

СИТУАЦИЯ ФОРМИРОВАНИЯ СУБЪЕКТА ПРАВА

© 2012 г. Василий Алексеевич Токарев¹

Краткая аннотация: в статье анализируется онтологическая структура права. В качестве ее основания автор рассматривает правовую ситуацию. Особое внимание уделено субъекту права и его ценностным суждениям. Содержащиеся в статье выводы о праве как феномене культуры имеют важное значение для современной методологии его познания.

Annotation: the article is devoted to the analysis of the anthological structure of law. The author considers the legal situation as the basis of this structure. Particular attention is paid to the subject of law and its value judgments. The conclusions containing in the article about the law as a phenomenon of culture are important for modern legal methodology.

Ключевые слова: структура права, правовая ситуация, правовая культура, метаязык юриспруденции, правовой субъект.

Key words: structure of law, legal situation, legal culture, meta-language of jurisprudence, subject of law.

1. *Право как феномен культуры.* Каждый раз, открывая для исследователя границы, обусловленные разнообразными факторами, правоведение возвращает его к одному вопросу – что есть право? Вопрос может быть сформулирован иначе: каковы способы существования сущего, признаваемые в качестве правовых? Ставя этот вопрос и переходя к анализу эмпирического материала, правовед рассчитывает прояснить онтологическую проблематику юридической науки. Разумеется, при условии, что в итоге он сможет указать на конкретный способ существования сущего именно как правового, а не как, скажем, политического и определить особенности той ситуации, в которой участник общественных отношений проявляет себя в качестве субъекта права.

Решая подобные задачи, правоведа следует быть готовым к диалогу с иными юридическими традициями, чем его собственная. Как полагает Р. Давид, “необходимое взаимодействие или простое сосуществование требуют, чтобы мы открыли наши окна и посмотрели на зарубежное право”². Для этого в нашем распоряжении должна оказаться методология, адекватная предмету исследования, т.е. различным способам существования права и приемам его осмысления в том или ином культурном контексте. По замечанию Н. Рулана, мир переживает “процессы аккультурации, связанные с распространением права... процессы

смещения юридических норм”³. Обозначенные процессы развиваются по двум основным направлениям.

Во-первых, сфера действия позитивного права в западной юридической традиции расширяется за счет освоения законодателем различных областей социальной жизни. “То, что законодатели, как минимум, на Западе, пока не вмешиваются в такие области жизни людей, как их высказывания, выбор брачного партнера, путешествия или манера одеваться, обычно позволяет не обращать внимания на то, что на практике у них есть полномочия, чтобы вмешаться в любую из них”⁴, – констатирует Б. Леони. Принципиально важным является не сам факт чрезмерного регулирования законодателем общественных отношений, а известная гибкость структуры права, реагирующей на изменения в социальных практиках. Так, анализируя правовые системы, правовед выходит за рамки юридической догматики для того, чтобы осмыслить притязание как *право*, долг как *обязанность*, игрока на социальном поле – как *участника правоотношения*. Конечно, каждое социальное поле сохраняет автономию, но многие социальные явления находят свое выражение с помощью юридической терминологии. «Появление выражения “беспристрастность государства”, так характерного для ряда последних президентских выборов во Франции, – отмечает А. Гарапон, – может служить превосходной иллюстрацией эволюции политических ожиданий. Идея беспристрастности взята из юридического

¹ Доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Самарской государственной областной академии (Наяновой), кандидат юридических наук (E-mail: basiletok@gmail.com).

² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 18.

³ Рулан Н. Историческое введение в право. М., 2005. С. 17.

⁴ Леони Б. Свобода и закон. М., 2008. С. 23.

словаря»⁵. Иными словами, коллективные действия обретают законную силу в процессуальной (правовой), а не в политической форме, как это было ранее.

Во-вторых, в традиционных обществах, где, напротив, позитивное право играет скромную роль среди социальных регуляторов поведения, правовые институты сегодня весьма активно используются. Формально оставаясь в тени, фактически позитивное право позволяет обойти императивные нормы религии. Например, компаративист прекрасно понимает значение “двойной продажи” в мусульманском праве, где “правовые уловки” (хиялы) не редкость. Поскольку Коран не допускает ссуду под проценты, запрещая ростовщичество, заемщик “продает” вещь кредитору, чтобы тот “перепродал” ее заемщику по цене, завышенной на заранее оговоренный ссудный процент и выплачиваемой только по истечении срока ссуды⁶. Здесь мы наблюдаем тенденцию, обратную той, которая была характерна для периода формирования западной традиции права. Она органически выростала из канонического права⁷, тогда как мусульманская традиция привлекает позитивное право для корректировки чрезмерно жестких требований религии. Поэтому замечание Р. Леже, адресованное европейским юристам, о том, что “нам следует ограничивать техническое значение права и прилагать максимум усилий к урегулированию социальных отношений другими способами”⁸, в рамках восточной традиции права утрачивает смысл.

Очевидно, что указанные тенденции свидетельствуют о необходимости проведения исследований, основанных на понимании права как культурного феномена. Они предполагают структурный анализ правовой реальности в качестве знаковой системы, поскольку в этом случае открываются возможности для выявления взаимосвязей права с другими элементами культуры.

Кроме того, семиотический анализ структуры права позволяет выявить ее основания, остающиеся неизменными в любом культурном контексте. “Различия между правом разных стран значительно уменьшаются, — полагает Р. Давид, — если исходить не из содержания их конкретных норм, а из более постоянных элементов, используемых для создания, толкования, оценки норм”⁹. Между тем речь вовсе не идет о тотальном юридическом метаязыке, *a priori* навязываемом социальной реальности с каких-либо конъюнктурных позиций (например, с целью доказать превосходство одного способа правового бытия над другими). Напротив, задача правоведа заключается в осмыслении разнообразия моделей правового общения внутри отдельных юридических культур и между ними при сохранении в поле зрения универсальных оснований права.

Для достижения этой цели правоведа обращается к анализу трех уровней правовой реальности: общее социальное поле, юридическое поле (формальные практики), правосознание (область правовых суждений). Свои исследования он проводит, работая с социальными структурами, суждениями о справедливости, культурой. “Правовое общение в отличие от лично-властных отношений, — пишет В.Г. Графский, — являет собой пример 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 культуры”¹⁰. На наш взгляд, постижение структуры правовой реальности (как социального и культурного феномена) обеспечивает диалог правовых культур, обогащающий юридические идеологию и технику. Яркий пример понимания чужой правовой культуры приводит Н. Рулан. Американцы, опасаясь обвинений в сексуальных домогательствах, прибегают к письменным соглашениям, уточняющим границы любовной связи — так называемому “love contracts”. Это шокировало французов, пока в их праве не утвердился институт страхования на случай развода для оплаты услуг адвоката¹¹.

Первоначально правоведа набрасывают “атлас”, отражающий варианты формализации и практического применения социальных норм, характерных для конкретных культур. На данном

⁵ Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. М., 2004. С. 48. Известный социолог П. Бурдьё выражает эту мысль применительно к взаимозаменяемости социальных полей следующим образом: «...тот, кто занимает в одной игре позицию слева — “a”, находится по отношению к тому, кто занимает позицию справа “b”, в таком же положении, в каком тот, кто занимает в другой игре позицию слева “A”, находится по отношению к тому, кто занимает позицию справа — “B”» (см.: Бурдьё П. Социология социального пространства. СПб., 2005. С. 172).

⁶ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности). М., 2007. С. 394.

⁷ См.: Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 11.

⁸ См.: Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2010. С. IV.

⁹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 20.

¹⁰ Графский В.Г. Всеобщая история права и государства. М., 2005. С. XII.

¹¹ См.: Рулан Н. Указ. соч. С. 40.

этапе они действуют по принципу, описанному Р. Бартом. Японцы отказывают телу в признании его центрального положения в мире в качестве означаемого знаковой деятельности и выражают его отношения с вещами указанием на них пальцем (“Такое!”)¹². Обращаясь к исследованию правовой системы, юристы также указывают на нее: “*Это* – англосаксонская семья, а вот *это* – романо-германская”. Постепенно складывается метаязык правоведения, не свободный от вносимых в него исследователем посторонних смыслов. Многое зависит от позиции, занимаемой субъектом высказывания. Правовед волен осветить один правовой институт и затушевать другой, изучить одну юридическую модель и пройти мимо других. Однако практикуемый им метаязык (при всех погрешностях) должен отражать пласт правовой реальности, как таковой, и форму, которую она принимает в данном обществе. Переходить от сбора эмпирического материала к его осмыслению оправданно, только имея адекватное представление об онтологической структуре права и особенностях того культурного контекста, где она сформировалась. «Большинство французов ничего не поняли в югославском конфликте, – с сожалением замечает Н. Рулан, – по их представлениям, эти “этнические” проблемы относятся лишь к жизни народов отдаленных стран»¹³.

II. В поисках методологии. На теоретическом уровне анализом правовой реальности занимаются представители противоположных научных школ. Среди множества проявлений сущности права они предполагают обнаружить его онтологическую структуру. Какими бы ни были предмет и источники права, изменяющиеся во времени и пространстве, оно “предназначено предупреждать и разрешать возникающие в обществе конфликты путем обращения к одному общему источнику”¹⁴. Так, придерживаясь монистического взгляда на право, обещающего установление единства его структуры, Г. Кельзен выстраивает концепцию нормативизма, применимую к позитивному праву как “чистому” феномену. Он подчеркивает, что систематическое единство права представляет собой “свободное деяние юридического познания”¹⁵. С ним полемизируют юснатуралисты, обосновывающие существование так называемого естественного права и необходимость практи-

ческого воплощения в законах универсального принципа справедливости. Автор либертарной концепции правопонимания отмечает, что “самая краткая дефиниция понятия позитивного права (правового закона) должна включать в себя, как минимум, два определения, первое из которых содержало бы одну из характеристик права в его различении с законом, а второе – характеристику права в его совпадении с законом”¹⁶.

Эти школы придерживаются различных методологических принципов, но все они сформировались в рамках одной традиции права, обуславливающей возможность реальной дискуссии на общем поле метаязыка юриспруденции. Сложнее выстроить диалог между представителями разных культурных типов, идеализирующих право или сомневающимися в его ценности. Как оговаривается Н. Рулан, размышления о месте права возникают очень быстро, когда мы оставляем родные берега. Впрочем, преждевременно считать такую задачу невыполнимой, поскольку диалог культур состоится при их восприятии как семиотических систем. “Культуру можно рассматривать как знаковую систему, и в зависимости от отношения к знаку можно выделить два типа культуры, различие между которыми определяется тем, как понимается отношение между знаком и его значением: как единственно возможное или как условное и произвольное”¹⁷, – отмечает И.Д. Невважай. На этом основании он выделяет “правовую культуру выражения”, в которой сознание законодателя направлено на репрезентацию в правовой норме уже заданного содержания, и “правовую культуру правил”, нацеленную на упорядочение отношений в социуме через посредство знаков, формирующих свой референт.

Семиотический анализ онтологической структуры права интегрирует в предмет юриспруденции системы, развивавшиеся на самобытной почве и не воспринявшие ценностей западной традиции права. “В глазах китайцев право не просто далеко от того, чтобы быть фактором порядка и символом справедливости; оно – орудие произвола, фактор, нарушающий нормальный порядок вещей”¹⁸, – полагает Р. Давид. Кажется, что это веский аргумент для передачи китайского права в ведение истории культуры, а не правоведения. Но отрицание ценности права и замена его другими регуляторами поведения не устраняет юридического поля, остающегося пространством борьбы субъектов за

¹² См.: *Зенкин С.* Ролан Барт – теоретик и практик мифологии // *Барт Р.* Мифологии. М., 2008. С. 51.

¹³ *Рулан Н.* Указ. соч. С. 14.

¹⁴ *Accier-Andrieu L.* Le droit dans les sociétés humaines. P., 1996. P. 15 (Цит. по: *Рулан Н.* Указ. соч. С. 25).

¹⁵ Цит. по: *Шмитт К.* Политическая теология. М., 2000. С. 35.

¹⁶ *Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 1997. С. 38, 39.

¹⁷ *Невважай И.Д.* Типы правовой культуры и формы правосознания // *Правоведение.* 2000. № 2. С. 23.

¹⁸ *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. С. 27.

признание их правового статуса. Размышления Р. Барта по поводу японской культуры свидетельствуют о том, что, пусть и более прямолинейно, чем на Западе, на Востоке субъекты права тоже опрашиваются об их расположении в правовой реальности и обозначаются недвусмысленным указанием на них. Добавим, что жест-указание глубоко укоренен в разных правовых культурах. Более тысячи лет в Испании функционирует Водный трибунал Валенсийской Уэрты (долина реки Турия), процедура рассмотрения дел в котором (споры по поводу пользования каналами) совмещает в себе римское и арабское право. Как отмечают конституционалисты, “арабские корни видны в манере Председателя предоставлять слово движением ноги, а не руки”¹⁹.

Впрочем, можно и поспорить о значении юридического поля в восточных культурах, заметив, что в Китае легальное пространство столкновения позиций носит субсидиарный характер, так как там в суд обращаются, исчерпав доступные средства примирения. Любопытно то, что “сами же суды склоняют стороны к мировому соглашению и разработали оригинальную технику применения права, а точнее, уклонения от его применения”²⁰. Ответ на такое замечание содержится уже в нем самом, поскольку, чтобы непосредственно не применять нормы позитивного права, китайские судьи приложили усилия к выработке специальной техники, опять-таки действуя в “ненавистном” им юридическом поле. Кстати, “ненавистном” в прямом смысле слова, учитывая то, что идея “правления через право”, в основе которой лежат взгляды легистов, “была выдвинута Ден Сяопином после смерти Мао (последний испытывал особое отвращение к праву, заявляя, что не помнит Конституцию, которую сам и написал)”²¹. Тем не менее попытки политической элиты культивировать в обществе позитивное отношение к праву ни к чему не приводили, оставляя открытым вопрос о подлинных установках элиты. “Коммунистический режим в Китае сперва отказался от кодексов по западной модели, подготовленных после падения императорского строя, а позднее после недолгих колебаний – от советского пути и избрал свой собственный, на котором праву отведено скромное место; был принят ряд новых законов, но мало что изменилось в стиле их применения”²², – заключает Р. Давид.

Взгляд на китайскую традицию правопонимания резко меняется, когда правоведы предпринимают попытку определить, что же является объектом неприятия – содержание норм права, которое еще в эпоху Трех династий (2205–256 гг. до н.э.) выкристаллизовалось как карательное, или право в качестве особого способа бытия сущего, признаваемого как правовое, правильное, справедливо правящее и направляющее субъекта, вопрошающего о дальнейшей судьбе, в его движении в пространстве проблемной ситуации. По замечанию Н. Рулана, “в Китае право в основном остается средством для одного клана осуществлять свою власть, воплощаемую в праве карать других. Однако *идея права* (курсив наш. – В.Т.) в том виде, в каком мы ее себе представляем, не была совершенно чужда историческому опыту Китая”²³. Следовательно, прежде чем критиковать своеобразный подход китайцев к праву, необходимо осмыслить идею права как онтологическую структуру, вписанную в культурный контекст. Добросовестный исследователь способен рассмотреть в позиции политических лидеров Китая не примитивный уровень правосознания и правовой нигилизм, а одну из разновидностей акта признания правовых ценностей. Негативная оценка – тоже оценка, которая сама по себе интересна юристу. “В суждениях о праве всегда и везде заметна некоторая двойственность, – отмечает Н.М. Коркунов, – с одной стороны, отдельные действия лиц обсуждаются с точки зрения согласия или несогласия их с действующим правом, с другой – и само действующее право подвергается обсуждению с точки зрения более общих принципов”²⁴. Осмысливая акты отрицания права, правовед обнаруживает субъекта, такие акты реализующего и оценивающего правовую реальность.

Структура права едина, целостна и внутренне непротиворечива. Другое дело, если занимаемая наблюдателем позиция допускает классификацию права на “подлинное” и “неполноценное”, “естественное” и позитивное, обнажая всю глубину и трагизм усвоенного им социального опыта. Поэтому, отказываясь от участия в полемике позитивистов и юснатуралистов, Р. Давид называет в числе современных правовых систем также китайскую, японскую, мусульманскую и индуистскую²⁵. Такой подход акцентирует внимание не на споре позитивизма со школой “естественного” права, но на отношении между *фактом* и *нормой*

¹⁹ Андреева Г.Н. Конституционное право зарубежных стран. М., 2005. С. 478, 479.

²⁰ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 27.

²¹ Рулан Н. Указ. соч. С. 45.

²² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 27.

²³ Там же.

²⁴ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 2004. С. 80.

²⁵ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 26.

в онтологической структуре права. Пренебрегая фактическими основаниями правовой реальности в пользу нормативного аспекта, правовед рискует свести свое исследование к сопоставлению англосаксонской и романо-германской правовых семей, анализируя другие семьи “по остаточному принципу”. Он “застывает” на вопросе о том, почему в Англии так прохладно относятся к почитаемой на континенте концепции “естественного” права, и, переходя к правовым системам Китая или Японии, теряется в материале не столько из-за его обилия, сколько по причине отсутствия ориентиров для его осмысления. Опирируя метаязыком, правовед, подобно правовому субъекту, продвигается в пространстве ситуации, и от успеха его освоения в лабиринте чужих для него смыслов зависит, передаст ли он их на своем языке адекватно оригиналу. Как утверждает Н.Н. Алексеев, «выход из условности положительно-правовых установлений должен быть найден не в учении о “естественных” элементах права, но в объективной структуре, или эйдетической сущности, правового логоса»²⁶. Следовательно, чтобы состоялось правовое общение, необходимо обратиться к онтологической структуре права и установить ее основания.

III. *Основания онтологической структуры права.* Отправной точкой для постижения структуры права выступает ситуация, требующая от компетентной инстанции официального и справедливого решения, т.е. правовая ситуация. «Не существует нормы, которая была бы применима к хаосу. Всякое право – это “ситуативное право”»²⁷, – рассуждает К. Шмитт. Ситуация, в которой через поведенческие акты, соотносимые с решениями компетентной инстанции, формируется правовой субъект, является онтологическим основанием права. «Необходимо вычлениить и сосредоточить внимание на *исходном и вместе с тем предельно простом пункте*, показывающем, с каких обстоятельств в мире конкретных явлений и процессов юридическое регулирование начинается, – пишет С.С. Алексеев. – Это – “ситуации, требующие для своего решения права”»²⁸. Они

обозначают конкретные способы бытия сущего как правовые, находясь в основании юридической системы.

Очевидно, что непосредственное соприкосновение с правом происходит в ситуации, нуждающейся в разрешении. Свое формальное выражение решение находит в акте, исходящем от легитимной инстанции и направленном на признание абстрактной модели некоей ситуации и статуса ее потенциальных участников (нормативно-правовой акт) или на признание конкретной ситуации и статуса ее реальных участников (акт индивидуального применения права). В обоих случаях структура права формируется с решения, принятого на основе установления обоснованности притязаний правовых субъектов. Необходимость в решении возникает тогда, когда нарушается правопорядок, распавшийся на право (норма) и порядок (факт). Для возвращения к единству компетентная инстанция, опрашивая участников ситуации, первоначально восстанавливает порядок, поскольку “норма нуждается в гомогенной среде”²⁹. Норма права не применима к социальному хаосу, который преодолевается принятием решения, упорядочивающего общественные отношения легитимным путем.

С точки зрения юридической техники в западных обществах модель расспрашивания о перспективах развития правовой ситуации и ее конечном итоге разработана детальнее, чем в других обществах. Субъекты обращаются в вышестоящую инстанцию, которая “принимает окончательное решение, а до такого решения рассмотрение конкретного дела откладывается”³⁰. Процедура судебного контроля четко указывает на то, что правопорядок основывается на решении, но не на норме. Заметим, что “верховный суд не отменяет закон, в его решениях нет такого постановления, да и по смыслу конституции любой страны он и не вправе это делать”³¹. Тем не менее, от верховного суда игроки на правовом поле ожидают решения, одновременно абстрактного (влияющего на эволюцию правовой системы в целом) и предельно конкретного, имеющего непосредственное значение для данной ситуации и ее участников. В результате “юристам тех стран, где существует такая система, нужно постоянно следить за деятельностью судов в сфере конституционного контроля (особенно верховных судов страны, а в федерациях – и верховных судов субъ-

²⁶ Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 40.

²⁷ Шмитт К. Указ. соч. С. 26.

²⁸ Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. М., 2000. С. 25. Феноменологический анализ правовой ситуации представлен в следующей работе: Стомба А.В. Правовая ситуация как исток бытия права. Харьков, 2006. На наш взгляд, ее автор уделяет больше внимания методологии Э. Гуссерля и М. Хайдеггера, чем собственно вопросам философии права.

²⁹ Шмитт К. Указ. соч. С. 26.

³⁰ Чиркин В.Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. М., 1998. С. 80.

³¹ Там же.

ектов федерации)»³². Судья становится формальным воплощением одного из основных субъектов правовой ситуации, без которого она не состоит – инстанции, оценивающей притязания сторон и принимающей решение. Он обеспечивает то публичное пространство, где возможно осуществление субъективного права. «Отношение двух лиц еще не создает правовой ситуации, но если в него вмешивается третий, то мы имеем дело с простейшим случаем социального отношения; если вмешивающийся третий является “беспристрастным и незаинтересованным”, если его вмешательство имеет принудительный характер, то это – простейшая правовая ситуация»³³.

Вместе с тем в современном обществе рост значения судов имеет свою оборотную сторону. Он свидетельствует о кризисе республиканских ценностей и республиканской политической традиции, сформировавшихся под влиянием великих революций. Как отмечает А. Гарапон, “наблюдающийся сегодня рост влияния судов происходит в меньшей степени из сознательного, официально утвержденного выбора и в большей – из защитной реакции на крушение фундаментов в четырех сферах: политической, символической, психической и нормотворческой”³⁴. Политические институты по разным причинам изменяют демократической традиции и взятым ими обещаниям, связанным с принципами принятия решений. Единственным местом, где пока сохраняется символическое измерение демократии, остается зал судебных заседаний. “Судья – идет ли речь о судьях Нюрнберга или о более скромных судьях из наших городских предместий – находится здесь для того, чтобы напоминать человечеству, нации или простому гражданину о взаимных обязательствах и обещаниях, начиная с первого обещания жизни и достоинства”³⁵, – утверждает А. Гарапон. Но чтобы напоминать, необходимо говорить, поскольку обращение к памяти сопряжено со свободным словом. Участвующие в судебном процессе стороны, защитник, обвинитель, свидетели, судья – все они восстанавливают правовую ситуацию и сообщают о ней в соответствии с процедурой, являющейся знаком правовой публичности, в которой индивид становится субъектом права, заявляя о своих притязаниях и ожидая их авторитетной оценки.

Антропологическое требование решения правовой ситуации определяет формирование пра-

ва как институциональной системы. Н. Рулан констатирует, что “стремление к достижению согласия уступает место требованию утвердить право (*vere dicere*: вынести вердикт), т.е. определить, кто прав или виноват, обращаясь к общим, как предполагается, и безличностным правилам, записанным в законодательных текстах (закон берет верх над обычаем) или решениях органов правосудия”³⁶. Онтологическая структура права усложняется за счет формализации, вырастая из конкретных правовых ситуаций до уровня социальной практики. Она обеспечивает тот способ существования социума в целом и его отдельных элементов, который получает легальное признание в качестве правового способа. Как опрашивание субъекта, так и его вопрошание о собственной судьбе подчинены процедурам вхождения в правовую ситуацию и поведения в ней. «“Процессуализация” политической жизни свидетельствует о том, – полагает А. Гарапон, – что в современную эпоху коллективное действие признается *справедливым*, если при этом используются методы (процедуры) правосудия»³⁷.

Структура права, формировавшаяся до этого момента на основании фактов и решений, недвусмысленно заявляет о своем нормативном характере. Как пишет Н. Рулан, “организация судебной власти приобретает вертикальное измерение с возможностью обжалования судебных решений в вышестоящих судебных или административных инстанциях, в то время как в обществах негосударственного типа истец может нередко выбирать между несколькими институтами по урегулированию конфликтов, но не может обжаловать их решения”³⁸. Сформированная онтологическая структура права включает в себя свои фактические основания (“правовые ситуации” – уровень восстановления нарушенного порядка через принятие легитимного решения) и их нормативное выражение и закрепление в источниках права (уровень наделения легитимного решения новым качеством легального, нормативного, юридического явления). Вопрос заключается в том, как соотносятся эти уровни правовой реальности – социальное пространство и юридическое поле – с уровнем правосознания, где правовой субъект признает возникшую ситуацию в качестве *его* ситуации.

IV. *Освоение опыта свободы*. Несмотря на то определяющее для развития правовой ситуации значение, которым обладает разрешающая

³² Там же. С. 81.

³³ Руткевич А.М. Философия права А. Кожева // Вопросы философии. 2002. № 12. С. 144.

³⁴ Гарапон А. Указ. соч. С. 28.

³⁵ Там же. С. 322.

³⁶ Рулан Н. Указ. соч. С. 27.

³⁷ Гарапон А. Указ. соч. С. 47.

³⁸ Рулан Н. Указ. соч. С. 28.

ее инстанция, основным участником ситуации остается субъект права. Он выступает в роли спрашивающего (“За что?” или “Как?”), носителя акта признания (“Наш суд – самый гуманный суд в мире!”) и осваивающего в правовой ситуации свой опыт свободы, который за него никто другой не освоит. Каждый его акт, в том числе и акт признания, становится решением, направленным на изменение и прояснение порядка бытия. Ему необходимо знать о том, что ожидает его в будущем, для свободной ориентации в пространстве правовой ситуации. “Когда возникает потребность в большей личной энергии и в большей личной инициативе, тогда определенность права становится непереносимым условием этих последних, *становится вопросом самой личности*”³⁹, – пишет И.А. Покровский. Проходя через правовую ситуацию, ее участник получает опыт свободы и определяет свою позицию по отношению к праву. “Свобода едина, но проявляется она по-разному, в зависимости от обстоятельств. Философам, вставшим на ее защиту, можно задать один предварительный вопрос: какова была та особая *ситуация*, которая дала вам опыт свободы?”⁴⁰, – спрашивает Ж.П. Сартр. Разумеется, чужой опыт свободы (ее отсутствия) нельзя передать никакими способами. В то же время возможен анализ вариаций свободного существования в различных обществах, позволяющий осмыслить право как меру свободы, гарантированную юридическими средствами. П. Рубе полагает, что “в отличие от социологии, правовая наука не является объяснительной, стремящейся описать отношения причинности; право – это нормативная дисциплина, предполагающая закрепить правила, наилучшим образом подходящие для регулирования общественных отношений; она постулирует ценностные суждения для того, чтобы можно было узнать, какое поведение в данных обстоятельствах окажется наиболее предпочтительным”⁴¹.

Обновление методического аппарата правоведения отражает процессы аккультурации права, выхода за пределы индивидуального правового опыта. Сравнение моделей правового бытия не гарантирует их абсолютно адекватного понимания, тем более их приятия и рецепции, но попытка понять и осмыслить чужой опыт свободы освобождает того, кто отваживается ее пред-

принять. В этом плане интересен пример, приводимый К. Леви-Стросом. Он рассказывает о том, как сомневающийся в могуществе колдунов канадский туземец, пройдя обучение у шаманов и утвердившись в своих подозрениях, тем не менее, творил “чудеса”, все же отдавая себе отчет в их профанном характере. Используя один незамысловатый прием, он добился лучших результатов, чем другие колдуны, начиная сомневаться уже не в самом чуде, а в собственном статусе. Его методы были такими, как и у них, хотя и результативнее, и нагляднее. “Таким образом, наш герой сталкивается с проблемой, – делает вывод К. Леви-Строс, – которая, может быть, несколько аналогична проблеме, возникающей по мере развития современной науки. Имеются две системы. Известно, что обе неадекватны. Но логика и эксперимент показывают, что их различие значимо. В какой системе отсчета их можно сравнивать? С точки зрения соотношения с фактами, где они неразличимы, или в своих собственных системах, где они имеют теоретически и практически различную ценность?”⁴².

Сравнение, по нашему мнению, имеет смысл только во втором случае, когда факт анализируется в единстве с нормой и с позицией формирующегося в данной ситуации субъекта, а не в отрыве от них. Это необходимое условие для понимания представителя иной правовой культуры и выстраивания с ним на почве права продуктивного диалога. Правовед не может позволить себе такую роскошь, как утрата означаемого во имя знака, но в равной мере он не должен пренебрегать знаками, отчетливо представляя, насколько они *на самом деле* соответствуют обозначаемому ими. Структура правового бытия начинается с правовых ситуаций, где значима любая мелочь, поскольку для субъекта права она – ориентир в процессе его расположения и освоения в правовой реальности. “Как говорят англичане, правосудие должно не просто вершиться, но нужно, чтобы все видели, что оно вершится, – замечает Г.Дж. Берман. – Это вовсе не означает, что если правосудия не видно, то оно не будет признано; это означает, что если его не видно, то это не правосудие”⁴³. Поэтому судебный процесс как наиболее насыщенная образами и символами формализованная процедура, как публичное пространство для свободного высказывания, как гарант памяти о значимых событи-

³⁹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. С. 89.

⁴⁰ Сартр Ж.П. Проблемы метода. М., 2008. С. 197.

⁴¹ Roubier P. Droits subjectifs et situations juridiques. P., 1963. P. 105.

⁴² Леви-Строс К. Структурная антропология. М., 2001. С. 182.

⁴³ Берман Дж. Г. Вера и закон: примирение права и религии. М., 2008. С. 21.

ях прошлого играет роль правового измерения демократии.

Публичный характер высказываний субъекта входит в структуру права, понимаемого в более широком смысле, чем совокупность позитивных норм, а именно: как пространство формирования правового субъекта. Тогда право – это обещание, даваемое обществом субъекту, способному заявить о себе в качестве автора своих высказываний и поступков, героя и рассказчика своей истории и способному отвечать за них. В конечном счете наказание виновного должно преследовать цель повторного обретения им возможности свободного пользования словом в перспективе его возвращения в гражданское состояние и восстановления им идентичности, его чести и достоинства. По мнению П. Рикера, “в обществе, сколько бы насилия в нем ни оставалось и из-за происхождения этого общества, и из-за его обычаев, существует место, где слово одерживает верх над насилием”⁴⁴. Причем место, предназначенное для реализации субъектом его способности стать правовым, обнаруживается не через любые акты суждения, но только благодаря слову, устанавливающему между участниками конфликта справедливую дистанцию и обуславливающему появление третьей стороны, разрешающей конфликт.

Впрочем, в возможности высказывания таится опасность и для субъекта, и для права. Хрупкость демократических традиций и излишняя формализация процедур не защищают юридическое поле от опасности символического и/или прямого насилия. Субъект высказывания может оккупировать пространство, предназначенное для свободной дискуссии, и в результате не только прекратить ее, но и приостановить действие правового порядка. “Если Революция – это язык, значит, она выдвигает

на авансцену тех, кто умеет говорить на нем”⁴⁵, – пишет Ф. Фюре. В чрезвычайных ситуациях происходит переворот в иерархии ценностей, трансформирующий право на высказывание в обязанность слушать, правового субъекта – в политического. Пренебрежение нормативным аспектом права в пользу фактов, равно как и наоборот, неминуемо ведет к разрушению онтологической структуры права, выхолащивая из нее идею справедливости.

Нельзя не согласиться с утверждением Г.В. Мальцева о том, что, “строго говоря, проблематика сущего и должного выходит далеко за рамки права”⁴⁶. Между тем первостепенное значение указанная проблематика приобретает не только и не столько относительно права, сколько применительно к субъекту. Именно его взаимоотношения с иными участниками общественных отношений призвано регулировать право, устанавливающее в символическом пространстве меру свободы и начала справедливости. “Рост числа легальных институтов и статусов – это наиболее характерное явление современной эпохи. Однако какими бы изощренными ни были закрепляемые законом правовые идеология и техника, для того, чтобы регулировать *права* (субъективные) средствами *права* (объективного), необходимо прибегать к правилам, которые соответствуют формальному определению права”⁴⁷, – полагает Ж.-Л. Бержель. Мы добавим к этому, что регулирование субъективного права нормами объективного права осуществляется в правовых ситуациях, раскрывающих потенциал права как культурного феномена и специфику правового субъекта как претендующей на уважение своего достоинства свободной и ответственной личности.

⁴⁵ Фюре Ф. Постигание Французской революции. СПб., 1998. С. 212.

⁴⁶ Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007. С. 525.

⁴⁷ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 76, 77.

⁴⁴ Рикер П. Справедливое. М., 2005. С. 12.