкое применение в российской практике подготовки и принятия управленческих решений, подчеркнула И.Л. Бачило.

Вторая проблема, вокруг которой развернулась дискуссия, определена темой доклада проф. В. Кравица и докладов доц. М.В. Антонова и проф. А.В. Полякова. Речь идет об информационно-коммуникационном аспекте самого феномена “право”. В этой связи И.Л. Бачило затронула четыре вопроса: (1) философский аспект понятия права как базового суперинститута самоорганизации социума; (2) право в онтологическом аспекте (стадия перехода от виртуального состояния права к реальному); (3) инфокоммуникационный аспект позитивного права; (4) коммуникативная природа “живого права”.

Докладчица подчеркнула возрастающее внимание к философии права в условиях глобализации и информационного общества, определяя этот период как своеобразный ренессанс философии и теории права, углубление философского осмысления феномена права в условиях сложного переходного периода к новому этапу развития цивилизации в планетарном масштабе. В общественном сознании формируются специфические концепты: “праведное”, “справедливое”, “свободное”, “должное”, на основе которых складываются такие понятия, как “правовереие”, “православие”, “правопослушание”, “правопорядок”, “законность” и др. Профессор Бачило обратила внимание участников конференции на тезис Х. Ломпарта: “Замок философии права должен быть построен заново из принципов (теории) и истории (действительности)”.

В аспекте онтологического оформления права, т.е. этапа перехода его от виртуального состояния к реальному, смыслы концептов “справедливого”, “свободного”, “должного”, “целесообразного” переводятся из сферы правосознания, научных исследований в систему законодательно зафиксированных норм, принципов, требований. Здесь особо значимыми оказываются вопросы правового языка – языка законодателя, толкователя, эксперта, пользователя правовой информации.

Третий информационно-коммуникативный аспект касается нормативно-правового оформления прав, обязанностей и ответственности правоприменителей, правопослушных субъектов и правонарушителей в реальных отношениях в соответствии с законом как носителем объективного права. Здесь совершается контакт права с конкретными предметными областями и сферами жизни социума, деятельностью субъектов, их взаимодействием в определенном историческом времени и географическом пространстве.

Стадия реализации нормативно оформленного в законе (законодательстве) права в реальных правовых отношениях и поведении субъектов права предполагает обращение к понятию “живое право”. Как считает Бачило, “живое право” – это право, действующее со всеми его плюсами и недостатками, заложенными на стадии правотворчества. Его жизнеспособность и качество проверяются социумом, что формирует требования к совершенствованию позитивного права и гармонизации права в масштабах глобального сетевого взаимодействия разных институций современного общества.

Докладчик не считает продуктивной трактовку правового плюрализма как дробления, деструктуризации права по признаку индивидуализации ролей и интересов отдельных субъектов. Саморегулирование, самоорганизация институций общества не означает снижения синергетики права как универсально действующего социального института. Плюрализм в праве ведет к более глубокому проникновению в структуру интересов отдельных институтов социума и установлению баланса общего, коллективного и частного интересов. Важная сторона плюрализма в праве – его использование в качестве способа сближения разных правовых культур, противодействия их обособлению. Плюрализм

предполагает доверие, взаимопонимание, толерантность разных систем права и сближения механизмов юрисдикции в сетевом мире.

Путь к плюрализму в праве, подчеркнула И.Л. Бачило, лежит через включение институтов государственной власти в структуру гражданского общества и укрепление взаимодействия их со всеми другими его институциями. Только это позволит переосмыслить и перестроить государственные институты и сделать их подлинно гражданскими, социальными, демократичными. Тема гражданского общества все активнее звучит в современных философских, социальных и правовых исследованиях.

Инфокоммуникационный взгляд на развитие права позволяет обосновывать пути движения к всемирному правовому сообществу и одновременно упорядочению и повышению авторитета систем национального права.

Все заслушанные доклады вызвали большой интерес участников конференции. Вокруг каждого из них развернулась оживленная дискуссия, в которой приняли участие научные сотрудники и аспиранты ИГП РАН.

В заключение проф. **Н.Ю. Хаманева** подвела итоги работы конференции и выразила надежду на регулярное проведение подобных мероприятий в будущем.

Обзор подготовила
Наталья Владимировна Варламова,
старший научный сотрудник
сектора сравнительного права
Института государства и права РАН,
канд. юрид. наук, доц.
(E-mail: comparative_law@igpran.ru)