

Учреждение образования
«Академия Министерства внутренних дел Республики Беларусь»

В.И. Павлов

**ПРОБЛЕМЫ
ТЕОРИИ
ГОСУДАРСТВА
И ПРАВА**

*Рекомендовано
Министерством внутренних дел Республики Беларусь
в качестве учебного пособия
для обучающихся учреждений высшего образования
Министерства внутренних дел Республики Беларусь
по специальности 1-24 80 01 «Юриспруденция»*

Минск
Академия МВД
2017

УДК 340.1
ББК 67.0
П12

Рецензенты:

кафедра теории и истории государства и права
юридического факультета Белорусского государственного университета;
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Республики Беларусь,
судья Конституционного Суда Республики Беларусь *А.Г. Тиковенко*;
заместитель начальника штаба
Министерства внутренних дел Республики Беларусь *С.Н. Поляков*

Павлов, В.И.
П12 Проблемы теории государства и права : учебное пособие /
В.И. Павлов ; учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел
Респ. Беларусь». – Минск : Академия МВД, 2017. – 262, [2] с.
ISBN 978-985-576-072-7.

В учебном пособии рассматриваются актуальные проблемы современной общетеоретической юриспруденции; излагается суть постклассических направлений современного правоведения (в том числе авторской антропологической концепции права), которые сопоставляются с традиционными классическими теориями права.

В аналитическом словаре впервые представляется характеристика основных терминов и понятий постклассической антропологии права и постклассического правоведения в целом.

Предназначено для магистрантов, адъюнктов (аспирантов), преподавателей юридических учебных заведений, а также всех интересующихся методологическими проблемами современной юридической науки.

УДК 340.1
ББК 67.0

ISBN 978-985-576-072-7 © УО «Академия Министерства внутренних дел
Республики Беларусь», 2017

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие	5
Глава 1. Методологический статус теории государства и права. Классическая и постклассическая методология современной юридической науки	7
1.1. Проблемы формирования и развития теории государства и права. Становление континентальной юридической догматики и проблема преемственности правовых традиций	7
1.2. Методологический статус теории государства и права в системе юридического знания. Тип научной рациональности и тип правопонимания	25
1.3. Классическая и постклассическая методология современной юридической науки: перспективы развития юридического знания	33
Глава 2. Классические и постклассические правовые концепции. Постклассическая антропология права как универсальная исследовательская программа юридической науки	40
2.1. Классические и постклассические правовые концепции	40
2.2. Энергично-правовой дискурс и постклассическая антропология права	51
2.3. Антропологический тип правопонимания	69
Глава 3. Проблема субъекта права в современной юридической науке: классический и постклассический подходы	96
3.1. Археология субъектности в праве. Историческое формирование классических концепций субъекта и личности в праве	96
3.2. Концепция субъекта права в постклассическом правоведении: правовая субъективация	106
3.3. Концепция личности в праве в постклассическом правоведении	116
3.4. Личность в праве в процессе реализации правовых ценностей. Справедливость как базовая антрополого-правовая ценность	137
Глава 4. Классические и постклассические подходы к правотворческой деятельности и нормативно-правовому конструированию	152
4.1. Теория правотворчества в классических и постклассических концепциях права	152
4.2. Классическая структура нормы права и ее проблематизация. Новая аналитическая модель нормы права	158

4.3. Понятие нормативности в праве. Нормативность в контексте пост-классической правовой теории	163
4.4. Значение постклассических подходов к правотворческой деятельности для современной юридической науки и практики	171
Глава 5. Теоретико-методологические проблемы реализации права. Постклассическая модель юридической ответственности	177
5.1. Теоретико-методологические проблемы реализации права. Концепция юридической практики и ее проблематизация	177
5.2. Классические подходы к юридической ответственности. Перспективная и ретроспективная модели юридической ответственности	187
5.3. Юридическая ответственность в контексте антропологической правовой теории	199
Глава 6. Классические и постклассические подходы к учению о правоотношении	208
6.1. Теория правоотношения в постсоветской общей теории права: актуальные проблемы в связи с новой методологической ситуацией	209
6.2. Проблемные положения классической теории правоотношения	215
6.3. Постклассические концепции правоотношения	227
6.4. Правоотношение в антропологической концепции права: методологические особенности и понятие антрополого-правового отношения	232
Аналитический словарь	243

ПРЕДИСЛОВИЕ

Учебное пособие «Проблемы теории государства и права» предназначено для изучения одноименной учебной дисциплины в рамках магистерской подготовки по специальности «Юриспруденция»; в нем изложены наиболее сложные вопросы общетеоретического правоведения, поэтому оно адресовано только тем слушателям магистратуры, которые выполняют научные исследования по общей теории права и государства, то есть чей научный интерес непосредственно связан с научной специальностью «12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве». Учебное пособие будет также полезно всем интересующимся современными проблемами общетеоретической юридической науки.

В пособии представлено собственное авторское видение проблем в той или иной области юридического знания, что отражается и в манере подачи материала. Все темы, изложенные в книге, основаны на личных научных разработках автора, являются итогом преподавания учебной дисциплины «Проблемы теории государства и права» слушателям магистратуры Академии МВД Республики Беларусь по специальности «Юриспруденция» на протяжении 2011–2017 гг.

В пособии показан круг проблем современного фундаментального правоведения, однако основное внимание автор уделяет методологическим проблемам, проводя сравнительный анализ классических и постклассических методологических подходов, существующих в современном общетеоретическом правоведении, а также сопоставляя правовые концепции, соответствующие данным подходам.

При рассмотрении различных современных правовых концепций автор использовал положения разрабатываемой им антропологической концепции права (антропологии права), послужившей методологическим основанием для проблематизации ряда тем.

В пособии затрагивается практически весь спектр актуальных проблем постклассического общетеоретического правоведения, поэтому при изложении материала автор ориентировался на читателя, уже усвоившего основы классической общеправовой теории, так как изучение

общетеоретических вопросов постклассического юридического дискурса (антропологии права, коммуникативной теории права, юридической герменевтики и др.) возможно только на базе традиционного юридического знания и требует вполне определенной подготовки в области общетеоретической юриспруденции.

Успешному усвоению учебного материала будет способствовать последовательное изучение глав (тем) пособия, изложенных по принципу «от общего к частному». Концептуальные проблемы общей теории права рассматриваются в их преломлении через правовую действительность; читатель постепенно знакомится с языком постклассического правоведения.

В начале пособия анализируются особенности формирования методологической традиции правоведения, процесс становления общей теории права; далее характеризуются традиционные и современные правовые концепции, указываются новации в развитии общетеоретической юриспруденции; в последних главах обсуждаются традиционные темы в контексте постклассических подходов к праву.

Для лучшего восприятия материала большинство ключевых положений каждой темы разбито на подвопросы. Каждую главу пособия завершает список рекомендуемой литературы, изучение которой позволит читателю более глубоко усвоить содержание соответствующих тем.

Пособие завершает разработанный автором аналитический словарь основных терминов и понятий антропологической концепции права. Словарные статьи снабжены кратким комментарием. Словарь построен не по алфавитному, а смысловому принципу; распределение понятий соответствует порядку изложения материала. Полагаем, что лаконизм словаря облегчит изучение материала, позволяя анализировать понятийно-категориальный аппарат и антропологической концепции права, и в целом постклассического правоведения.

В пособии не ставилась задача определить границы познавательных сфер правоведения, соответствующих учебным дисциплинам и отражающих фундаментальные правовые вопросы юридической науки, поэтому в нашей работе такие понятия, как «теория государства и права», «общая теория права», «общая теория права и государства», «общая теория государства и права» и т. д., синонимичны. Анализируются вопросы общетеоретического правоведения в целом, однако акцент сделан на проблемах развития общего учения о праве.

Автор выражает надежду, что учебное пособие будет полезно не только слушателям магистратуры, изучающим проблемы теории государства и права, но и всем тем, кто интересуется методологическими проблемами современной юридической науки.

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ СТАТУС ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА. КЛАССИЧЕСКАЯ И ПОСТКЛАССИЧЕСКАЯ МЕТОДОЛОГИЯ СОВРЕМЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

1.1. Проблемы формирования и развития теории государства и права.

Становление континентальной юридической догматики и проблема преемственности правовых традиций

От юридической догматики – к общей теории права. Современное общетеоретическое правоведение как наука и учебная дисциплина представляет собой результат длительного развития европейской континентальной юриспруденции, *ius commune* как традиции общего права континентальной Европы XIII–XVIII вв. Наиболее сильное воздействие на формирование континентальной юриспруденции оказала школа юридической догматики, которая в XIX в. была наиболее влиятельным правовым учением в Европе. Догма как метод правоведения и сегодня наиболее распространенный способ работы с правовым материалом, особенно в рамках отраслевых юридических дисциплин. Вместе с тем сам процесс формирования догматической юриспруденции, ее последующее восприятие в советском и постсоветском правоведении непрост и неоднозначен: он требует рассмотрения не только сути юридической догматики, но и условий, источников ее формирования. Чтобы понять современную общетеоретическую юриспруденцию, необходимо проанализировать сложные процессы эволюции юриспруденции от догматики к общей теории права.

Вначале следует осознать различия между современной общей теорией права и юридической догматикой как ее историческим прототипом.

Юридическая догматика XIX в. – по крайней мере, в рамках научной школы «юриспруденция понятий» (*Begriffsjurisprudenz*) Г. Пухты и Р. Иеринга – предполагает особый метод работы с правовой реальностью. Основным рабочим инструментом догматики является «догма права» – специальное логическое юридическое понятие-конструкция,

выработанное учеными в качестве средства систематической обработки правовых положений, закрепленных законодателем в нормативных правовых актах. В рамках юридической догматики считалось, что догма права как специальный доктринальный аппарат права предназначен не для обработки социальной практики, фактических жизненных отношений, а для систематизации законодательства, всегда конкретного и привязанного к определенному месту его юридического действия. Само законодательство (в частности, в ведущей на тот момент стране мира в области развития юриспруденции – Германии) основывалось на реципированных положениях римского права.

Следует сказать, что Германия XIX в. была центром «юридического столетия» и родиной формирования общей теории права. В этой стране вплоть до принятия Германского гражданского уложения перерабатывались и усваивались положения глоссированного римского права, продолжалась дискуссия о путях развития кодификации права и создании национальной модели государства. Поэтому в XIX в. единая система специальных теоретических понятий, которые сегодня используются в правотворческой деятельности в качестве средства юридической техники, на тот момент отсутствовала, что объясняется строгим различием в юридической догматике XIX в. того, что делает законодатель в процессе правотворчества, и того, что делают ученые в процессе создания правовой доктрины.

Современная общая теория права по-иному подходит к работе с правовой реальностью. Она не различает, с одной стороны, законодательство, а с другой, догматику как метод работы ученых-юристов с законодательством; догматика рассматривается исключительно в качестве частного технического средства обработки нормативного материала, получившего название «юридическая техника». Поэтому в современной классической общей теории права юридическая техника не воспринимается как системно-конструктивный общеправовой и даже философско-правовой метод обработки правовых положений – норм права, закрепленных в нормативных правовых актах, приводящий к созданию самостоятельного мира, «этажа» юридических понятий и конструкций.

Р. Иеринг отмечал, что юридическая конструкция, плод работы ученого-юриста в отношении норм законодателя, должна быть «совершенно свободна, собственные конструкции законодателя не обладают над ней обязательной силой. Законодатель не должен конструировать – он этим переходит в область науки, лишает себя авторитета и силы законодателя и становится с юристом по одну линию»¹. Юридическое конструирование, по Р. Иерингу, – это задача не законодателя, а ученого; это своего

¹ Иеринг Р. Юридическая техника. СПб., 1905. С. 82.

рода «художественное творчество»: «Мы... сами создаем те объекты, природу и сущность которых определяем. Конечно, материал для нашего творчества дан [законодательство. – В. П.], но то, что мы делаем из него, составляет в действительности нашу собственную продукцию, так как мы не только сообщаем другой порядок этому материалу, но и специфицируем его – *конструируем* из него специфически *юридические* тела»¹.

Таким образом, догматический аппарат юридической науки, который в юриспруденции понятий считался методом обработки законодательства (при свободной возможности использования наряду с догматическим также таких методов правового познания, например, как исторический или естественно-правовой), в рамках классической общей теории права стал постепенно ассоциироваться с самим процессом обобщения правовых положений, с техникой правотворческой деятельности. Догматическое конструирование как техника правотворческой деятельности стало особым языком права, создало предпосылки для соответственного правового представления как действительно аутентичного способа понимания правовой реальности и работы с ней.

Иными словами, формально-логический способ обобщения правовых явлений, который в юриспруденции понятий был методом обработки законодательства, в рамках традиционной общеправовой теории постепенно превратился в способ понимания права, с помощью которого правоположение возможно только как догма и всегда фиксируется в догме. Советская теория права, особенно теория права послевоенного периода, окончательно приняла это положение – разумеется, на политико-правовой платформе марксистско-ленинской философии права, которая создала условия для нормативизма этатистского типа. Однако, как известно, сам Р. Иеринг как представитель догматической юриспруденции во второй период своей деятельности (с 60-х гг. XIX в.) разочаровался в юриспруденции понятий и перешел на позиции социолого-правового метода обработки правовых положений («юриспруденция интересов»), начав представлять правовую реальность не через догму как логическую систему конструкций, «юридических тел», а через факты жизни, в основе которых лежат личностная, субъективная воля лиц, субъектов права, интерес и борьба за него. Существенно то, что к этому положению Р. Иеринг пришел, не только лично удостоверившись в неадекватности юридического концептуализма на практике, но и путем исследования генезиса классического римского права, в недрах которого в качестве смыслового источника права немецкий мыслитель не обнаружил ничего, кроме личной воли, корректная фиксация которой возможна только

¹ Иеринг Р. Задача современной юриспруденции. Юрид. вестн. 1883. Т. XIII, № 8. С. 240.

конкретно социологически, то есть «при господстве определенного порядка отношений»¹.

Н.Н. Алексеев в свое время также обращал внимание на то, что разрыв между нормой и фактом, появление феномена «гонения на факты» среди юристов были обусловлены мощным влиянием юридической догматики, распространенной в Европе последней четверти XIX в., и стремлением изучать не реальные факты и саму правовую жизнь, а логическую сущность юридических норм и логическую структуру юридических институтов².

Исследование процесса формирования догматической юриспруденции и влияния последней на становление общей теории права обнаруживает еще одну существенную деталь. Трансформация догматического метода в классической общей теории права привела к двоякому результату.

С одной стороны, она редуцировала этот метод, сведя его лишь к частному техническому приему обработки законодательства – юридической технике, причем приему, используемому в самом процессе правотворчества, на который концептуалисты наложили запрет³. Политико-правовой и философский слои юридической догматики как полноценной правовой доктрины (а догматика представляет собой именно полноценную правовую доктрину⁴) остались за рамками общей теории права. В советской общей теории права место политики права занял общеправовой диалектико-материалистический метод, не отрицавший как таковую догму права, но признававший ее лишь в качестве технического инструмента конструирования позитивного права. Примечательно и то, что учение К. Маркса об интересах имело точки соприкосновения с учением позднего Иеринга, который после разочарования в догматике также признавал сугубо формальный характер догмы права.

С другой стороны, такая трансформация освободила советскую и, главное, постсоветскую общую теорию права от привязки к мощному политико-правовому слою догматического «юридического художества», который заключался в игнорировании этических, антропологических, волевых и любых иных факторов, кроме единственно правильного, по мне-

¹ Нечаев В.М. Иеринг Р. [Электронный ресурс] // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона (1890–1907). URL: http://ru.wikisource.org/wiki/ЭСБЕ/Иеринг_Рудольф (дата обращения: 25.01.2015).

² См.: Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1998. С. 174.

³ См.: Иеринг Р. Юридическая техника. С. 82.

⁴ В.М. Нечаев отмечает, что как во времена глоссаторов, так и в современном ему догматическом направлении немецкого правоведения «практические задачи догматика отождествлялись с философскими»: Нечаев В.М. Конструкция юридическая // Энциклопед. слов. Брокгауза и Ефрона. URL: http://ru.wikisource.org/wiki/ЭСБЕ/Конструкция_юридическая (дата обращения: 12.01.2016).

нию ученых-концептуалистов, абстрактного формально-логического метода представления правового материала и работы с ним. Особенно в первое десятилетие после распада СССР общая теория права заметно переориентировалась на либеральную правовую политику, которая сегодня также переживает кризис. Тем не менее догматика как инструментальный каркас сохранена в теории и практике современного правоведения.

В связи с трансформацией юридической догматики в процессе ее исторического развития и того влияния, которое она оказала на развитие советского правоведения, можно говорить о ее положительном значении. Оно заключается в том, что догматика, выступив только в качестве юридической техники, оставила постсоветской общей теории права свободное пространство для философско-правового и политико-правового наполнения, хотя это место уже было занято либерально-правовым мировоззрением (подходом) за отсутствием иных альтернативных моделей. Парадоксально, но это положительное значение догматики для современной общей теории права (когда догма стала исключительно техникой, техническим слоем общей теории права) одновременно является и препятствием для преодоления догматического способа правового представления в современной юриспруденции – следовательно, и преодоления несоответствия правовой теории качественно иной современной социальной практике, которая не может быть полноценно, точно и эффективно отражена через догму права. В общей теории права догматика выступает только в качестве юридической техники, но неявным образом она воспроизводит структуры политики и философии права юридического концептуализма, что обусловлено жесткой зависимостью политики права от техники права. Как бы ни менялась политика и философия права, какие бы философско-правовые концепции ни предлагали правоведы, аппарат теории права обеспечивает воспроизводство догматического стиля правового мышления – по крайней мере, юридическая практика полностью полагается именно на него. Выйти за рамки догматического способа правового представления оказывается сложно, поскольку сам язык права догматичен.

В такой методологической ситуации одним из самых важных вопросов современной теоретической юриспруденции является ревизия догматизма, деконструкция догматического строения языка права, его аппарата, что означает не отказ от порядка, логичности и четкости в правовом познании, но перепроверку сложившихся и воспринимаемых как должных догматических юридических понятий и конструкций с целью определения их продуктивности по отношению к актуальной правовой действительности.

Догма как скрытая правовая политика классической общей теории права. В связи с важностью понимания связанности современной

общетеоретической юриспруденции юридической догматикой следует рассмотреть вопрос о влиянии политики и философии юридической догматики на современную общую теорию права.

Еще дореволюционный правовед В.М. Нечаев так оценивал значение юридического концептуализма: «На самом деле, юридическая конструкция – прием условный, имеющий значение только по отношению к тому праву, к анализу которого она применяется. Изменения в юридических нормах, зависящие от законодательной политики данного времени, и изменения условий общественной жизни, а также усовершенствования средств защиты (развитие, например, способов „укрепления прав“) принципиально видоизменяют как состав отдельных сочетаний, так и соотношение групп юридических понятий... Изолирование юридических норм от жизненных отношений, их вызвавших, полезное как технический прием, не должно идти до забвения исходных моментов каждого права: потребностей жизни и необходимой, в данный период развития, комбинации частных и общественных интересов»¹.

Итак, догматический метод, доминирующий в языке современной юриспруденции, создает предпосылки для сохранения тенденции преувеличения формально-логического над практическим, способствуя отходу на второй план потребностям самой жизни. Именно сам аппарат правоведения – система сложившихся формально-логических понятий, структур, составов, конструкций и т. п., которыми специалисты оперируют как нейтральными юридическими инструментами, – в действительности нередко воплощает приоритет отвлеченного «юридического искусства» над жизнью, создавая препятствие в виде неизменного, объективно данного компендиума догматических положений и на уровне общей теории права, и в отраслевых теориях (теории уголовного права, процесса, гражданского права и т. д.). В отраслевых юридических науках эта тенденция проявляется особенно очевидно. Своей функциональной органикой, которая на первый взгляд представляется естественной, единственно возможной формой освоения реальности права, догма блокирует выход за пределы ее соответствующего представления, тем самым сужая исследовательский поиск нового способа формулирования того или иного элемента правовой реальности вследствие сохранения устоявшегося языка права и дани научной традиции.

Конечно, ревизия юридической догматики не означает бездумного отбрасывания технического аппарата права как такового и игнорирова-

¹ Нечаев В.М. Конструкция юридическая [Электронный ресурс] // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона (1890–1907) // URL: http://ru.wikisource.org/wiki/ЭСБЕ/Конструкция_юридическая (дата обращения: 12.01.2016).

ния формально-логического метода, но призывает к перепроверке догматических конструкций с целью определения их социальной эффективности и антропологической значимости. В качестве примера такого рода догматических конструкций можно привести а) абсолютное и относительное правоотношение; б) момент начала и окончания того или иного правового явления (ответственности, правоотношения и т. д.); в) реализацию права в правоотношениях либо вне их; г) фактические составы, фикции, презумпции, дефиниции, модели процессов, логику их построения, иные теоретические конструкции, под прикрытием аксиоматичности общей теории права нередко препятствующие становлению новых юридических форм фиксации динамичной правовой жизни. Эти теоретические вопросы порой выносятся на особый проблемный «этаж понятий» в ущерб самим правовым явлениям.

В связи с этим можно признать обоснованными претензии отраслевых специалистов к общей теории права, свидетельствующие о фактах явного несоответствия динамично развивающихся отраслевых отношений, современных юридических практик существующей догматической форме их фиксации и прочтения на уровне общеправовой теории. В то же время само отраслевое юридическое мышление далеко не всегда способно гибко понимать и фиксировать правовую реальность, так как она отождествляется с реальностью догмы.

Для того чтобы выяснить столь притягательное и мощное фундирование догмой классического правового мышления, необходимо обратиться к истории формирования континентальной юридической догматики, начала которой закладываются в схоластическом римско-католическом мировоззрении западноевропейского средневековья.

Схоластика – юридическая глосса – догматический метод. Восточнославянский регион оказался под влиянием романо-германской правовой традиции в плане построения системы права и его источников, и эта традиция считается аутентичной нашей культуре. Однако анализ процесса становления догматики права в школе глоссаторов заставляет исследователя изменить отношение к континентальной правовой традиции в ее догматическом выражении с позиции соответствия культурно-историческим особенностям формирования нашего права и государства.

Приведем два пассажа, наглядно характеризующих истоки догматического мышления глоссаторов: «Исследовательский инструментарий, используемый для изучения *Corpus Iuris Civilis* школой глоссаторов, соответствовал культурным нормам схоластики... „Картина мира“, в рамках которой формировалась континентальная догматическая традиция, была сформирована религиозной схоластической культурой XII–XIII столетий. Для сознания средневековой интеллектуальной элиты характерно вос-

приятие авторитетных текстов как *ratio scripto* неизменных и универсальных канонов, содержащих истину, законченную систему знания. Для юристов-схоластов действительность права конституируется его письменной текстуальной формой и рациональностью содержания: мир подлинного права – это не социальная действительность, а действительность познаваемой и познающей мысли, приближающая человека к Богу»¹.

Эта емкая характеристика свидетельствует о сильном влиянии на формирование правовых школ и направлений не только юридических, но и религиозных традиций, в русле которых эти школы формировались (это принципиально, так как речь идет о Средних веках). Поэтому важнейшее, если не ключевое место в формировании континентальной юридической догматики принадлежит римско-католической схоластике: на Западе «римское право возрождалось в условиях крайне религиозного, традиционного, даже косного общества. Основным способом научного познания окружающего мира в нем вплоть до научной революции XVII в. оставалась схоластика»².

Схоластика занимает законное место в стиле мышления континентальной правовой традиции, начало становления которой связано с римским католицизмом. По замечанию Г.Ф. Шершеневича, схоластика имеет целью «доказать посредством логических рассуждений истинность догматов христианской религии, иначе, обязана объяснить разумом то, что предполагает вера»³. Схоластика – это пружина западного средневековья. Основная опора схоластов (особенно с XIII в.) – Аристотель, в основном в арабской и еврейской интерпретациях⁴. Основной метод схоластов – это силлогизм, заключающийся в дедуктивном выведении следствия из базового положения (бóльшей посылки), которое не подвергалось критике и не добывалось опытным путем, – оно было дано как аксиома. «Все остроумие схоластика, – отмечает историк права, – было направлено на то, чтобы выводы были логичны и в то же время не стояли в противоречии с христианским вероучением... благодаря такому методу, система схоластической философии представляла собою ряд бесконечных и бесполезных делений, подразделений, сопоставлений, соподчинений, противоположений»⁵. Главная роль схоластики для средневекового Запада заключалась, таким образом, не в добывании нового знания, но в неоправданном усложнении мысли независимо от ее содержания.

¹ Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012. С. 444.

² Поддников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. М., 2013. С. 30.

³ Шершеневич Г.Ф. История философии права. М., 1906. С. 152.

⁴ См.: Жильсон Э. Философия в средние века: от истоков патристики до конца XIV века. 2-е изд. М., 2010. С. 265–296.

⁵ Шершеневич Г.Ф. История философии права. С. 153.

Как справедливо утверждал Г.Ф. Шершеневич в отношении глоссаторов, «дух времени не мог не отразиться на юристах... пандекты для юристов были тем же, чем для церкви Откровение. Их знания были потому ценны, что за ними стоял авторитет великого Рима. Их взгляды были настолько убедительны, насколько опирались на *ratio scripta*, каковым представлялось молодому западноевропейскому обществу римское право»¹. Дореволюционный правовед С.А. Муромцев также указывал на серьезную методологическую ошибку глоссаторов, связанную с пониманием римского права: «Совершенно искренно глоссатор признавал идеалом своего времени право... столь же искренно он верил в полную внутреннюю гармонию этого [римского. – В. П.] права, не подозревая возможности противоречий в нем, и каждое видимое противоречие старался устранить путем толкования... он [глоссатор. – В. П.] преклонялся перед римским правом как перед высшим авторитетом и не помышлял о какой бы то ни было критике его. Из сказанного проистекало двоякое искажение римского права: во-первых, казуальные решения римских юристов... истолковывались как согласные... во-вторых, общие правила римских юристов (*regulae iuris*), как известно, очень часто содержавшие односторонние и недостаточно продуманные обобщения и потому и противоречившие и между собою, и с отдельными казуальными решениями, истолковывались так, как будто они были бы непогрешимыми истинами и получали значение, которое не соответствовало их истинному смыслу»².

В эпоху Высокого Средневековья впервые серьезно обозначилось противостояние пап и королей, возродилась идея тематизации величия античного мира. В этом контексте юристы-глоссаторы и их последователи-постглоссаторы (комментаторы) представляли интересы государей, использовались ими против римско-католической церкви (как верно заметил Г.Ф. Шершеневич, в средние века «одни легисты представляли светскую науку»³), хотя, как отмечается в литературе, в позднее Средневековье правоведы чаще всего оказывались на стороне тех, кто противостоял и папам, и императорам⁴. В конфликте пап и королей именно последние были заинтересованы в возрождении и развитии древнего римского права как формы упорядочения социальной жизни, альтернативной папоцезаристским претензиям латинской церкви. Известно, что император Генрих V обращался к Ирнерию, а Фридрих I Барбаросса – к его ученикам, четырем докторам⁵. Т. Валлинга не

¹ Шершеневич Г.Ф. История философии права. С. 181.

² Муромцев С.А. Рецепция римского права на Западе. М., 1886. С. 28–29.

³ Шершеневич Г.Ф. История философии права. С. 187.

⁴ См. Поддников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. С. 134.

⁵ Там же. С. 134, 139–140.

без оснований отмечает, что глоссаторы не стеснялись включать конституции западных императоров (например, Фридриха I Барбароссы, Фридриха II) в свои комментарии Юстинианова Свода¹. В эпоху глоссаторов именно Юстинианов Свод должен был поддержать смутно зарождающуюся тягу к величию античности, а на самом деле, под ее покровительством стремление к независимости, прежде всего от римско-католической церкви.

Работа глоссаторов (которые, как правило, сами принадлежали указанной традиции и были выходцами из церковной среды) по аналогии уподоблялась работе католических схоластов. Как отмечает Т. Валлинга, важное значение для формирования метода глоссаторов сыграла работа Пьера Абеляра «Sic et non» («Да и нет»), в которой он применил принципы формальной логики Аристотеля к текстам отцов Церкви². Вообще, как верно отмечает Д.Ю. Полдников, с одной стороны, юристы-схоласты и, с другой, монашествующие канонисты-ученые представляли собой две ветви одного научного направления – «средневековой схоластической юриспруденции с ее имперско-христианским универсализмом, преклонением перед авторитетным Текстом, логическими приемами его толкования, латинским языком»³. В эпоху комментаторов начала использоваться даже единая ученая степень «доктор обоих прав» (*doctor utrisque iuris*).

Схоластический метод заключался в построении силлогизмов: большей посылкой было правило из текста римского источника, впрочем, очень скоро им стало мнение авторитетного глоссатора (известная средневековая юридическая поговорка об авторитетности комментариев глоссатора Аццо гласит: «*Chi non ha Azzo, non vado a palazzo*», то есть тот, кого не поддерживает Аццо, не идет в суд)⁴; меньшей посылкой – подлежащая разрешению фактическая ситуация. Главное – логичность вывода и его непротиворечие авторитету римского текста как правовой аксиоме. В результате множились, разделялись, противопоставлялись, классифицировались понятия по различным признакам, придумывались искусственные и нелепые казусы; для преподавателей вырабатывались схемы изложения, канонизировались авторитеты и умножались цита-

¹ См.: Wallinga T. The Common History of European Legal Scholarship // *Erasmus Law Review*. Vol. 4. № 1. 2011. P. 6.

² Wallinga T. The Common History of European Legal Scholarship. P. 7.

³ Полдников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. С. 128.

⁴ «Золотая сумма» глоссатора Аццо была наиболее авторитетным произведением школы глоссаторов до создания ординарной глоссы Аккурсия и служила руководством для средневековых судей.

ты. Как неоднократно отмечалось в дореволюционной правовой науке, средневековые юристы, «преклоняясь перед глубоким смыслом римского права, относясь с благоговением к каждой строчке его, не задавались вопросом, соответствует ли существующий порядок идее правды. Такой вопрос был неуместен»¹. Немецкий романист XIX в. Ю. Барон (который, кстати, отстаивал позиции римского права в борьбе со сторонниками германского национального права) также указывает, что «глоссаторам недоставало исторических познаний и исторического смысла: они не подозревают, что римские нормы развивались у римлян лишь постепенно и что современные им жизненные отношения существенно отличны от римских; они не воспользовались для толкования Юстинианова права ни до-юстиниановыми источниками права, ни после-юстиниановыми, ни прочею древнею литературой»².

Итальянские комментаторы, продолжая дело глоссаторов, работали уже не с римскими источниками, а только с глоссами (комментировали в основном «*Glossa magna*» Аккурсия); как и западноевропейские суды, в качестве источника права признавали не римские источники, а глоссы на них. «Благодаря Ординарной глоссе Аккурсия, – отмечает Д.Ю. Полдников, – у нотариусов, судей и юристов с университетским образованием появилось авторитетное справочное пособие, разъяснявшее текст Свода Юстиниана в контексте средневековой культуры»³. Комментаторы, отойдя от римского текста, с помощью формальной логики еще более усилили использование схоластических методов в работе с глоссой и одновременно попытались вывести из многочисленных глосс дедуктивные «общие положения, которые мыслились как универсальные, как позабытое в эпоху глоссаторов естественное право (*ius naturale*)» [не путать с понятием естественного права эпохи Нового времени. – *В. П.*]⁴, что в свою очередь было обусловлено потребностями развивающегося торгового оборота. Этот метод итальянцев получил название *mos italicus* (итальянское обыкновение). Однако спорность указанного метода заключалась в том, что *ius naturale*, используемое ими для практических целей, не должно было подрывать авторитет глосс (фактически, *ius naturale* комментаторов – это морально оправданное и безупречное, по их мнению, классическое римское право I–III вв.). Это привело к росту судейского произвола, словесной эквилибристике, изощренному крючкотворству интерпрета-

¹ Шершеневич Г.Ф. История философии права. С. 185.

² Барон Ю. Система римского гражданского права : в 6 кн. / Предисл. В.В. Байбака. СПб., 2005. С. 46.

³ Полдников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. С. 51.

⁴ Дождев Д.В. Римское частное право. 3-е изд., испр. и доп. М., 2011. С. 17.

торов – в общем, к еще большей путанице. Вместе с тем в этой работе комментаторы во многом привели глоссированное право в соответствие с каноническим правом и местным законодательством¹.

И.А. Покровский отмечал, что господство комментаторов в XIV в. обернулось негативной общественной оценкой работы юристов. Их возненавидели «как крючкотворов, софистов и обманщиков»², воспринимали как плохих христиан (в обиход даже вошла поговорка «Die Juristen sind böse Christen» («юристы – плохие христиане»). П.Г. Виноградов приводит мнение о комментаторах немецкого гуманиста XV в. Ульриха фон Гуттена: «Жадная, невежественная, педантичная толпа юристов, которые затемняют самые простые вопросы и пользуются своим претенциозным образованием, чтобы выжимать соки из бедного люда»³. Несомненное проявление кризиса методологии комментаторов – «написание комментариев на комментарии, перегруженные разномастными дефинициями, делениями и прочими „архидурацкими тонкостями“, за которые в XVI в. комментаторов подвергли резкой критике Эразм Роттердамский и другие гуманисты»⁴.

Комментаторы не принадлежали к светским юристам: они, как и глоссаторы (в частности, наиболее авторитетные комментаторы Бартолде Сассоферато и его ученик Бальд де Убальди), были прекрасными знатоками канонистики и глубоко религиозными людьми. Рационализированные арабские и еврейские интерпретации наследия Аристотеля, теолого-философское осмысление правовых проблем по «Сумме теологии» Фомы Аквинского (несмотря на общую приверженность старой традиции обращения к тексту Свода Юстиниана) дали комментаторам возможность выйти на некоторые теоретико-правовые обобщения и обнаружить новый смысл в комментируемых текстах. Так, под влиянием канонического права юристы обратили внимание на религиозный аргумент доброй совести в теории договора (теория исковой защиты простых соглашений), на значение волевых действий с точки зрения цели (концепция соглашения о браке и обете, теория недействительности аморальных соглашений) и т. д.

Не менее важную роль в развитии схоластических методов и их интегрировании в западную правовую традицию позднего средневековья

¹ См.: Муромцев С.А. Рецепция римского права на Западе. С. 40.

² Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 263.

³ Виноградов П.Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе. М., 2010. С. 260–261.

⁴ Полдников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. С. 133, 175–176.

сыграла испанская Саламанкская школа второй (поздней) схоластики XVI в. (Франсиско де Витория, Доминго де Сото, Луис де Молина, Франсиско Суарес), серьезно повлиявшая на формирование новоевропейских правовых идей¹. В контексте идеи «суда совести» как универсальной юрисдикции римско-католической церкви монашествующие юристы-иезуиты указанной школы обратились не только к божественному Откровению, но и понятиям человеческой природы и природы вещей, чем предвосхитили развитие доктрины естественного права. Впрочем, и они находились под общим влиянием западной схоластической манеры исследования: например, при обосновании понятия естественного права опирались на сугубо римско-католическую концепцию божественного закона Аквината, где был постулирован примат божественного разума над волей, означавший, что даже Бог не может противоречить собственному разуму; следовательно, все в этом мире, включая право, поддается разумному объяснению. Д.Ю. Полдников утверждает, что первые новоевропейские идеи, сформулированные, в частности, в работах Гуго Гроция, посредника между Средневековьем и Новым временем, были во многом заимствованы именно у вторых схоластов (учение об обещании дарения, трех степенях обещания, учение об обязательности акцепта и др.)².

В XVI в. происходит смена научной парадигмы, место средневекового схоластического мировоззрения постепенно занимает гуманистическое мышление. В юриспруденции на смену догматике приходит французское гуманистическое направление *mos gallicus* («галликанское обыкновение»), ориентированное на отказ от глосс и комментариев. Наряду с ним, связанным с идеологией Возрождения, в этот период также получили развитие школы реформационного и контрреформационного направлений – немецкое *usus modernus Pandectarum* («современное использование Пандекта») и «элегантная школа» Нидерландской республики (римско-голландское право), вышеупомянутая вторая схоластика Саламанкской школы. В раннее Новое время именно гуманистическое направление в правоведении имело наибольший авторитет.

Гуманизм ориентировался на живую и конкретно-историческую природу права, тем самым предвосхитив идеи исторической школы XIX в. При-

¹ См.: Марей А.В. О государствах, королях и законах: Франсиско де Витория и его лекция «О гражданской власти» // Социол. обозрение. 2013. Т. 12, № 3. С. 41–51; Полдников Д.Ю. Проблема обязательности договоров: взгляд Саламанкской школы XVI века // Право. Журн. Высш. шк. экономики. 2011. № 2. С. 39–50; Шмонин Д.В. В тени Ренессанса: вторая схоластика в Испании. СПб., 2006. 277 с.

² См.: Полдников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. С. 274–277.

оригинальным стало этическое измерение права – сущность права, природа закона, соотношение права и этики, права и справедливости и т. д., однако рабочий аппарат юриспруденции ни в одной из школ разработан не был.

В то же время на Западе, преимущественно в Германии, активно складывающиеся новые буржуазные отношения требовали их практического обеспечения и правовой защиты. Уже в XVI в. в Германии и на севере Нидерландов римское право переживает период обширной практической рецепции¹ (прежде всего, под влиянием *usus modernus Pandectarum* и «элегантной школы»), но, как убеждены все знатоки истории средневекового западноевропейского права, рецепции в том виде, в котором право преподавалось докторами права. Идеи лютеранства и кальвинизма, несмотря на их явный гуманистический и антикатолический характер, в целом способствовали развитию процесса рецепции римского права: «У протестантов и правоведов был также общий враг – католическая церковь» (поговорка XVI в. гласила «хороший правовед – плохой католик»)².

Таким образом, вместе с рецептированными глоссами в западноевропейскую, то есть романо-германскую правовую традицию, вошла не только техника, но и правовая политика юридической догматики. По оценкам С.А. Муромцева, «юристы древнего Рима представили тип юриспруденции, отличающийся наибольшим самобытным творчеством. <...> Иной тип образовался из юриспруденции немецкой. <...> под влиянием рецепции Германия приобрела юриспруденцию, деятельность которой непосредственно направлялась не на творчество новых норм, но на теоретическое и практическое усвоение чуждых юридических понятий и постановлений, на проведение их в жизнь, по строю своему к ним не всегда близкую – на перевоспитание жизни, с одной стороны, и на приспособление чуждого права к условиям жизни, с другой»³.

По сути, только в 60-х гг. XX в. ученые-романисты пришли к заключению, что аутентичное римское право, в отличие от его рецепции, представляло собой не формально-логический, силлогистический, а казуально-ситуативный тип регулирования⁴. Не *ius civile*, а *ius controversum* – (право, по которому возможны и существуют разногласия среди знатоков) – «вело не только к признанию подлинности большинства текстов римских юристов, но и к адекватному методу исторического изуче-

¹ См.: Виноградов П.Г. Очерки по теории права. М., 2010. С. 260–261.

² Поддников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. С. 188.

³ Муромцев С.А. Рецепция римского права на Западе. С. 95–96.

⁴ См.: Дождев Д.В. Римское частное право. С. 18.

ния римского права»¹. Отражение в классических юридических римских текстах, в основном в Дигестах, правовых положений, различных по смыслу, подчеркивает значительную автономию суждения и есть не что иное, как отражение живых споров по правовым вопросам, которые пронизывают всю историю римской юриспруденции. Именно поэтому «контроверзы среди юристов-классиков подчас говорят больше о римских правовых институтах, чем свободные от сомнений, абстрактные правила и определения, которые в основном были выработаны в Средние века»².

Развитие традиции *ius commune*, конечно, не должно восприниматься сугубо в негативном аспекте, ведь во многом именно благодаря ей в Западной Европе была сформирована общеевропейская правовая традиция и именно средневековая схоластическая юриспруденция стала ядром. Так, большинство современных общетеоретических правовых положений, особенно в сфере частного права, было сформировано именно в рамках *ius commune*, в том числе под влиянием канонического права римско-католической церкви. В частности, это концепция юридического лица (теория фикции была создана именно для церковных нужд), концепция разделенной собственности (термины «прямое» и «косвенное» право собственности позволяли объяснить феодальные отношения вассала и сюзерена в терминах римского вещного права), теория статутов (объясняла иерархию источников права и позволяла выбрать применимое право), теория компетенции (определяла предметную сферу действия гражданского и канонического права), общепризнанный сегодня правовой принцип *pacta sunt servanda* (был обоснован в каноническом праве в XIII в. на основе Евангелия от Марка, интерпретаций Фомы Аквинского и наиболее известных канонистов) и др.³

Вместе с тем формирование средневековой западной традиции права под влиянием схоластического метода объективно создало язык общетеоретической юриспруденции, во многом отразивший специфику римско-католического учения и специфическое восприятие античного наследия, тягу к эссенциалистским и рационалистическим тенденциям как в религии, так и в праве. Одним из последствий такого восприятия является деантропологизм западной интеллектуальной традиции, который был тесно связан с установкой римско-католической доктрины начиная с С. Бозция и заканчивая учеными Саламанкской школы.

Рецепция римского права и византийский правовой вопрос. Итак, догматика современной классической общей теории права яв-

¹ Дождев Д.В. Римское частное право. С. 18.

² Там же.

³ См.: Поддников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. С. 136, 144–148.

ляется не просто нейтральным языком права – она воспроизводит идейно-смысловые содержания общетеоретической догмы, которые выражаются, по сути, во все тех же схоластико-метафизических способах правового представления и работы с правовым материалом, которые конституировались глоссаторами и комментаторами в Средние века. Прав в своих оценках В.А. Томсинов, полагая, что так называемая рецепция римского права на самом деле есть «процесс включения античных правовых текстов в духовное поле средневековой европейской культуры»¹. Университетская традиция римского права с ее опорой на авторитетный текст «не просто зародилась в рамках средневекового западноевропейского общества, она – эта традиция – была неотъемлемым элементом данной общественной системы и ее духовной культуры. Отсюда очевидно, что говорить применительно к ней о „рецепции римского права“ – значит говорить бессмыслицу»².

Надежды современных правоведов на возрождение в восточнославянском регионе профессиональной культурной юридической традиции на основе почтительного отношения к юридической догматике как аутентичной правовой доктрине вызывают как минимум сомнение³. Здесь следует согласиться с предостережением Г.В. Мальцева по поводу построения на базе позитивистской линии в праве (Г. Кельзен, В. Крафт, Р. Марчич, А. Меркль, Д. Остин, А. Фердросс, Г. Харт, Р. Штаммлер и др.) своего рода «панюридической» идеологии в ущерб нравственным основаниям права, что выражает гипертрофированное отношение к логическому анализу права⁴.

На наш взгляд, наряду с необходимым изучением генезиса континентальной юридической догматики более значима для восточнославянского региона работа по внимательному изучению тысячелетнего византийского правового наследия, в котором схоластика как явление сугубо латино-христианское не нашла значительного применения по историческим, религиозным и цивилизационно-культурным причинам⁵. Ведь не западноевропейская, а именно византийская традиция стала первичной цивилизационно-культурной и правовой скрепой для Древней Руси и всех восточнославянских земель, главным фундаментом

¹ Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // Виноградов П.Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе. М., 2010. С. 277.

² Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права». С. 279.

³ См.: Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. С. 458–460.

⁴ См.: Мальцев Г.В. Нравственные основания права. 2-е изд., пересмотр. М., 2015. С. 58.

⁵ О ключевом цивилизационно-культурном и церковном событии столкновения онтологических парадигм христианского Запада и Востока см.: Мейендорф И. Жизнь и труды св. Григория Паламы. Введение в изучение. 2-е изд., испр. и доп. СПб., 1997. С. 373–460.

которого было восточное христианство. Очевидно поэтому исторически типы правового представления на христианском Западе и христианском Востоке отличаются настолько, насколько римско-католическая онтология отличается от энергичной онтологии Православия¹, которую еще предстоит осмысливать не одному поколению мыслителей.

Связь культуры с религиозной традицией, особенно если говорить о средневековом юридическом дискурсе, создает серьезные рамки и ограничения для формирования языка правоведения. Влияние религиозной традиции на дискурсы порождает в последних вполне определенную установку, воспринятую из самой религиозной традиции. Исследователи византийского права отмечают несомненное воздействие на правовой быт древнерусских княжеств византийского церковного и светского права, дискусионен лишь вопрос о формах и глубине такого влияния – от пассивного влияния до полноценной рецепции². Кроме такого источника византийского права, как Номоканон – в пятьдесят и четырнадцать титулов (он был, кстати, первым переведен на славянские языки еще до крещения Руси), – на Русь из Византии пришли различные юридические компиляции на основании византийского права: «Книги законные» XII в., «Мерилы праведные» XIII в.; в XI–XIII вв. также «были привезены Эклога, Кодекс Константина (Закон Судный Людем), Прохирон (Закон Градский), которые вместе с Номоканонами входили в состав древних сборников, известных под названием Кормчей Книги»³. И если сравнивать работу по комментированию Юстинианова Свода (в латинской версии – вольгаты), которая проводилась на Западе глоссаторами в XI–XIII вв., то она, несомненно, меркнет перед мощным прямым влиянием византийской правовой традиции на Русь, причем не только и не столько по линии светского, сколько по линии церковного права, которое, впрочем, содержало в себе земельные, уголовные, судебные, брачные правовые нормы. В отличие от римско-католического Запада,

¹ См.: Хоружий С.С. О старом и новом. СПб., 2000. С. 17–34; Гиринок Ф.И. Патология русского ума (картография дословности). М., 1998. 416 с.; Рожковский В.Б. Безмолвие русской религиозной философии: онтологический и культурный горизонты восточно-христианского опыта // Философия права. 2009. № 1 (32). С. 9–13.

² См.: Вербова О.В. История византийского права и его рецепция в русском государстве // Весн. Гродн. дзярж. ун-та. Сер. 4. Правазнаўства. 2011. № 4 (121). С. 13–23; Павлов В.И. Особенности формирования византийской правовой системы и византийского канонического права в контексте проблемы определения путей рецепции римского права на Руси // Право в современном белорусском обществе: сб. науч. тр. / Нац. центр законодательства и правовых исследований Респ. Беларусь; редкол.: Н.А. Карпович (гл. ред.) [и др.]. Минск, 2016. Вып. 11. С. 62–71.

³ Щапов Я.Н. Византийское и южнославянское правовое наследие на Руси в XI–XIII веках. М., 1978. С. 234–256; Вербова О.В. История византийского права и его рецепция в русском государстве. С. 17.

который со второй половины XI в. уже формально не мог адаптировать византийское каноническое право по причине схизмы (1054 г.) и окончательного расстройств отношений с византийским государством (1204 г.), на Руси рецепция византийского права имела высокий уровень творческой переработки одновременно через княжеское законодательство и церковную деятельность¹.

Таким образом, в современном русскоязычном правоведении невозможно обойтись без изучения византийского права, так как вне его восприятие особенностей становления правовой традиции в Беларуси, России, Украине на основе одного лишь уяснения феномена рецепции римского права всегда будет неполным. Как небезосновательно отмечает А.М. Величко, «в западной науке [это же, как правило, относится и к русскоязычной науке. – В. П.] давно уже стало правилом хорошего тона говорить о римском праве только в контексте его *рецепции* германскими народами, и забывать о том, что оно жило своей жизнью и развивалось в течение тысячелетия, с IV по XV век, на Востоке»². И действительно, в работах по рецепции римского права весьма редко можно встретить сравнительный анализ развития классической римской правовой традиции в средневековой Западной Европе и Византии. Но ведь благодаря правовой традиции последней, помимо собственно Свода Юстиниана, появились и многие другие памятники права, особенно в тот период, когда многие классические римские правовые разработки были переосмыслены в духе христианства: та же «Эклога», Прохирон, Эпанога, Базилики, Номоканоны, «Шестикнижие» Арменопула.

Цивилизационно-культурное родство восточнославянской цивилизации с Византией и кризисное состояние самой современной западноевропейской культуры (на которую мы сегодня порой слепо ориентируемся, в том числе и по правовым вопросам) побуждают к освоению этого огромного культурного правового наследия. В связи с этим не лишены основания надежды отечественного правоведа Н.В. Сильченко о том, что «белорусская национальная правовая система будет двигаться по пути постепенного воссоздания основных качеств, свойственных восточнославянской правовой системе – системе, которая сформировалась в прошлом в условиях господства религиозно(православно)-морального типа социального регулирования и который ныне у нас возрождается. Данный тип социального регулирования наиболее полно соответствует

¹ См.: Вербова О.В. История византийского права и его рецепция в русском государстве. С. 22.

² Величко А.М. Идея права в Византии // Священная империя и святой император (из истории византийских политических идей) : сб. ст. М., 2012. С. 62.

духу и ментальности белорусского народа, вписывается в систему при-
сущих ему духовных и моральных ценностей...»¹. В таком же контек-
сте развивается мысль и исследователя византийской правовой системы
А.А. Козлачкова, который выражает надежду на трансформацию идеи ви-
зантинизма в условиях современной восточнославянской цивилизации².

Подводя итог, следует сказать, что проблематизация начал и всей
истории континентальной юридической догматики служит предвари-
тельным шагом к работе по переосмыслению современного догматиче-
ского аппарата общей теории права. Деконструкция догматики как спо-
соб ревизии аппарата общей теории права, о котором мы уже упоминали
выше, заключается в высвобождении жизненного факта из-под власти
догмы и попытке по-новому зафиксировать ее, но уже не догматически,
что, однако, в большей степени относится не к языку, а к политике пра-
ва. Деконструкция не означает отказа от языка догмы, но предполагает
пересмотр догматического понимания права, приводящего к смещению
границ догматического правового представления.

1.2. Методологический статус теории государства и права в системе юридического знания.

Тип научной рациональности и тип правопонимания

**Методологический статус теории государства и права в системе
юридического знания.** Традиционно теория государства и права отно-
сится к фундаментальным юридическим наукам, которые по отношению
к отраслевым юридическим наукам выполняют роль методологическо-
го основания. Теория государства и права вооружает отраслевые науки
понятийно-категориальным аппаратом и общетеоретическими подхода-
ми к исследованию того или иного правового явления. Теория государ-
ства и права развивается на стыке философского знания и социологи-
ческого знания (философии и социологии права); обобщает общетеоретический
юридический опыт и опыт развития отраслевых юридических
дисциплин, особенно в части частных отраслевых теорий. В целом теория
государства и права является фундаментальной юридической наукой,
методологической базой любого юридического исследования.

Вместе с тем при смене научных парадигм прежде всего трансфор-
мируются именно науки общеметодологического значения, к каковым

¹ Сильченко Н.В. Социальные координаты и идентификация национальной правовой системы // Журн. рос. права. 2016. № 6. С. 14.

² См.: Козлачков А.А. Замковый камень византизма. Историко-правовое исследова-
ние причин гибели Византии в связи с дискуссиями о политическом будущем России. М.,
2012. С. 182–207.

относится и теория государства и права. Современное состояние теории государства и права таково, что ее общеметодологическая функция пока не может быть в полной мере реализована по ряду объективных причин.

Во-первых, это объясняется крушением в начале 1990-х гг. общеметодологических оснований советской гуманитаристики (марксистско-ленинского учения). Это в полной мере касается и юридической науки, которая в постсоветскую эпоху вынуждена искать новое общеметодологическое основание – в качестве такового была избрана либеральная правовая программа.

Во-вторых, отход советской мировоззренческой парадигмы совпал с общим кризисом классической рациональности в западноевропейской гуманитарной науке, в связи с чем правоведам постсоветской эпохи необходимо было не только осваивать западную либеральную доктрину, но и одновременно анализировать ее научную критику со стороны ведущих западноевропейских ученых.

В-третьих, определенная часть современного русскоязычного юридического научного сообщества продолжает ориентироваться на поиск «единственно верной» методологии, которая объединяла бы теорию государства и права в одну методологическую программу, что совершенно нехарактерно для западноевропейской теоретической юриспруденции. Так по инерции воспроизводится советский тип правового мышления. В качестве примеров можно привести учебник «Общая теория государства и права» отечественных правоведов А.Ф. Вишневого, Н.А. Горбатка и В.А. Кучинского¹, позиции известных российских теоретиков права О.Э. Мартышина и В.М. Сырых².

Вместе с тем среди современных правоведов, сформировавшихся также в советское время, можно встретить и прямо противоположную позицию – позицию открытости к новым подходам в юриспруденции (В.В. Лазарев³, В.Н. Синюков⁴). Новые принципы общеметодологических оснований юридических исследований (например, принцип методологического плюрализма) требуют выработки определенной методо-

¹ См.: Вишневский А.Ф., Горбаток Н.А., Кучинский В.А. Общая теория государства и права : учебник / под ред. В.А. Кучинского. 2-е изд. Минск, 2014. 479 с.

² См.: Мартышин О.Э. Об особенностях философско-правовой методологии // Государство и право. 2016. № 6. С. 20–30 ; Сырых В.М. Материалистическая философия публичного права. М., 2016. 573 с.

³ См.: Лазарев В.В. О юридической науке: продолжение полемики // Lex russica. 2015. № 11. С. 10–25 ; Лазарев В.В. Полемические вопросы развития общей теории права и государства // Теория государства и права в науке, образовании, практике. М., 2016. С. 25–36.

⁴ См.: Синюков В.Н., Синюкова Т.В. Проблема обновления методологии юридической науки в России // Теория государства и права в науке, образовании, практике. М., 2016. С. 86–100.

логической культуры, различных форм институционализации юридического знания и т. д.

В-четвертых, развитие постклассических правовых концепций, с которыми в основном и связано дальнейшее развитие общетеоретического знания, еще не достигло уровня разработки инструментального языка права, который выступил бы в качестве однопорядкового традиционно-му языку теории государства и права – языку юридической догматики. Сегодня только разрабатываются концептуальные основания новых подходов к праву, появляются первые общетеоретические учебники, основанные на постклассических правовых концепциях¹. Понимание новых постклассических подходов к праву требует знания новой терминологии, формирования правового мышления, отличного от классического. Среди наиболее разработанных постклассических подходов к праву в западной и русскоязычной юриспруденции – коммуникативная теория права, юридическая герменевтика, антропология права.

Несмотря на указанные трудности в реализации общеметодологического значения теории государства и права в системе юридического знания, общетеоретическая юриспруденция развивается весьма динамично именно в общеметодологическом направлении, о чем свидетельствуют исследования по разработке постклассических концепций правопонимания.

Тип правопонимания и тип научной рациональности: методологические основы соотношения. Прояснение методологического статуса теории государства и права в системе современного юридического знания также связано с обращением к анализу типов научной рациональности. Под *типом научной рациональности* следует понимать *систему общепринятых представлений, высказываний, способов понимания науки, в рамках которой в определенный культурно-исторический период предопределяется формирование и становление тех или иных систем знания*. Эта же характеристика распространяется и на другие практически идентичные по смыслу термины – «дискурсивная формация» и «эпистема», предложенные в эпистемологии М. Фуко (см. Аналитический словарь).

Для классической правовой теории центральным вопросом является вопрос о правопонимании, поэтому обратимся к исследованию методологических основ соотношения типов правопонимания и типов научной рациональности.

Тип правопонимания представляет собой *сформированную в рамках определенной правовой концепции теоретико-методологическую*

¹ См.: Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций. СПб., 2004. 863 с. ; Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. 650 с.

модель, отражающую «главное в праве» (сущность права), процесс правогенеза, признаки права и его социальное назначение. Тип правопонимания есть «определенный образ права, характеризуемый совокупностью наиболее общих теоретических признаков права и наиболее общих признаков практического (ценностного) к нему отношения»¹; он является матрицей интеллектуального отражения правовой реальности. Правопонимание влияет практически на все стороны правового познания, явно или скрыто оставляя отпечаток на исследовании каждого элемента правовой реальности, будь то нормативность права, процесс правотворчества, правовые ценности и т. д.

Однако тип правопонимания как внутриюридическая модальность правового представления соотносится с более широким познавательным контекстом – типом научной рациональности, образующим определенное методологическое пространство. В его рамках разворачиваются различные методологические практики (в том числе и тип правопонимания, и юридический дискурс в целом), которые всегда связаны типом научной рациональности и зависят от него.

О типе научной рациональности впервые заговорили в 50–60-х гг. XX столетия. Сегодня в науке обосновано существование трех типов научной рациональности. Разработчик классификации типов научной рациональности академик В.С. Степин выделил три крупные стадии исторического развития науки, каждую из которых открывает глобальная научная революция; их можно охарактеризовать как три исторических типа научной рациональности, сменявших друг друга в истории техногенной цивилизации: *классическая рациональность* (соответствующая классической науке в двух ее состояниях – дисциплинарном и дисциплинарно-организованном); *неклассическая рациональность* (соответствующая неклассической науке); *постнеклассическая рациональность*².

Для точного описания этих трех типов приведем цитату ученого полноты: «Классический тип научной рациональности, центрируя внимание на объекте, стремится при теоретическом объяснении и описании элиминировать все, что относится к субъекту, средствам и операциям его деятельности. Такая элиминация рассматривается как необходимое условие получения объективно-истинного знания о мире. Цели и ценности науки, определяющие стратегии исследования и способы фрагментации мира, на этом этапе, как и на всех остальных, детерминированы доминирующими в культуре мировоззренческими установками и

¹ Поляков А.В. Общая теория права. С. 181.

² См.: Степин В.С. Теоретическое знание: структура, историческая эволюция. М., 2000. С. 362.

ценностными ориентациями. Но классическая наука не осмысливает этих детерминаций.

Неклассический тип научной рациональности учитывает связи между знаниями об объекте и характером средств и операций деятельности. Экспликация этих связей рассматривается в качестве условий объективно-истинного описания и объяснения мира. Но связи между внутринаучными и социальными ценностями и целями по-прежнему не являются предметом научной рефлексии, хотя имплицитно они определяют характер знаний (определяют, что именно и каким способом мы выделяем и осмысливаем в мире).

Постнеклассический тип научной рациональности расширяет поле рефлексии над деятельностью. Он учитывает соотнесенность получаемых знаний об объекте не только с особенностью средств и операций деятельности, но и с ценностно-целевыми структурами. Причем эксплицируется связь внутринаучных целей с внеаучными, социальными ценностями и целями¹ [курсив наш. – В. П.].

Итак, три типа научной рациональности – это три модальности познавательных практик.

Типы научной рациональности зарождаются в определенных цивилизационно-культурных условиях и связаны с конкретными историческими эпохами. Например, первый тип научной рациональности – классический – оформляется в эпоху Нового времени, в эпоху буржуазных революций XVII–XVIII вв. в Западной Европе. Учет этого обстоятельства имеет принципиальное значение для правоведения, поскольку доминирующие сегодня либеральные политико-правовые концепции, производные от классического новоевропейского юснатурализма, были обоснованы именно в рамках этого типа научной рациональности и с незначительными изменениями просуществовали до наших дней.

Осмысление кризиса классической рациональности произошло практически одновременно на Западе и в СССР. Одним из первых зафиксировал разрыв классической западной научной традиции и современного ему этапа развития знания французский мыслитель Мишель Фуко в своей работе «Слова и вещи» (1966)². Он ввел ряд специальных понятий, главными из которых были «эпистема» и «дискурс»: «Под *эпистемой* мы понимаем совокупности связей, которые могут объединить в данную эпоху дискурсивные практики, которые предоставляют место фигурам эпистемологии, наукам и любым возможным формализованным систе-

¹ Степин В.С. Теоретическое знание: структура, историческая эволюция. С. 633–634.

² См. Фуко М. Слова и вещи. Археология гуманитарных наук / пер. с фр. В.П. Визгина. СПб., 1994. С. 35–37.

мам. Иначе говоря, эпистема – это тот способ, в соответствии с которым в каждой из дискурсивных формаций становится возможным и совершается движение эпистемологизации, научности и формализации»¹.

Дискурс (дискурсия, дискурсивная практика, дискурсивный ансамбль) означает у М. Фуко *имплицитную структуру, задающую последовательность словесных знаков, правила научной речи как безусловное данное познания на том или ином этапе развития науки*. Это скрытая от взора исследователя и не подлежащая оспариванию структура говорения, признаваемая за истинно данное². По мнению Н.С. Автономовой, исследование дискурса должно показать, «по каким исторически конкретным правилам образуются объекты тех или иных наук... как строятся высказывания... как задаются понятия... каким образом совершаются выборы тех или иных мыслительных ходов»³.

Таким образом, эпистема как поле дискурсивных практик призвана показать «исторически изменяющиеся структуры, которые определяют условия возможности мнений, теорий или даже наук в каждый исторический период»⁴. М. Фуко анализировал три выделенные им эпистемы: ренессансную, классическую и современную.

В советской науке было указано на необходимость различения типов научной рациональности в начале 70-х гг. XX в. Первыми это сделали советские философы М.К. Мамардашвили, Э.Ю. Соловьев и В.С. Швырев в совместной работе «Классическая и современная буржуазная философия» (1970)⁵. Характеризуя различие классики и современности, ученые отмечали: «Главной претензией классической философии была претензия на систематическую целостность, завершенность, монистичность, покоящаяся на глубоком чувстве естественной упорядоченности мироустройства, наличия в нем гармоний и порядков (доступных рациональному постижению). Современная буржуазная философия является объективным обнаружением той весьма дорогой, а теперь невозможной „цены“, которую приходилось платить за реализацию этой претензии. Ныне существующие философские направления при ближайшем рассмотрении оказываются не чем иным, как последовательным и откры-

¹ Фуко М. Археология знания / пер. с фр. С. Митина, Д. Стасова. Киев, 1996. С. 190.

² См.: Фуко М. Слова и вещи. С. 119–149.

³ Автономова Н.С. Мишель Фуко и его книга «Слова и вещи» [вступит. ст.] // М. Фуко. Слова и вещи. Археология гуманитарных наук. СПб., 1994. С. 26.

⁴ Автономова Н.С. Мишель Фуко и его книга «Слова и вещи». С. 12.

⁵ Мамардашвили М.К., Соловьев Э.Ю., Швырев В.С. Классическая и современная буржуазная философия. Опыт эпистемологического сопоставления (Ч. 1) // Вопр. философии. 1970. № 12. С. 23–38; Мамардашвили М.К., Соловьев Э.Ю., Швырев В.С. Классическая и современная буржуазная философия. Опыт эпистемологического сопоставления (Ч. 2) // Вопр. философии. 1971. № 4. С. 58–73.

венным развертыванием внутренних неувязок, содержательных противоречий классического мышления, которых оно могло избежать лишь путем значительных огрублений и упрощений, путем весьма жестких абсолютизаций и умолчаний. Они, если можно так выразиться, срывают с буржуазной философской классики маску „классичности“, как бы „выговаривая“ своим содержанием те недоговоренности и упрятанные рационализации, которые были условием и внутренней опорой достижения этой классичности и цельности в прошлом»¹.

Таким образом, с учетом очевидного наличия типов научной рациональности всякое исследование, в том числе юридическое, должно исходить из конкретного методологического подхода и исторической и цивилизационно-культурной среды, в которых этот подход сформировался. Это особенно важно, когда актуальное исследование в ситуации одного типа научной рациональности (например, постнеклассики) проводится на основе методологии, сформировавшейся на предшествующих этапах научной рациональности – классики или неклассики. Осознание условий, в которых складывалась та или иная научная парадигма, позволит нивелировать историческую и цивилизационно-культурную специфику и приведет к критической саморефлексии. Так, классика связана с различными вариантами метафизики, диалектики, позитивизма; неклассика является базой формирования неопозитивизма, феноменологии, экзистенциализма, герменевтики, фрейдизма, структурализма; постнеклассика связана с разработкой постпозитивизма, постструктурализма, синергетической парадигмы, постмодернизма².

Исследователь, избирая тот или иной тип правопонимания, соотносит его с условиями формирования конкретного типа научной рациональности, в рамках которого используется определенная методологическая программа. Сейчас в юриспруденции возможно работать в рамках классики или неклассики, хотя нынешнее время соответствует скорее постнеклассическому типу научной рациональности³. Каждый тип научной рациональности имеет свои границы, собственный формат познания и пределы валидности.

Классические и постклассические типы правопонимания. В современной юриспруденции выработалась традиция различения не трех типов правопонимания, соответствующих трем типам научной рацио-

¹ Мамардашвили М.К. Соловьев Э.Ю., Швырев В.С. Классика и современность. Две эпохи в развитии буржуазной философии [Электронный ресурс]. URL: <http://www.psylib.ukrweb.net/books/mamsosh/index.htm> (дата обращения: 15.06.2015).

² См.: Поляков А.В. Общая теория права. С. 82.

³ См., например, аргументированную позицию В.П. Малахова: Малахов В.П. Философия права : учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 50–51.

нальности, а двух типов правопонимания – классического и постклассического. Хотя это выделение также условно и отражает лишь общеправовой философский метод, на основании которого строится та или иная правовая концепция, тем не менее необходимо различение классического и или пост[не]классического применительно к пониманию права. В связи с тем, что юридическая традиция в основном сформировалась на базе классических концепций правопонимания, то все остальные правовые концепции, которые основываются на неклассических философских направлениях, принято относить к постклассическим, то есть к этапу, следующему за классическим.

С точки зрения А.В. Полякова, «в своем теоретическом развитии классическая западная правовая мысль (соответствующая классическому типу научной рациональности) сформулировала три основных теоретических подхода к пониманию права (три типа правопонимания): естественно-правовой, этатистский и социологический»¹. Так как они принадлежат одной и той же классической юридической формации, факт их конкуренции не свидетельствует о конкуренции эпистемологических пластов (типов научной рациональности): методологические предпосылки и основания конкуренции классических типов правопонимания возможны только за счет конфигурации классической научной рациональности.

Это подтверждает сопоставление способов фиксации тех или иных фрагментов правовой реальности в классических и постклассических правовых концепциях. Когда мы выходим за пределы классической рациональности и фиксируем то же правовое явление с позиции другого метаязыка (неклассического или постнеклассического), то получаем совершенно иные результаты. Даже исходя из признаков типов классической рациональности, выделенных В.С. Степиным, можно заметить, что классика совершенно не рефлексирует позицию субъекта права в вопросе правопонимания и эта особенность классического правового мышления является условием получения «объективного знания», независимого от субъекта права. Неклассика (например, феноменология, экзистенциализм) уже рассматривает позицию субъекта права и его место в процессе правового познания. Постнеклассика (например, постструктурализм) вообще децентрирует субъекта права, возвращаясь тем самым к вопросу о способе формализации образа человека в праве в классический период. Типичным примером использования постнеклассических подходов к исследованию государства и права являются работы М. Фуко. Т.Л. Воротилина отмечает, что постнеклассические стратегии правового познания характеризуются «отказом от познания

¹ Поляков А.В. Общая теория права. С. 82.

сущности права, сосредоточением внимания на его „слоях“ (эмпирических явлениях), включением права в контекст аналогий с иными знаковыми системами (литературой, музыкой, театром), деконструкцией классической либеральной юриспруденции, децентрацией законодателя, правоприменителя, иных субъектов правового процесса, указанием на него как на процесс понимания и диалога культур, а не абстрактного познания всеобщих универсальных закономерностей права»¹.

Сегодня постклассическим подходам к пониманию права посвящено весьма значительное количество работ. Имеются в виду такие разработки Петербургской школы права, как коммуникативно-феноменологическая концепция права А.В. Полякова; социолого-антропологическая (диалогическая) концепция права И.Л. Честнова, методологические исследования Д.И. Луковской и Л.И. Спиридонова, развитие Е.В. Тимошиной психологической концепции Л.И. Петражицкого; а также концепция субъекта права С.И. Архипова; исследования других русскоязычных авторов – герменевтическая концепция А.И. Овчинникова, работы члена Московского методологического кружка В.М. Розина, теоретические исследования М.В. Байтеевой, Т.Л. Воротилиной, В.И. Доровских, Ю.А. Дружиной, Н.В. Исаевой, С.А. Калинина, Н.Ф. Ковкель, Е.М. Крупени, С.И. Максимова, И.П. Малиновой, В.В. Марчука, А.Ю. Мордовцева, М.И. Пантыкиной, Ю.Е. Пермякова, Н.В. Разуваева, А.Л. Савенка, А.В. Стовбы, Н.Н. Тарасова, В.П. Шиенка и др.

1.3. Классическая и постклассическая методология современной юридической науки: перспективы развития юридического знания

Историко-культурные предпосылки развития современного юридического знания. Перспективы развития юридического знания на фоне конкуренции классической и постклассической методологий в русскоязычном научном юридическом сообществе не могут быть обозначены вне анализа исторической ситуации, в которой оказалась юриспруденция на рубеже столетий.

Распад советской цивилизации, а вместе с ней и значительной части традиции понимания правовой реальности и работы с ней поставил перед правоведами серьезные задачи: переосмыслить отношение к правовому познанию, определить собственную исследовательскую позицию (особенно тем ученым, чье формирование пришлось именно на советский период); провести ревизию собственных научных взглядов

¹ Воротилина Т.Л. Постнеклассические тенденции в западной и российской традиции правопонимания : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 6.

ключевых юридических текстов советской эпохи. Правоведам, преимущественно теоретикам и философам права, предстояло осознать состояние современной западной правовой мысли, которую, как известно, советское правоведение оценивало в основном негативно. Указанные методологические задачи должны быть прежде всего решены в рамках общетеоретической юриспруденции, и это существенно осложняет реализацию общеметодологической функции теории государства и права в отношении системы юридического знания в целом.

Вместе с тем эта ситуация эпистемологического перехода методологии открывает новые возможности для развития русскоязычной, в том числе отечественной правовой науки, что обусловлено ситуацией в западноевропейской гуманитаристике, которая во второй половине XX в. стала критически пересматривать собственное наследие. Слабость и неравновесное состояние западноевропейской мысли привели к освобождению от очарования ее стройными системами, построенными на ценностях западноевропейской цивилизации, и попыткам обнаружить собственные аутентичные цивилизационно-культурные основания правового познания, одновременно не отказываясь от возможности использовать критический инструментарий современной западноевропейской науки. Именно поэтому в два последних десятилетия русскоязычное юридическое сообщество, уже впитавшее наиболее значимые достижения западной правовой теории (которые, как правило, оцениваются значительно выше, чем отечественные концепции), нацелено на анализ и кризисных явлений, правда, отчетливо артикулируемых отнюдь не в юридических текстах мыслителей Запада, а в современной западной философии.

Методологический кризис западного гуманитарного знания во второй половине XX в. может быть обозначен как кризис классической методологии эпохи Нового времени. Он заключается в окончании господства классического новоевропейского познания и переходе от классического к постклассическому мышлению, у истоков которого стояли такие мыслители, как Э. Гуссерль, Ф. Ницше, М. Хайдеггер; позднее его представителями оказалась практически вся «левая» мысль, особенно французские интеллектуалы Р. Барт, Ж. Бодрийяр, Ж. Делез, Ж. Деррида, Ж. Лакан, М. Фуко и др.

Критическая работа философской мысли, проводимой на протяжении всего XX в., особенно в его второй половине, показала, что при формировании новоевропейского дискурса методологически были упущены весьма существенные грани познаваемой реальности, которые были отгеснены рационализмом и эмпиризмом классической мысли, – прежде всего,

проблема человека. Несмотря на весь гуманистический пафос новоевропейских концепций, человек был представлен в них весьма специфическим образом: как рациональная единица, разумный субъект, индивидуум – субстанциальное образование, наделенное характеристиками вещи, которая выступает эталоном оценки всей реальности как таковой.

Во второй половине XX в. на Западе в социальной и антропологической реальности стали происходить изменения, явно указывающие на кризис новоевропейской концепции субъекта: постепенно сама жизнь указывала, что в ней все активнее проступает реальный человек с его проблемами, нуждами, чаяниями, ошибками и т. д. и что та модель субъекта, которая была предложена в качестве идеальной в Новое время, не соответствует действительности.

В правовой реальности последних десятилетий наиболее сложной проблемой субъекта права стала проблема так называемого четвертого поколения прав человека (соматических прав человека), обнажившей девиацию в понимании человека юридической доктриной, превалирующей в Европейском сообществе. В рамках постструктурализма понятие субъекта было проблематизировано до предела: в итоге «субъект умер» – такой интеллектуальный лозунг выдвинули французские мыслители М. Фуко и Р. Барт, а за ними значительное количество западноевропейских мыслителей. Но если «субъект умер», то «кто» или «что» есть после смерти субъекта; каким образом отражать человекомерность, если не через понятие субъекта, в том числе и в праве? Этот актуальный вопрос активно обсуждается сегодня на Западе¹, становится злободневным и для русскоязычного пространства, нашей политической, экономической, культурной, правовой реальности.

Преодоление кризиса новоевропейской концепции субъекта порождает ряд таких постклассических правовых концепций, как *антропология права (постклассическая правовая концепция и даже как целая научная программа²)*, коммуникативная теория права, феноменология права, юридическая герменевтика, юридическая лингвистика и иные.

Антропология права как перспективное направление развития юриспруденции. Современная постклассическая антропология права является одним из перспективных направлений развития современного

¹ См.: Who comes after the subject? NY., London, 1991. 258 p.

² См.: Дробышевский В.С., Калинин А.Ф. Введение в юридическую антропологию: проблемы методологии права. Ч. 1. Чита, 2004. 135 с.; Ковлер А.И. Антропология права. М., Норма, 2002. 467 с.; Пучков О.А. Юридическая антропология и развитие науки о государстве и праве (теоретические основы) : дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2001. 502 с.; Социокультурная антропология права / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. СПб., 2015. 840 с.; Рулан Н. Юридическая антропология : учебник // пер. с фр. Л.П. Данченко, А.И. Ковлера, Т.М. Пиньяльвера, О.Э. Залоговой. М., 2000. 310 с.

юридического знания, основанного на переосмыслении традиционной концепции субъекта права и всего традиционного юридического дискурса, который в своей основе имеет новоевропейские методологические установки. В этой связи А.И. Ковлер отмечает, что идея *homo juridicus*, как и в целом идея правового государства, несмотря на ее значимость для европейской мысли, породила «немало мифологизирующих спекуляций, поэтому именно антропологический подход к ней позволяет, видимо, оценить истинное значение этой идеи для правового бытия человека»¹.

Кратко охарактеризуем антропологию права как перспективное направление развития юриспруденции.

Разрабатываемая в рамках постклассической методологии юридической науки, она представляет собой отрасль юридического знания, входящую в блок фундаментальных юридических наук. Фундаментальность антропологии права обусловлена ее эпистемологическим статусом и стоящими перед ней задачами. В отличие от традиционной антропологии права как юридической этнологии, изучающей разнообразие правовых культур и традиций, постклассическая антропология права является теоретико-правовой концепцией, претендующей на объяснительные возможности правовой реальности, то есть на роль общеправовой теории.

В соответствии с таким методологическим статусом *предмет антропологии права – человек и процесс его правового существования в правовой реальности; право как человекомерное образование, в связи с действующим в нем человеком*. В отличие от классической общей теории права, изучающей закономерности развития и функционирования права как институционального явления, антропология права познает право через существующего в правовой реальности человека: человек в праве – конкретная фигура присутствующей в правовой реальности стороны гражданско-правового договора, потерпевшего, правонарушителя и т. д. Она и выступает методологическим ориентиром и основанием построения всего юридического дискурса. Этот принцип построения юридического дискурса и понимания правовой реальности получил название человекомерности права.

Принцип человекомерности права – это главное исходное положение и гносеологическая установка антропологической концепции права, предполагающие представление права и правовой реальности только в связи с существующим и действующим в ней человеком.

Перспективы развития антропологии права как постклассической правовой концепции определяются разработкой модели человека в праве и инструментальных средств работы с ним в правовой реальности.

¹ Ковлер А.И. Антропология права. С. 306.

В связи с этим антропология права подчеркивает следующие важнейшие позиции:

юридический дискурс является и должен быть антропологически ориентированным;

сам человек в праве должен рассматриваться не только как субстанциальное образование в форме классического субъекта, но в целом как правовое существование человека в праве в совокупности всех юридически значимых антропологических проявлений.

Это означает, что через концептуальное понимание человека в праве возможно сконструировать дискурс таким образом, чтобы он стал человекомерным. Более подробно антропологический подход к праву будет освещен в следующих разделах настоящего издания.

Помимо антропологии права и иных постклассических правовых концепций, перспективы развития юридического знания сегодня связаны и с иными правовыми теориями, разрабатываемыми в рамках классических типов правопонимания. Среди них следует выделить либертарную концепцию правопонимания В.С. Нерсисянца и школу его последователей, представленную учеными Н.В. Варламовой, В.Г. Графским, В.В. Лапаевой, В.А. Четверным; диалектико-материалистическое учение о праве В.М. Сырых; концепции отечественных правоведов – диалектико-материалистическое учение о праве А.Ф. Вишневого, Н.А. Горбатка и В.А. Кучинского; естественно-правовую концепцию С.Г. Дробязко; ценностно-конституционную доктрину А.Г. Тиковенко; субъектно-политологический подход С.А. Калинина; аксиологическую концепцию правообразования Л.О. Мурашко; гуманистическую методологию В.П. Шиенка и др.

Рекомендуемая литература

1. Алексеев, Н.Н. Основы философии права / Н.Н. Алексеев. – СПб. : Юрид. ин-т, 1998. – 256 с.
2. Байтеева, М.В. Язык и право / М.В. Байтеева. – Казань : Отечество, 2013. – 253 с.
3. Барон, Ю. Система римского гражданского права : в 6 кн. / Ю. Барон ; предисл. В.В. Байбака. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2005. – 1102 с.
4. Варламова, Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права / Н.В. Варламова. – СПб. : Славия, 2010. – 140 с.
5. Величко, А.М. Идея права в Византии / А.М. Величко // Священная империя и святой император (из истории византийских политических идей) : сб. ст. – М. : Юрлитинформ, 2012. – С. 61–81.
6. Вербова, О.В. История византийского права и его рецепция в русском государстве / О.В. Вербова // Весн. Гродн. дзярж. ун-та. Сер. 4, Правазнаўства. – 2011. – № 4. – С. 13–23.

7. Виноградов, П.Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе / П.Г. Виноградов. – М. : Зерцало, 2010. – 288 с.

8. Вишневский, А.Ф. Общая теория государства и права : учебник / А.Ф. Вишневский, Н.А. Горбаток, В.А. Кучинский ; под ред. В.А. Кучинского ; М-во внутр. дел Респ. Беларусь, учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Респ. Беларусь». – 2-е изд. – Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2014. – 479 с.

9. Вишневский, А.Ф. Современные проблемы, история и методология юридической науки : учеб. пособие / А.Ф. Вишневский, Н.А. Горбаток, В.А. Кучинский ; под общ. ред. А.Ф. Вишневского ; учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Респ. Беларусь». – Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2017. – 135 с.

10. Воротилина, Т.Л. Постнеклассические тенденции в западной и российской традиции правопонимания : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Т.Л. Воротилина ; Нижегород. гос. ун-т им. Н.И. Лобачевского. – Н. Новгород, 2002. – 24 с.

11. Жильсон, Э. Философия в средние века: от истоков пагристики до конца XIV века / Э. Жильсон : пер. с фр., общ. ред., послесл. и примеч. С.С. Неретиной. – 2-е изд. – М. : Культур. революция, 2010. – 678 с.

12. Иеринг, Р. Задача современной юриспруденции / Р. Иеринг // Юрид. вестн. – 1883. – Т. XIII, № 8. – С. 533–573.

13. Иеринг, Р. Юридическая техника / Р. Иеринг ; пер. с нем. Ф.С. Шендорфа. – СПб., 1905. – 105 с.

14. Лазарев, В.В. История и методология юридической науки : учеб. для магистрантов / В.В. Лазарев, С.В. Липень. – М. : Норма, 2016. – 512 с.

15. Лапаева, В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика / В.В. Лапаева. – М. : РАП, 2012. – 578 с.

16. Малахов, В.П. Философия права : учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / В.П. Малахов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2007. – 336 с.

17. Мальцев, Г.В. Нравственные основания права / Г.В. Мальцев. – 2-е изд., пересмотр. – М. : Норма, 2015. – 400 с.

18. Мамардашвили, М.К. Классическая и современная буржуазная философия. Опыт эпистемологического сопоставления (Ч. 1) / М.К. Мамардашвили, Э.Ю. Соловьев, В.С. Швырев // Вопр. философии. – 1970. – № 12. – С. 23–38.

19. Мамардашвили, М.К. Классическая и современная буржуазная философия. Опыт эпистемологического сопоставления (Ч. 2) / М.К. Мамардашвили, Э.Ю. Соловьев, В.С. Швырев // Вопр. философии. – 1971. – № 4. – С. 58–73.

20. Мейендорф, И. Жизнь и труды св. Григория Паламы. Введение в изучение / И. Мейендорф / пер. Г.Н. Начинкина ; под ред. И.П. Медведева и В.М. Лурье. – 2-е изд., испр. и доп. – СПб. : Византинороссика, 1997. – 480 с.

21. Михайлов, А.М. Генезис континентальной юридической догматики / А.М. Михайлов. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 496 с.

22. Муромцев, С.А. Рецепция римского права на Западе / С.А. Муромцев. – М. : Тип. А.И. Мамонтова и К°, 1886. – 150 с.

23. Общая теория права: пособие / В.А. Абрамович [и др.] ; под общ. ред. С.Г. Дробязко, С.А. Калинина. – Минск : БГУ, 2014. – 416 с.

24. Павлов, В.И. Особенности формирования византийской правовой системы и византийского канонического права в контексте проблемы определения путей рецепции римского права на Руси / В.И. Павлов // Право в современном белорусском обществе : сб. науч. тр. / Нац. центр законодательства и правовых исслед. Респ. Беларусь ; редкол.: Н.А. Карпович (гл. ред.) [и др.]. – Минск : СтройМедиаПроект, 2016. – Вып. 11. – С. 62–71.

25. Покровский, И.А. История римского права / И.А. Покровский ; пер. с лат., научн. ред. и коммент. А.Д. Рудокваса. – СПб. : Лет. сад, 1998. – 560 с.

26. Полдников, Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков : учеб. пособие / Д.Ю. Полдников. – М. : Изд. дом Высш. шк. экономики, 2013. – 367 с.

27. Поляков, А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций / А.В. Поляков. – СПб. : С.-Петербург. гос. ун-т, 2004. – 864 с.

28. Степин, В.С. Теоретическое знание: структура, историческая эволюция / В.С. Степин. – М. : Прогресс-Традиция, 2000. – 743 с.

29. Сырых, В.М. История и методология юридической науки : учебник / В.М. Сырых. – М. : Норма, 2013. – 464 с.

30. Тарасов, Н.Н. Методологические проблемы юридической науки / Н.Н. Тарасов. – Екатеринбург : УрГЮА, 2001. – 386 с.

31. Томсинов, В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» / В.А. Томсинов // Виноградов, П.Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе / под ред. и с биогр. очерком У.Э. Батлера и В.А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2010. – С. 262–279.

32. Фуко, М. Археология знания / М. Фуко ; пер. с фр. С. Митина, Д. Стасова ; общ. ред. бр. Левченко. – Киев : Ника-Центр, 1996. – 208 с.

33. Фуко, М. Слова и вещи. Археология гуманитарных наук / М. Фуко ; пер. с фр. В.П. Визгина. – СПб. : А-сад, 1994. – 405 с.

34. Хоружий, С.С. Очерки синергийной антропологии / С.С. Хоружий. – М. : Ин-т философии, теологии и истории св. Фомы, 2005. – 408 с.

35. Честнов, И.Л. Постклассическая теория права / И.Л. Честнов. – СПб. : Алеф-Пресс, 2012. – 650 с.

36. Шершеневич, Г.Ф. История философии права / Г.Ф. Шершеневич. – М. : Унив. тип., 1906. – 588 с.

37. Щапов, Я.Н. Византийское и южнославянское правовое наследие на Руси в XI–XIII веках / Я.Н. Щапов. – М. : Наука, 1978. – 289 с.

38. Who comes after the subject? / [edited by] Eduardo Cavada, Peter Connor, Jean Luc Nancy. – New York, London : Routledge, 1991. – 258 p.

**КЛАССИЧЕСКИЕ И ПОСТКЛАССИЧЕСКИЕ
ПРАВОВЫЕ КОНЦЕПЦИИ.
ПОСТКЛАССИЧЕСКАЯ АНТРОПОЛОГИЯ ПРАВА
КАК УНИВЕРСАЛЬНАЯ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКАЯ
ПРОГРАММА ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ**

2.1. Классические и постклассические правовые концепции

В предыдущей теме при рассмотрении вопроса о классических и постклассических типах правопонимания частично уже был затронут вопрос о правовых концепциях, формирующихся в рамках классической и постклассической юридической методологии. В данной теме более подробно охарактеризуем классические и постклассические правовые концепции.

Классические правовые концепции. Под *правовой концепцией* следует понимать *завершенную систему теоретико-правового знания о правовой реальности, обладающую собственным терминологическим и понятийно-категориальным аппаратом; выработавшую собственное понимание правовой реальности (и ее основных составляющих) и основные способы работы с ней.*

Методологическое ядро любой правовой концепции – это тип или способ понимания права (тип правопонимания), при разработке которого, как правило, формируются основные элементы правовой концепции. Вместе с тем, помимо вопроса о понимании права, в правовую концепцию входят и иные теоретические элементы (представления о правовых связях между субъектами права; самом субъекте права и его месте в правовой реальности; процессе реализации права и т. д.), которые, впрочем, нередко проясняются уже на стадии анализа вопроса о правопонимании.

Под *классическими правовыми концепциями* следует понимать *весь корпус теоретико-правовых доктрин, сформированный на базе новейшей правовой методологии и использующий в качестве рабочего аппарата язык традиционной юридической догматики.* Прежде всего, это известные методологические подходы, выработанные в ходе реше-

ния актуальных проблем политической и правовой практики в Западной Европе и США в XVII–XVIII вв. и XIX в., в процессе европейских буржуазных революций как их общетеоретический фундамент либо последующее разъяснение их причин с точки зрения академической науки. Тесная связь новейшей методологической программы с исторической и цивилизационно-культурной судьбой стран Запада обуславливает необходимость правильного понимания данных преобразований как связанных с общей политической ситуацией в западном мире в указанное время. Многие европейские интеллектуалы тогда находились в центре политических событий и разрабатывали правовые концепции в целях решения стоящих перед обществом и государством задач. Концепции эпохи Нового времени основывались на рационализме Р. Декарта, эмпиризме Ф. Бэкона и их модификациях, пришедших на смену религиозному мировоззрению. Собственно, таким образом, и были созданы основные политико-правовые концепции Нового времени. По мнению Д.Ю. Полдникова, с помощью одной из главных новейших концепций – концепции общественного договора – стало возможно «последовательно вывести все положения нового естественного права, а затем требовать соответствующих изменений действующего законодательства в сфере публичного и частного права»¹, что и было сделано Х. Вольфом, Г. Гроцием, Ж. Дома, Дж. Локком, Ш.Л. Монтескье, Р.Ж. Потье, С. Пуфендорфом, Х. Томазием и другими представителями новой юриспруденции.

Так, в Новое время при решении таких актуальных политических задач, как:

отношения управляющих и управляемых в новом буржуазном государстве, – было разработано *учение о гражданском обществе и общественном договоре;*

определения высшего критерия правового в обществе и государстве, – разработана *концепция либерализма и учение о правах человека;* нового понятия государственной власти, – *учение о разделении властей;* понятия идеального государства, – *учение о правовом государстве.*

Действительно, в любой правовой концепции, любой частной отраслевой правовой теории и сегодня можно обнаружить признаки принадлежности к классическим правовым концепциям. Практически все частные теории современного конституционализма, преобладающая часть уголовно-правовых и уголовно-процессуальных теорий, иных отраслевых теорий основаны на классических идеях эпохи Нового времени.

¹ Полдников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII вв. С. 252.

Современная юриспруденция в целом основывается на юридических завоеваниях указанной эпохи.

Вместе с тем атрибутировать те или иные правовые концепции как классические не означает усмотрения в них новоевропейских идей. Принадлежность различных правовых концепций, сформировавшихся на базе юснатурализма (естественно-правового учения), либертарной концепции права, неотомистских правовых теорий, различных модификаций либерально ориентированных концепций права, вопросов не вызывает. Однако считать ли, скажем, аналитическую юриспруденцию, марксистское учение о государстве и праве, юридический концептуализм или неопозитивизм классическими правовыми теориями – это не столь очевидно. Поэтому дифференциация правовых концепций происходит не с учетом развития той или иной юридической традиции (главным образом, этапов формирования политико-правовой доктрины), а на основе типов научной рациональности.

Классический тип научной рациональности, под который подпадает вся новоевропейская правовая методология, исходит не из политико-правовой специфики того или иного этапа формирования знания (даже если он полностью определяется именно политико-правовой программой, как это имело место в эпоху Нового времени), а из определенных эпистемологических оснований (например, из абсолютизации субъекта познания и гносеологической субъектно-объектной установки). Хорошей иллюстрацией к различению классических и постклассических правовых концепций служит разработка Л.И. Петражицким оригинальной (по сравнению с традиционными для Европы того времени правовыми концепциями) психологической теории права. В ней ученый подверг эпистемологическому смещению само основание правового: он перенес его из области идей (юснатурализм), правовых текстов (позитивизм), общества (социологизм) в область правового сознания субъекта права, тем самым, по сути, в неклассических традициях переосмыслил само понятие права, понятия правовой нормы, правового отношения, нормативности права и т. д.¹

С точки зрения типа научной рациональности все правовые концепции, так или иначе связанные с юридическим позитивизмом, идеей позитивного права (в том числе аналитическая юриспруденция, нормативизм, марксистское учение о государстве и праве, юридическая догматика), также следует отнести к классическим правовым концепциям в связи с центральной методологической установкой учения позитивизма как исторической формы новоевропейского эмпиризма, хотя политико-правовой слой в этих концепциях неодинаков.

¹ См.: Тимошина Е.В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л.И. Петражицкого. М., 2012. 296 с.

Например, советская теория государства и права также по праву принадлежит к классической правовой теории, хотя ее политико-правовой смысл детерминирован марксистско-ленинской философской программой. Несмотря на активную критику довоенными советскими юристами нормативизма Г. Кельзена и буржуазной формально-догматической юриспруденции, со второй половины XX в. в советском правоведении постепенно стали использоваться юридическая догматика и идеи нормативного учения о праве. После распада СССР большинство юристов перешли на сторону естественно-правового учения, однако и советская общетеоретическая юриспруденция, и юснатурализм относятся к одному ряду – классическим правовым концепциям.

Отдельно следует сказать о юридической догматике и всех современных теоретических проектах, основанных на попытке продолжения в праве развития этой линии¹. Как было показано в предыдущей теме, юридическая догматика как полноценная правовая концепция не получила в XX в. распространения, а трансформировалась в юридическую технику, став теоретическим языком современной юриспруденции. В связи с этим необходимо различать, с одной стороны, отнесение юридического концептуализма XIX в. как сугубо исторического явления к классическим правовым теориям, а с другой – догмы как нейтрального инструментария, рабочего языка права к любому, в принципе, типу рациональности. Однако подчеркнем, что современная догма права транслирует структуры классического рационализма, формально-логического метода, то есть неявно ориентирует любую правовую концепцию на классическое правовое представление.

Идеальными маркерами, по которым та или иная правовая концепция относится к классической или постклассической, являются те эпистемологические основания, по которым различаются типы научной рациональности. В предыдущей теме уже было отмечено, что один из таких маркеров – понятие субъекта. В связи с этим при характеристике любой правовой концепции именно выделение антрополого-правового основания, учения о субъекте права, а точнее сказать, подхода к человеку в праве, как он понимается в правовой концепции, может служить надежным критерием идентификации правовой концепции. Если в классических правовых концепциях – естественно-правовой доктрине, юридическом

¹ См.: Казарян Т.М. Юридический позитивизм и независимость онтологии права от сознания // Евраз. юрид. журн. 2016. № 7 (98). С. 142–145 ; Касаткин С.Н. Юриспруденция и словоупотребление: проект юридической догматики // Юриспруденция в поисках идентичности : сб. ст., пер., реф. / под общ. ред. С.Н. Касаткина. Самара, 2010. С. 10–25 ; Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. 496 с. ; Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001. 263 с.

позитивизме, в меньшей степени социологической юриспруденции – субъект права не является центральным методологическим основанием построения концепции, то в учении Л.И. Петражицкого право ставится в зависимость, по сути, от антропологии – области правовых эмоций субъекта права. В свою очередь и учение возрожденного естественно-го права, и советское общетеоретическое правоведение 1970–80-х гг. методологически не различаются по отношению к субъекту права, за исключением политико-правового слоя данных концепций (приоритеты личность/общество и т. д.). Как уже было отмечено ранее, кризис гуманитарных наук на Западе во второй половине XX в. привел к появлению философско-правовых исследований, которые обосновывали необходимость пересмотра прежде господствующей новоевропейской антропологии в юридическом дискурсе (А. Кауфманн, В. Майхоффер, М. Фуко и др.). Наступил период разработки постклассических концепций права.

Постклассические правовые концепции. Осмысление человека в праве в современной русскоязычной юриспруденции. Под *постклассическими правовыми концепциями* следует понимать *теоретико-правовые доктрины, которые сформировались на базе философских учений XX в. вне ведущих принципов новоевропейской методологической программы либо с их существенным пересмотром.*

В основном это правовые концепции и подходы, разработанные на базе феноменологии, герменевтики, коммуникативной теории, антропологии, фундаментальной онтологии М. Хайдеггера, постструктурализма, постмодернизма, юридической лингвистики¹.

Если на Западе постклассические правовые теории развивались в условиях методологического плюрализма и уже с 50-х гг. XX в. это стало приносить положительные результаты, то в русскоязычной юриспруденции по понятным причинам такое развитие стало возможным лишь на исходе века. Как мы уже отмечали ранее, сложность разработки постклассических правовых теорий на постсоветском пространстве была вызвана рядом объективных факторов, среди которых следует особенно выделить вынужденный отказ исследователей от советских мировоззренческих программных установок и пересмотр их в духе новоевропейской теоретической мысли, поскольку на начальном периоде ранней постсоветской юриспруденции и государственности не было методологической альтернативы либеральной политико-правовой программе. Именно доктрина конституционализма и конституционное право высту-

¹ Более подробно о них см.: Канке В.А. Основные философские направления и концепции науки. Итоги XX столетия. М., 2000. 320 с.

пили здесь основными проводниками этих новых идей, воплощенных практически во всех конституциях постсоветских республик. Однако для выработки постклассических подходов к пониманию права этого было недостаточно, ведь новоевропейские правовые концепции эпистемологически принадлежат к классическому типу рациональности. Поэтому ученым пришлось одновременно усваивать и критику новоевропейской политико-правовой программы, основываясь прежде всего на современных философских концепциях. Первые постклассические подходы к праву были предложены в России на рубеже XX–XXI вв.

Кратко охарактеризуем постклассические правовые концепции, используя уже упоминавшийся нами антропологический маркер отнесения той или иной концепции по типу рациональности, а именно на основании подхода к человеку в праве, как он понимается в правовой концепции.

Среди первых постклассических правовых концепций, созданных в русскоязычной юриспруденции, следует рассмотреть:

феноменолого-коммуникативную концепцию права А.В. Полякова;
социолого-антропологическую концепцию права И.Л. Честнова;
концепцию правовой реальности С.И. Максимова;
герменевтическую концепцию права А.И. Овчинникова;
экзистенциально-гуманистическую, логико-лингвистическую концепцию права Ю.Е. Пермякова;
философско-правовую концепцию В.П. Малахова;
фундаментально-онтологический подход к праву А.В. Стовбы¹.

В рамках постклассических правовых исследований также работают Е.А. Агафонова, А.С. Александров, М.В. Антонов, С.И. Архипов, М.В. Байтеева, Ю.Ю. Ветютнев, Т.Л. Воротилина, Ю.А. Гаврилова, В.В. Денисенко, В.И. Доровских, Н.В. Исаева, С.А. Калинин, С.Н. Касаткин, Н.Ф. Ковкель, Е.М. Крупеня, И.П. Малинова, В.В. Марчук, Б.В. Назмутдинов, М.И. Пантыкина, О.А. Пучков, Н.В. Разуваев, В.М. Розин, А.Л. Савенок, Г.Ч. Синченко, Е.В. Тимошина, В.П. Шиенок и др.

Работу по созданию постклассических подходов к праву первыми начали представители Петербургской школы права – А.В. Поляков и И.Л. Честнов.

1. *Феноменолого-коммуникативная концепция права А.В. Полякова²* рассматривает субъект права в аспекте центрального понятия этой концепции – понятия «правовая коммуникация». В данной концепции существенно изменяются парадигмальные основания правового мыш-

¹ Более подробно о постклассических правовых концепциях см.: Постклассическая онтология права / под общ. ред. И.Л. Честнова. СПб., 2016. 688 с.

² Поляков А.В. Общая теория права. 864 с.

ления, так как акцент в понимании права переносится с различения объективного/субъективного права на акт правовой коммуникации, который раскрывает эйдетический (идейно-сущностный) смысл правового взаимодействия. Автор концепции конструирует *субъект права как субъект правовой коммуникации*, то есть для него подлинный субъект права – это *ненормативный субъект*. Субъект права не существует вне правовой коммуникации как отношения; субъектом права является лишь коммуницирующий в праве субъект, хотя в одной из своих последних работ А.В. Поляков изменяет прежнее категоричное отождествление субъекта и коммуникативного процесса в праве: «Итак, само существование субъекта права предполагает его организацию на двух онтологических уровнях: 1) на уровне самоорганизации и 2) на уровне организации отношений с другими субъектами. И тот, и другой уровни совершенно необходимы для того, чтобы просто быть субъектом права»¹. В целом модель субъекта права в коммуникативной теории права связана параметрами правовой коммуникации, которые подробно и описаны автором. Коммуникативная модель субъекта права весьма эвристична, насыщена, позволяет развивать учение о человеке в праве на постклассических основаниях.

2. *Социолого-антропологическая концепция права И.Л. Честнова*² рассматривает субъект права в контексте диалогической методологии. Сам автор именует концепцию *социальной антропологией права*. И.Л. Честнов освобождается от классической модели субъекта за счет центрирования принципа человекомерности правовой реальности: именно человек, по словам автора, создает, изменяет и воспроизводит право своими практическими действиями и ментальными представлениями. Человек присутствует и в нормах права, и правосознании, и правопорядке. Используя концепцию конструирования социальной реальности П. Бергера и Т. Лукмана³, ученый помещает человека в праве в качестве агента собирания права и через «субъект права» (как абстракцию, правовой институт, безличностный правовой статус, закрепленный в нормах права), и через воплощение этого статуса в конкретном ментальном образе и юридически значимых действиях персонифицированных индивидов – в практиках. В работах И.Л. Честнова не только представлены методологические разработки новой модели субъектности в праве, но и

¹ Поляков А.В. Права человека и суверенитет государства // Постклассическая онтология права / под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2016. С. 309.

² См.: Социальная антропология права современного общества / под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2006. 248 с.; Честнов И.Л. Постклассическая теория права. 650 с.

³ См.: Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995. 323 с.

предлагаются конкретные решения на уровне инструментального языка (догмы) права.

3. Проблемы построения *постклассического подхода к правовой реальности* нашли подробное отражение в работах харьковского правоведа С.И. Максимова. Правовую антропологию исследователь называет «учением о способе и структуре бытия человека – субъекта права, или, более кратко, – учением о праве как способе человеческого бытия»¹. Максимов ставит антропологический вопрос предельно точно: «За юридической конструкцией субъекта права стоит определенная философская концепция субъекта, которая и позволяет ответить на вопрос „что значит быть субъектом права?“»² – и таким же путем выстраивает антропологические основания (подход) права.

По мнению С.И. Максимова, конститутивными характеристиками человека являются открытость (аналог экзистенциальной разорванности), свобода, неустранимость ценностного в человеке. По отношению к классическому дискурсу человека данная концепция выступает двояко: с одной стороны, по убеждению автора, некоей единой и истинной природы, или сущности, человека просто не существует³, с другой, следуя логике экзистенциализма в трактовке Ж.-П. Сартра, человек «в любом поступке, действии осуществляет свою сущность»⁴. Антропологическая модель С. Максимова фундирована постклассическими мотивами, в частности философией диалога (в большей степени), немецкой экзистенциальной философией, феноменологией. Антропологический анализ также обогащается русской философской мыслью (идеями Н.Н. Алексеева, Б.П. Вышеславцева), хотя не использует ее главную самобытную идею – религиозную. Классическая модель человека в праве явно отвергается (нормативистский позитивизм⁵, либертаризм В.С. Нерсесянца⁶). Однако прочтение постклассики с ее презумпцией «смерти субъекта» осуществлено исключительно негативно⁷, что, возможно, обусловлено отсутствием в данной концепции дифференциации «классическое/постклассическое» и ресурса «антропологии практик». В правовую реальность решительно вводятся личностные начала. «Быть правовым субъектом, – утверждает С.И. Максимов, – это не значит воспроизводить смысл положительного права путем толкования юридических норм. Но это значит

¹ Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков, 2002. С. 194.

² Там же. С. 238.

³ Там же. С. 201.

⁴ Там же. С. 210.

⁵ Там же. С. 238.

⁶ Там же. С. 237.

⁷ Там же. С. 236.

быть живой личностью, носителем действительного правосознания»¹, в праве личность всегда выступает человеком в его отношении к Другому. По мнению автора, «правоведение должно поэтому вести борьбу за решительную гуманизацию права под знаком альтернативного социологического детерминизму антропологического видения права»².

4. А.И. Овчинников в разрабатываемой им *герменевтической концепции права*³ рассматривает субъекта права с точки зрения правового мышления как активной деятельности по интерпретации правовой реальности и ее становлению. Постклассический образ субъекта права – это субъект интерпретирующий. А.И. Овчинников полагает, что субъект правового мышления образуется в процессе смыслообразования (или понимания) права, протекающем в единстве различных видов освоения социальной реальности – чувственного, интуитивного и рационального. Такой подход позволяет более адекватно передать природу интеллектуальной деятельности в сфере права, имеющей ярко выраженный ценностно-практический компонент. Ценностная позиция, научные и обыденные интересы субъектов права, объединяемые в понятии «желаемое право», выступают до конца неосознаваемым контекстом интерпретации правовой жизни общества. Вероятность научного прогноза относительно закономерностей развития правовых явлений тем выше, чем больше учитываются социокультурные особенности общества. С точки зрения А.И. Овчинникова, в процессе уяснения смысла правовых норм в контексте конкретного случая происходит незаметное для толкователя соавторство, конструирование собственного индивидуального смысла нормы, объединяющего и «волю законодателя», и «волю закона» в «воле толкователя». Судебное решение лишь частично может быть запрограммировано законодателем, что еще раз актуализирует необходимость признания широкого подхода к праву, а также фиктивности нормативного правопонимания. Эффективность права и судебной власти зависит в большей степени от нравственных качеств ее кадрового состава, чем от совершенства законодательства.

5. *Экзистенциально-гуманистическая, логико-лингвистическая концепция права* Ю.Е. Пермякова⁴ характеризует право не как субстанцию и сущее, а как форму существования. Автор концепции настаивает на разработке экзистенциального правопонимания, в котором основной упор делается на позиции человека в пространстве юридического и

¹ Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. С. 248.

² Там же. С. 195.

³ См.: Овчинников А.И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов н/Д, 2002. 285 с.

⁴ См.: Пермяков Ю.Е. Философские основания юриспруденции. Самара, 2006. 248 с.

способности овладения им правовыми суждениями. Гуманистической основой субъекта права является признание за ним свободы и констатация невозможности порождения в ситуации внешнего (силового) принуждения субъекта. Как утверждает сам правовед, «субъектом права может быть лишь тот, кто имеет в себе силу духа (то есть стал личностью и обрел способность встать в оппозицию ко всему „своему“), заинтересован в чужой свободе (признает другого в качестве „Ты“, то есть собственника своего „Я“), нуждается в авторитетной инстанции (персонифицированном образе социального единства) и овладел языком правовых суждений, в значениях которого любое притязание имеет шанс стать легитимным действием, исключаящим вражду и насилие»¹.

6. Постклассические мотивы правовой субъектности прослеживаются в *философско-правовой концепции* В.П. Малахова. «Мы должны обратиться к внутреннему миру человека, ибо только он – действительно источник права»², – утверждает ученый. Позиция В.П. Малахова интересна тем, что для раскрытия образа субъекта права он обращается к ресурсам русской философии, в частности вводя концепт «духовность», который определяет как «человеческое состояние, человеческое усилие в некотором возвышенно бескорыстном смысле, то есть то, что в русской философской мысли часто отождествляется с религиозностью»³.

В.П. Малахов также вводит концепт «правовое существо» (философско-правовой аналог классического субъекта права), однако оно не есть субъект права, равно как и не есть правовая личность. «Правовое существо – это человек, бытующий в сетке координат правовой реальности и переставший быть полноценным человеком, как только он за пределы этой сетки выходит (или выпадает)»⁴. Интересно, что при этом исследователь наделяет человека сугубо юридическим свойством: «Право – свойство человека, а человек – субстанция права»⁵. Для познания природы права каждому человеку необходимо обратиться к себе как к правовому существу. Также правовое существо В.П. Малахов соотносит с понятием идентичности: правовое существо является формой идентичности человека.

Очевидно, что философско-правовой набросок о правовом существе также является коррелятом классической субъектной позиции в праве – здесь происходит центрирование человека в праве на условиях методологической позиции. При этом В.П. Малахов привлекает ресурсы рус-

¹ Из личной переписки с Е.Ю. Пермяковым.

² Малахов В.П. Философия права. С. 188.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 190.

⁵ Там же.

ской философской традиции, органически связанной с вопросами веры, что, на наш взгляд, способствует восстановлению преемственности в развитии традиции русской мысли о человеке.

7. В развитие положений экзистенц-философии права формируется новый образ субъекта права в *фундаментально-онтологическом подходе А.В. Стовбы*¹. Концепция права А.В. Стовбы работает в рамках языка философии М. Хайдеггера с учетом идей, развитых немецкими юристами второй половины XX века – А. Кауфманом, В. Майхофером и Э. Фехнером; в ней предпринимается попытка описать право с позиции вопроса о бытии как правовом со-бытии. Субъект права, следовательно, рассматривается здесь в качестве присутствия, Dasein, однако непременно в сцеплении с экзистенциалом «бытие-с-Другими». В праве, правовой ситуации первичным для субъектной позиции является правовая экзистенция, правовое существование и модус сбытия «бытия-как». Иными словами, один из ключевых критериев оценки субъектности в праве – это выполнение своей статутной правовой роли одновременно с экзистенциальным схватыванием права в его подлинности, то есть бытии.

Критический анализ постклассических правовых концепций. Развитие постклассических направлений в праве с использованием современных западных философских учений имеет свои специфические особенности не только положительного, но и отрицательного, точнее, ограничительного плана. Несмотря на то что ресурс западноевропейской мысли содержит в себе мощные методологические средства для правового анализа, тем не менее он вносит и определенные ограничения. Во многом современные философские концепции отражают социальный опыт и стратегии мышления западной традиции, в то время как цивилизационно-культурная специфика восточнославянского региона нередко игнорируется. Например, в вопросе о правовых ценностях (в контексте уже упоминавшегося учения о соматических правах человека) ориентация на традицию требует прояснения цивилизационно-культурных и аксиологических оснований, находящихся преимущественно в области восточнохристианской традиции. Таким образом, вопрос о ценностях в праве связан для нас с отечественной религиозной традицией.

Другой пример – наследие русской религиозной философии, ориентировавшейся как раз на ценностные основания социального порядка (А.С. Хомяков, И.В. Киреевский, К.Н. Леонтьев, В.С. Соловьев, Е.Н. Трубецкой, П.И. Новгородцев, И.А. Ильин, Н.Н. Алексеев, Г.Д. Гурвич и др.).

¹ См.: Стовба А.В. Правовая ситуация как исток бытия права. Харьков, 2006. 176 с.

Напомним, что при разработке постклассических правовых концепций сложно учесть специфику византийского правового наследия, византийской правовой системы. Эта правовая традиция, несмотря на древнеримские истоки, общие с западной правовой мыслью, все же представляет собой совершенно особое правовое образование, в правовом регулировании которого существенное место занимал нравственный опыт православия, что довольно широко отразилось в византийских источниках права¹.

Одной из задач построения современной постклассической концепции права является разработка антропологической концепции права (антропологии права), в которой были бы решены проблемы, связанные с кризисом классической рациональности. Характеристике такой антропологии права и будет посвящен следующий вопрос.

2.2. Энергийно-правовой дискурс и постклассическая антропология права

Энергийно-правовой дискурс как методологический язык антропологии права: понятие, методы и базовые языковые единицы. Разработка любой правовой концепции происходит в рамках конкретных общеметодологических установок, которые содержат самые общие, предельные основания познания правовой реальности. Как уже отмечалось в предыдущей теме, М. Фуко определил эти установки как дискурсы, под которыми он понимал структуры формирования научной речи в конкретных культурно-исторических условиях. Дискурсы являются данностью для исследователя, однако во время смены типов научной рациональности, крупных социально-политических трансформаций эти предельные основания познания правовой реальности нередко подвергаются изменению. Так произошло в начале IV в. в Римской империи в связи с легализацией христианства, что привело к созданию христианского дискурса, христианизации языческого римского права и установлению господства религиозных оснований познания. Так произошло и в эпоху буржуазных революций, когда формировался новоевропейский классический юридический дискурс и произошел отказ от сложившейся практики опоры на религиозное мировоззрение. Во второй половине XX в. в связи с кризисом классической рациональности в европейской гуманитаристике начал складываться новый дискурс, характеризую-

¹ См.: Павлов В.И. Византийская цивилизация и христианская правовая традиция в современном политико-правовом контексте (к 1700-летию Миланского эдикта) // Про странство и время. 2014. № 3 (17). С. 14–23.

щийся пересмотром классического понятия субъекта и разработкой нового понятия о человеке. В данном случае можно говорить о постклассическом юридическом дискурсе.

Правовые исследования, осуществляемые в рамках постклассического дискурса, обладают общими родовыми характеристиками, связанными с особенностями постклассической методологии как таковой. В частности, все эти концепции используют специальные понятия современных философских концепций или, по крайней мере, обнаруживают их понимание и методологическую терпимость по отношению к ним. Это такие понятия, как «дискурс», «диалог», «коммуникация», «деконструкция», «бытие», «сущее», «понимание», «смысл», «интенциональность», «интерпретация», «интерсубъективность» и др.

Вместе с тем каждая из постклассических правовых концепций формирует свой дискурс, делая акцент на определенном круге специальных понятий, формируя таким образом собственные дискурсы, выступающие видовыми по отношению к общему родовому постклассическому юридическому дискурсу. Так, коммуникативная концепция права А.В. Полякова строится на двух основных терминах – «правовая коммуникация» и «интерсубъективность», поэтому в отношении этой концепции можно говорить о коммуникативном правовом дискурсе. Герменевтическая концепция права А.И. Овчинникова сосредоточивается на других понятиях – «герменевтический круг», «понимание», «предпонимание» и др., поэтому есть смысл говорить о герменевтическом правовом дискурсе.

Эти и другие дискурсы в силу собственных языковых единиц задают свой особый способ фиксации, понимания и представления правовой реальности, соответственно те или иные элементы правовой реальности раскрываются сквозь призму конкретного дискурса. В коммуникативной теории права, например, понятие «текст», используемое как специальное феноменологическое понятие, обозначает не традиционное в правоведении понятие текста как письменного, документарного содержания правового акта, но фрагмент социальной реальности («мир как текст»), который интерпретируется субъектом правовой коммуникации в качестве источника правового: это может быть поведение других субъектов, воля государства, официальный источник права и т. д. В герменевтическом правовом дискурсе понятие «интерпретация права» как альтернатива традиционному понятию «толкование права» предполагает работу не только с текстом правового акта, но и правовым сознанием интерпретатора, которое наряду с текстом правового акта рассматривается как источник рождения правовых смыслов и т. д.

Постклассическая антропология права также основывается на специальном понятийно-категориальном аппарате, который можно именовать энергийно-правовым дискурсом.

Под *энергийно-правовым дискурсом* следует понимать *специальный язык и гносеологическое пространство одной из постклассических концепций современного правоведения – антропологической концепции права (антропологии права), связанные с формированием нового способа правового представления на основе новой модели человека в праве.*

Говоря о понятии «энергийно-правовой дискурс», отметим, что слово «энергийный» здесь выбрано не произвольно и не случайно: это обусловлено новой антропологической парадигмой, используемой в антропологии права вместо новоевропейского подхода к понятию «субъект». Само слово «энергия» (др.-греч. ἐνέργεια – действие, деятельность) указывает на то, что новый образ человека характеризуется в антропологии права не прежним статичным понятием «сущность», которое в правоведении ассоциируется преимущественно с возможностью абсолютной позитивной правовой нормированности жизни за счет механического приписывания понятию «субъект права» рациональности, а более гибким и динамичным понятием *человек в праве*. В дискурсе энергии человек – это более чем просто рациональный субъект, это совокупность разнообразных человеческих энергий (антропологических проявлений). Иными словами, человек в правовой реальности рассматривается на двух уровнях – и с нормативной, и с фактической сторон своей правовой жизни, что можно еще назвать правовым существованием, практиками правового существования, а также практиками правовой субъективации (об этих понятиях см. в параграфе 3.2).

В отличие от понятия «субъект права» в энергийно-правовом дискурсе человек в правовой реальности включает в себя и понятие *личность в праве*, поскольку фактическую юридически значимую деятельность человека невозможно описать без обращения к этому понятию. В традиционной общетеоретической юриспруденции личность признается трансцендентальным фактором гуманизации права, высшей идеализации человеческого бытия с позиции защиты его прав и свобод, прежде всего в рамках конституционно-правового значения личности. В энергийно-правовом дискурсе личность описывается в ином плане – с позиции конкретного практического способа правового существования человека в контексте влияния внутренних личностных процессов на юридически значимую деятельность (подробно о личности в праве см. параграф 3.3).

Для характеристики энергийно-правового дискурса необходимо рассмотреть его базовые языковые единицы, те из них, которые обеспечива-

ют структуру антропологии права, удерживают ее эпистемологическое ядро и методологически определяют построение более конкретного юридического инструментария, в частности инструментальных юридических понятий и конструкций.

Базовые языковые единицы энергийно-правового дискурса являются опорными концептуальными понятиями антропологии права и обеспечивают основоустройство дискурса. Их используют преимущественно при разработке предельных оснований понимания правовой реальности в рамках антропологии права; они не предназначены для выполнения инструментальных функций в правовой действительности. Вместе с тем конкретные практико-ориентированные понятия и конструкции, разрабатываемые в антропологии права, строятся на основе этих базовых языковых единиц (см. параграфы 5.2 и 5.3). Эти понятия формируют правовое представление, задают стратегии правового мышления при решении тех или иных проблем правовой действительности в рамках антропологического подхода к праву так же, как это делают ставшие уже привычными нам другие концептуальные понятия в рамках классических правовых концепций (например, понятия «естественное право», «общественный договор», «права и свободы человека», «правовой/неправовой закон», «гражданское общество» и др.).

К базовым языковым единицам антропологического дискурса следует отнести следующие:

- 1) «человек в праве/в правовой реальности»;
- 2) «правовой человек»;
- 3) «субъект права»;
- 4) «личность/личность в праве»;
- 5) «личностная конституция»;
- 6) «идентичность»;
- 7) «субъект»;
- 8) «субъективация»;
- 9) «правовая субъективация» («практики правовой субъективации»);
- 10) «правовое существование» («правовая экзистенция»);
- 11) «практики себя»;
- 12) «юридический дискурс»;
- 13) «дискурсивные юридические практики».

При рассмотрении дальнейших тем все эти понятия будут охарактеризованы, а сейчас мы проанализируем первые шесть основных понятий.

Человек в праве (человек в правовой реальности) – это центральное и главное понятие энергийно-правового дискурса и антропологии права. Все остальные понятия и образования в энергийно-правовом дискурсе

се выстраиваются вокруг человека и находятся в связи с ним. Смысл введения такого широкого обобщающего понятия обусловлен необходимостью формирования нового методологического основания правового анализа, в процессе которого все элементы правовой реальности должны рассматриваться в связи с понятием существующего в правовой реальности человека. Это обеспечивается специальным методом антропологии права – методом юридико-антропологического анализа.

Метод юридико-антропологического анализа является средством познания правовой реальности в антропологическом контексте и заключается в аналитическом выделении всех элементов правовой реальности и их центрировании на фактическом правовом существовании человека в праве. При этом нормативное «существование» человека в праве, представление человека только в контексте его прав, обязанностей, правовых связей, включено в фактическое правовое существование и рассматривается на его фоне.

Таким образом, метод юридико-антропологического анализа позволяет сориентировать правовое представление и переопределить функциональность всех правовых средств в направлении существующего в правовой реальности человека, тем самым одновременно обеспечивая реализацию принципа человекомерности права.

Наряду с методом юридико-антропологического анализа в антропологии права используется и метод деконструкции догматических понятий и конструкций общеправовой теории.

Метод деконструкции догматических понятий и конструкций общеправовой теории представляет собой способ познания правовой реальности в антропологическом контексте, который заключается в познании того или иного элемента правовой реальности на основании выявления опыта правового существования и фактического положения человека в праве в сопоставлении с отражением данного опыта в традиционных теоретических понятиях и юридических конструкциях. Метод деконструкции дополняет метод юридико-антропологического анализа, использует его для деконструирования и конструирования общетеоретических понятий и конструкций для их последующей операционализации в рамках антрополого-правовой теории.

Суть метода деконструкции заключается в познании того или иного элемента правовой реальности не столько через традиционные теоретические понятия и юридические конструкции, сколько в силу его понимания, исходя из центральной роли человека в праве и его правового существования, а также генеалогического исследования формирования и становления самих традиционных теоретических понятий и юридиче-

ских конструкций. Такая операция позволяет фиксировать тот или иной элемент правовой реальности в соответствии не с его догматическим содержанием, сформированным традиционным формально-логическим методом юриспруденции, а опытом правового существования человека в праве. Это еще не означает, однако, что каждая юридическая конструкция обязательно должна быть пересмотрена. Как отмечает Т.Х. Керимов, деконструкция всегда ориентирована «не на деструктивное, а на конструктивное отношение к традиции метафизического мышления, ее необходимости и настоятельности в нашей исторической ситуации»¹.

Метод генеалогического исследования догматических понятий и конструкций общеправовой теории есть способ познания правовой реальности в антропологическом контексте, который заключается в выявлении процесса формирования и становления традиционных теоретических понятий и юридических конструкций в рамках той или иной дискурсивной формации.

Особенность данного метода в том, что он предполагает не простое апеллирование к юридической традиции формирования того или иного понятия, а обращение к дискурсу, правилам научной речи, в рамках которых данное понятие было сформировано и включило в себя структуры этого дискурса. Наиболее наглядным примером использования метода генеалогического исследования является изучение понятий и категорий советской юриспруденции.

Юрико-антропологический анализ, деконструкция и генеалогическое исследование догматических понятий и конструкций общеправовой теории не постмодернистские приемы, они не направлены на произвольный слом традиционных устоявшихся понятий и категорий. Эти методы являются инструментами антрополого-правовой перепроверки элементов правовой реальности с позиции реализации принципа человекомерности права. Они дают возможность выйти за рамки догматического мышления, осуществить проверку отражения правового явления в той или иной традиционной юридической конструкции, понятии и вернуться на почву нового либо усовершенствованного прежнего понятия, которое становится антропологизированным.

Исследователь антропологии права С.И. Архипов сходным образом представляет задачу современной антропологии права: «В центре правовой системы в качестве первичного и исходного начала права должен быть не индивид (как правовая особенность) и не юридическое лицо (как заключенные в скобки коллективные, социальные качества челове-

¹ Керимов Т.Х. Социальная гетерология: методология и теория исследования : автореф. дис. ... д-ра филос. наук. Екатеринбург, 1999. С. 6.

ка), а именно человек»¹. Понятие «субъект права» для этих целей недостаточно в связи с его определенными методологическими ограничениями. На это же указывает и Е.М. Крупеня, отмечая, что в классическом юридическом дискурсе «человек – творец права, истинный его источник, создатель всех правовых идей, величайшая правовая ценность оказался вытесненным на периферию процесса формирования, познания и преобразования правовой реальности»². Аналогичную позицию относительно необходимости переосмысления правового познания на основе человекоцентристского метода занимает В.М. Шафиров³.

Таким образом, главным понятием антропологии права является понятие «человек в праве», основные средства познания правовой реальности – методы юрико-антропологического анализа, деконструкции и генеалогического исследования догматических понятий и конструкций общеправовой теории; основа аналитической работы с правовой реальностью – это принцип человекомерности права.

В энергично-правовом дискурсе не субъект права, а человек в праве становится центром правового анализа. Однако такая позиция выдвигает сразу несколько методологических требований: 1) раскрыть понимание человека как такового, поскольку любая гуманитарная концепция исходит из определенной модели человека; 2) выяснить отношения таким образом понимаемого человека с «человеком юридическим», который сегодня господствует в юридическом дискурсе, то есть с субъектом права; 3) указать антрополого-институциональные связки, то есть описать типы взаимодействия человека в праве с институциональными правовыми образованиями (государством, правопорядком, системой законодательства и т. д.).

Методологические основания разработки новой модели человека.

Характеристику постклассической антропологии права следует начать с вопроса о понимании человека. Выше мы уже говорили о том, что в постклассической науке концепт «субъект» был подвергнут смещению в связи с кризисом новоевропейской рациональности, следовательно, должно быть предложено новое понимание человека. Во избежание недоразумений подчеркнем, что это не означает отказа на уровне правотворческой техники от устоявшегося термина «субъект права» – это нецелесообразно и, пожалуй, невозможно в принципе. Термин «субъект права» сегод-

¹ Архипов С.И. Субъект права (теоретическое исследование) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 27.

² Крупеня Е.М. Политико-правовая активность личности. М., 2009. С. 25.

³ См.: Шафиров В.М. Теоретическая юриспруденция: человекоцентристский подход // Теоретическая юриспруденция: традиции, современность, перспективы. Алексеевские чтения / отв. ред. В.Д. Первалов. Екатеринбург, 2015. Вып. 2. С. 140–150.

ня имеет техническое значение, поскольку по своим методологическим особенностям он – а через него и реальный человек в праве – подчинен правовым институциональным образованиям, различным юридическим конструкциям. В связи с этим уместно привести высказывание современного французского правоведа Яна Тома о том, что «ярлык „субъекта права“ никогда не мог заменить слово „личность“, он по-прежнему остается техническим словом, которое признается, например, гражданским кодексом и которое знают граждане, помимо своих общих знаний о праве»¹. Современный итальянский романист К. Ланца в обзоре международного научного семинара по проблеме римского понятия *persona* также отмечает, что «юридическое понятие *persona* сохранилось и стало полезным настолько, насколько... оно „деперсонифицировано“. Проще говоря, это понятие основано на так называемом лишенном индивидуальности, анонимном субъекте права»². Вместе с тем исследователь также полагает, что «сегодня... для юриста невозможно поспешно отгораживаться от тех трактовок понятия *persona*, значение которых отличается от традиционного технико-юридического значения»³. Говоря о традиционном понимании человека в праве только как субъекта права (вне осознания фактического положения человека в правовой действительности), К. Ланца убежден, что «сегодня этот принцип формального равенства находится в кризисе. И юрист должен искать и найти новые пути»⁴.

Для формирования новой модели человека мы используем несколько методологических концепций: *синергичную антропологию* (автор – С.С. Хоружий) – междисциплинарное научное направление, разрабатывающее постклассическую антропологию на основе опыта реконструкции и научного освоения духовных практик (в частности, восточно-христианской практики исихазма как способа конституирования человека с привлечением ресурсов современной западной философии), экзистенциальную аналитику *Dasein* и герменевтическую концепцию субъекта позднего М. Фуко. Образ человека, который выстраивается в синергичной антропологии, соответствует методологическим тенденциям, указанным нами выше.

Одно из ключевых мест в методологическом основании антропологии права также занимает и *восточнохристианская антропология* –

¹ Thomas Y. Le sujet de droit, la personne et la nature // Le Débat. 1998. № 100. P. 98.

² Ланца К. Хроника VI научного международного семинара «Римское право и современность» на тему «Индивидуумы и *res publica* от римского юридического опыта до современных концепций. Проблема понятия *persona*» (Неаполь, 26–29 октября 2010 г.) // Древнее право. *Ivs antiquvm*. 2013. № 1 (26). С. 191–192.

³ Там же. С. 191.

⁴ Там же. С. 191–192.

прежде всего, учение о личности человека, сформированное еще в византийской патристической мысли и развиваемое сегодня в работах русскоязычных и зарубежных философов и богословов.

Новое понимание человека основывается на пересмотре традиционного основоустройства европейской мысли о человеке. Как отмечает С.С. Хоружий, это касается, главным образом, ядра классического основоустройства человека, в качестве которого выступает фундаментальная триада характеристик человека «*сущность – субстанция – субъект*»: «Все эти концепты отсутствуют в том описании человека, которое разворачивает синергичная антропология. Причина отказа от них – отнюдь не авторский произвол. Каждый из трех ключевых концептов был капитально раскритикован в рамках самой классической европейской традиции»¹. Сегодня на Западе констатация отказа работы с классическим субъектом является общепризнанной позицией, подтверждением чему служит уже упоминавшийся нами сборник трудов французских философов на тему «Who comes after the subject?», вышедший еще в 1991 г. В работах А. Бадью, В. Декомба, Ж. Делеза, Ж. Деррида, Э. Левинаса, Ж.-Ф. Лиотара, Ж.-Ф. Куртина, Ж.-Л. Мариона, Ж.-Л. Нанси и других современных французских интеллектуалов представлены иные варианты нового типа субъектности.

Отказ от классических оснований субъектности требует введения новых принципов для антропологии. В синергичной антропологии одним из ключевых принципов построения антропологической реальности является принцип энергичности, который и дает название правовому дискурсу антропологии права – энергично-правовой дискурс. Энергичность является принципом антропологической модели, на базе которой и основывается новая концепция субъекта права.

Принцип энергичности означает, что дескрипция антропологической реальности должна вестись не в дискурсе сущности, а в дискурсе энергии, бытия-действия. Человек – это не столько его природа, предзаданная сущность, не только разумный, рациональный субъект, сколько способ существования, своего рода совокупность человеческих энергий, антропологических проявлений, обнаруживающихся в конкретных антропологических практиках. Сам термин «энергия» – как человеческая энергия, антропологическое проявление – по смыслу соответствует православной мистико-аскетической традиции, взявшей понятие энергии у Аристотеля. Энергия есть актуализация потенций сущего, причем, как

¹ Хоружий С.С. Синергичная антропология как новый подход к методологии гуманитарного знания // Институт синергичной антропологии [Электронный ресурс]. URL: http://synergia-isa.ru/?page_id=4301#Н (дата обращения: 11.05.2015).

отмечает С.С. Хоружий, «именно – сам процесс, движение, деятельность актуализации, а не ее результат (актуализованность; осуществленность: энтелехия Аристотеля, не вошедшая в словарь патристики)»¹. Согласно Иоанну Дамаскину «все способности [человека]... как познавательные, так и жизненные, так и естественные, также и искусственные, называются ἐνέργεια»². По поводу антропологического дискурса энергии А.Г. Черняков отмечает, что «у энергии есть свой собственный „деятельностный“ характер, или... собственная внутренняя „деятельностная“ форма. И этот характер действия определен природой действующего. Разумеется, невозможно ухватить деятельностный характер энергии, не принимая в расчет действующего. Но верно и обратное: действующий являет себя (в частности, свою природу) через свои энергии. Энергия и есть сама многообразная явленность действующего»³.

Что характерно для несущностного, неэссенциального описания человека, так это то, что аскетика в результате опытного наблюдения за человеком дополнила, развила и уточнила понятие энергии. В дискурсе энергии, в отличие от представления человека как рациональной сущности, человек стал рассматриваться через способ, образ, практику существования.

Итак, принцип энергийности – новый образ человека, означающий отказ от примата принципа сущности, рассмотрения человека только как рациональной машины, нередуцируемого рационального ядра. Выдвигая на первый план антропологического анализа принцип энергийности, мы, однако, не утверждаем неприменимость к человеку свойства сущностности (др.-греч. οὐσία) как такового, свойств человеческой природы, в том числе, разумеется, и разумности, рациональности как одного из ключевых природных свойств человека. Просто в отличие от традиции западной метафизики осознание места человеческой природы в процессе существования оказывается иным. Приоритет конкретного личного существования, деятельности, действия над абстрактной сущностью человека, его субстанциальностью, субъектностью, природой является методологической установкой и одновременно объективным отражением положения человека в мире, реальности, в том числе и в правовой реальности. Вместе с тем относительно энергий человека, его антропологических проявлений следует сказать, что их нельзя понимать как нечто

¹ Хоружий С.С. К феноменологии аскезы. М., 1998. С. 40.

² Дамаскин И. Об энергии (действии или деятельности) // Точное изложение православной веры. 3-е изд. М., 2009. С. 204–206.

³ Черняков А.Г. В поисках основания онтологии: субъект или ипостась? [Электронный ресурс] (Ч. II) // Интернет-портал «Онтологическое общество». URL: <http://www.ontology.info/seminar> (дата обращения: 26.09.2015).

самостоятельно существующее и независимое от человеческой природы. Энергия, процесс существования человека имманентен его природе, не существуя независимо от нее. Но в то же время личностное существование, антропологические проявления не тождественны его природе: «Нельзя помыслить ипостась [личность] без природы, но никакая природа не совпадает со своей ипостасью: эти понятия не тождественны»¹. Можно сказать, что энергийный дискурс, рассмотрение человека в качестве энергийного образования позволяет выявить сущность человека не абстрактно, а в ситуации действительного существования.

Методологически принцип энергийности в его отношении к идее сущности раскрывается и через *восточно-христианское учение о личности*, которое, как мы отмечали выше, используется в антропологии права в качестве методологического основания учения о человеке в праве. Подробная характеристика понятия личности, ипостаси и других персоналогических понятий будет дана в параграфе 3.3 при описании личностного измерения в праве. Здесь же отметим, что в отличие от личности полная обусловленность человека его природными характеристиками характеризуется понятием *индивидуальности*.

Способ существования, или ипостасный образ бытия человека, то, что в современном философском и антропологическом дискурсах описывается примерно через понятие «практики существования», может характеризоваться лишь через личностность человека. В дискурсе энергии имеет место онтологический приоритет личности перед сущностью человека, в то время как новоевропейское понятие человека и новоевропейское правовое учение о личности, ее правах и свободах исходит из отождествления личности и сущности, способа существования и природной, сущностной заданности человека. Именно поэтому разумность, рациональность и была воспринята в западной метафизике как высшее личностное и природное качество и одновременно как критерий и основание для европейской гносеологии и онтологии. Рациональность, воля, иные природные свойства человека в эпоху классической рациональности в западной метафизике были идеализированы и идентифицированы в качестве сущности человека. Именно поэтому рациональность, разумность субъекта, весь комплекс естественных, природных качеств и свойств стал рассматриваться как натуральные, «данные Природой»² высшие критерии гуманизации вне дискурса энергий, способа существования, что в итоге и привело к феномену антропологического кризиса.

¹ Каприев Г. Ипостась и энергии // Тр. Киев. духов. акад. 2014. № 20. С. 117.

² О новоевропейском понимании природы см.: Ахутин А.В. Понятие «природа» в античности и в Новое время («фюсис» и «натура»). М., 1988. 208 с.

Таким образом, главное в дискурсе энергии заключается в том, что жизнь человека, его существование разворачивается и рассматривается с точки зрения примата не сущности, понятой в рационалистической традиции как восприятие в качестве онтологической данности природных свойств с их идеализацией, а энергичности, то есть способа или практики существования. Как отмечает А.Г. Черняков, «на языке византийской метафизики это положение дел описывается иногда как „движение природы в ипостаси“. При этом важно понимать, что многообразные энергии не суть ни „элементы“ природы, ни ее акциденции или модификации, но „образ существования“ (ov τρόπο της ύπαρξης, Daseinsweise)»¹. По мнению современного болгарского исследователя Г. Каприева, в дискурсе энергии, ипостаси приоритетом обладает «...не сущность, субстанция или сущее само по себе, а его действительность, его действия и движения и в этом смысле – его существование, экзистенция»².

Итак, можно говорить об энергичной проекции, энергичном образе человеческого существа: «Все в целом множество энергий человека, непрерывно меняющееся, образует своего рода энергичную проекцию человеческого существа. Человек – [само]деятельный центр, энергии – разнонаправленные, разнородные, а также и взаимосвязанные, взаимодействующие выступления, „ростки деятельностей“ этого центра, в совокупности образующие подвижную систему, меняющуюся конфигурацию – проекцию человека в плане энергии, которую естественно называть *энергичным образом* человека»³.

Новая модель человека в праве. Субъект права и правовой человек. Представленное антропологическое понимание человека принципиально отличается от того варианта антропологического понимания, который является основой классической концепции субъекта права. В классическом правовом дискурсе понятие «субъект права» вбирает в себя все возможные формы человеческого существования в правовой реальности и это рассматривается как достаточная степень учета человекомерности в праве, в том числе и для эффективной юридической работы с таким образом представленным в праве человеком. Постклассическая антропология права через дискурс энергии совершенствует традиционный подход к субъекту права посредством введения дополнительного измерения субъекта в праве. Эта новация, в сущности, воз-

¹ Черняков А.Г. В поисках основания онтологии: субъект или ипостась? [Электронный ресурс] Ч. II // Интернет-портал «Онтологическое общество». URL: <http://www.ontology.info/seminar> (дата обращения: 27.09.2016).

² Каприев Г. Ипостась и энергии. С. 115.

³ Хоружий, С.С. К феноменологии аскезы. С. 42–43.

вращает юридическому дискурсу ограниченный новоевропейской концептуализацией способ понимания человека в праве.

Антропология права предлагает рассматривать человека в праве не только как субъекта права, фактически нормативного человека, а как *комплексное многоуровневое правовое образование*, складывающееся из трех уровней человеческого существования в правовой реальности:

- 1) человек в праве,
- 2) правовой человек,
- 3) субъект права.

Человек в праве, как уже было отмечено, – центральное и главное понятие энергично-правового дискурса и антропологии права, оно *представляет собой все возможные уровни существования человека в пространстве юридического, которых усматривается всего два – правовой человек и субъект права*.

Правовой человек отражает именно новый энергичный образ человека в праве и представляет собой *способ правового существования человека в праве, включающий и личностно конститутивную, и ценностную стороны, влияющие на юридическое самоопределение и поведение лица в правовой реальности*. Это энергично-правовая картина правовой субъектности в актуальной юридически значимой ситуации.

Субъект права – это «нормативный человек», совокупность предписанных лицу через нормы объективного права статутных и субъективных прав и обязанностей, то, что обычно выражается через понятия «правовой статус» и «правовое положение». Современный канадский правовед Б. Мелкевик в этой связи отмечает, что «юридический термин „лицо“ или “субъект права” выражает лишь единство всей множественности норм, определяющих обязательства, точнее, обязательства, ответственность и субъективные права»¹.

Смысл дополнения нормативного слоя правовой субъектности понятием «правовой человек» заключается в том, чтобы выявить реальное положение человека в правовой реальности и через это проследить его взаимоотношение с неантропологическими – институциональными правовыми образованиями – различными правовыми институтами, юридическими конструкциями, механизмами и т. д., представить функционирование институциональных структур права с юридико-антропологической точки зрения. Это необходимо для проверки классического юридического дискурса на человекомерность, на степень учета человеческого фактора в праве. Это преимущественно вопрос об эффек-

¹ Мелкевик Б. Философия права в потоке современности // Рос. ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 535.

тивности права, направлениях его развития, критериях совершенствования и т. д. Очевидным образом заставляет серьезно усомниться в адекватности традиционного европейского подхода к пониманию субъекта права практика Европейского суда (ЕСПЧ) и большинства парламентов стран Западной Европы по легализации права на однополые браки, права на усыновление детей подобными союзами и пр.

Таким образом, центральное антропологическое понятие «человек в праве» несет в себе определенную методологическую нагрузку: это не только субъект права, но и способ правового существования человека в праве помимо его субъектной определенности, включающий в себя личностно конститутивную и ценностную стороны, влияющие на поведение лица в правовой действительности.

Понятие «человек в праве» двусоставно и отражает одновременно антропологический (правовой человек) и нормативный (субъект права) аспекты, при этом в правовой действительности лицо всегда фактически выступает и как правовой человек, и как субъект права одновременно. В дальнейшем для простоты восприятия мы будем использовать понятие «человек в праве» как родовое, включающее в себя нормативный («субъект права») и антропологический («правовой человек») аспекты, в противоположность традиционному понятию «субъект права», подразумевающему лишь нормативный аспект человеческого существования в праве.

Один из самых сложных вопросов, который возникает в связи с введением энергично-правового измерения правовой субъектности, заключается в том, каким (если не нормативным) образом функционирует такая правовая субъектность, как, если не нормативно, можно ее зафиксировать в правовом анализе, а самое главное, можно ли вообще ее рассматривать в качестве проектного основания в практической юридической деятельности (например, в области правотворчества). Для того чтобы ответить на этот и аналогичные вопросы, остановимся подробнее на внутренней структуре понятия «человек в праве» и охарактеризуем ряд последующих базовых языковых единиц, которые с этим понятием связаны.

Понятия субъективации, личностной конституции, идентичности и личности. Антропология права ставит перед собой задачу рассмотреть человека в правовой реальности не только как субъекта права, но в том целом виде, как он существует в мире права. Это предполагает, прежде всего, изменение методологической установки в понимании человека как субъекта, что выражается в фиксации антропологической цельности через рассмотрение человека в качестве специфического антропологического опыта, в котором являет и выражает себя человек в праве. Перенос акцента с трансцендентального представления о рациональном субъекте

на понимание человека в праве в контексте его правового существования связан с более глубоким осмыслением человеческой субъективности, структур его личности и идентичности, которые в юриспруденции были вынесены за рамки традиционного понятия «субъект права».

В современной философии для изучения структур формирования субъектности человека были выработаны специальные понятия, в частности понятие «субъективация».

Субъективация – это процесс становления субъекта, становящаяся субъективностью. Классическое понятие субъекта формировалось в эссенциальном дискурсе, дискурсе сущности, и, следовательно, субъект понимался как изначально завершенная, состоявшаяся и конституированная субстанция на базе сознания-мышления (знаменитое картезианское «*cogito ergo sum*»). Субъективация разрабатывается на базе дискурса энергии, она, как отмечает А.Е. Смирнов, представляет собой «возможный модус интенсивного существования, субличностное событие, которому всегда недостает субъекта»¹. Субъективацией М. Фуко называет процесс, «посредством которого мы получаем складывание субъекта, точнее говоря – субъективности, каковая, очевидно, служит лишь одной из заданных возможностей организации некоего самосознания»².

В связи с рассмотрением человека как определенного типа субъективации на первое место выходят содержания, отвечающие за становление лица в совокупности его антропологических проявлений. Как отмечает в связи с этим С.С. Хоружий, универсальная проблема выстраивания нового типа субъектности заключается в том, чтобы раскрыть конституцию и идентичность человека в их внутреннем механизме как события, динамические факты; описать их в измерении бытия-действия, где размещаются акты и ростки актов. Таким образом, субъективация может быть рассмотрена как «динамическая парадигма конституции человеческого существа в дискурсе, представляющем антропологическую реальность в измерении бытия-действия»³.

В отличие от классической концепции субъекта в новом дискурсе человека происходит пересмотр содержаний сознания, которые и определяют бытие-действие человека: речь уже идет не о картезианском *cogito*-сознании, но о сознании-конституировании, сцепленном с техниками субъективации, антропологическими практиками. Такой тип антропологи-

¹ Смирнов А.Е. Проблема идентичности и субъективации в современном общественном сознании // Гуманитар. и соц.-эконом. науки. 2005. № 4. С. 17.

² Фуко М. Возвращение морали // Интеллектуалы и власть. Избранные политические статьи, выступления и интервью / пер. с фр. Б.М. Скуратова. М., 2006. Ч. 3. С. 284.

³ Хоружий С.С. Конституция личности и идентичности в перспективе опыта древних и современных практик себя // Вopr. философии. 2007. № 1. С. 77.

ческого анализа в плане конституирующей роли сознания-субъективации по отношению к классическому пониманию сознания обуславливает введение таких важнейших понятий, определяющих субъективацию, как личностная конституция, личностная идентичность и личность человека.

Под *личностной конституцией* человека следует понимать *состояние формообразующих структур (свойств) личности человека и выражающих себя в определенном способе его существования, бытия-действия*. Личностная конституция, разворачиваясь в жизненном пространстве, выражает себя как определенная модальность экзистирования, бытия-действия человека. Сходное понятие конституции разрабатывается в рамках конституциональной психологии¹, где под конституцией личности понимается психосоматическое единство человека, комплекс его индивидуальных морфологических, физиологических и психических свойств, проявляющихся в реакциях человека на различные воздействия социального и природного порядка. Следует, однако, заметить, что под психологическим понятием конституции имеется в виду в основном соматический аспект антропологических проявлений, изучаемый в рамках медицинской антропологии.

Личностная идентичность представляет собой *акт самоуверения человека, осуществляемый на уровне самосознания не в плане самотрансцендентализации, а в качестве техник жизни, опытно самоартикулированных способов существования*. Как отмечает С.С. Хоружий, в идентичности «человек совершает самосоотнесение, в котором он стремится обнаружить, зафиксировать и идентифицировать себя – как именно себя самого, таким образом подтвердив себе себя – как пребывающую, самождественную аутентичность»².

Близкое по смыслу понятие идентичности применительно к человеку в праве разрабатывает Н.В. Исаева: правовая идентичность – это элемент структуры субъекта права; этот элемент позволяет говорить о том, что «субъект права сочетает в себе человека как единственно способного актуализировать правовую реальность; личность как „индивидуально определенную совокупность социально значимых свойств человека, проявляющихся в отношениях между людьми“; и индивидуальность, требующую творческого освоения и преобразования не только мира права, но и самого субъекта»³ (курсив мой. – В. П.). Очевидно, что Н.В. Исаева предлагает модернизацию категории «субъект права»

¹ См.: Зайченко А.А. Конституциональная психология // Изв. Саратов. ун-та. 2010. Т. 10. Сер. Философия. Психология. Педагогика. Вып. 2. С. 64–69.

² Хоружий С.С. Очерки синергичной антропологии. М., 2005. С. 78.

³ Исаева Н.В. Правовая идентичность (теоретико-правовое исследование). М., 2013. С. 149.

за счет введения в нее понятия правовой идентичности (а вместе с ним индивидуальности и личности), что само по себе не может не приветствоваться. Однако предлагаемые нами антрополого-правовые понятия личности и ее идентичности имеют иной смысл: они определяют не субъект права и его «нормативное» существование, а человека в праве и его правовое существование. У Н.В. Исаевой правовая идентичность характеризуется только положительным отношением к праву, основанном на восприятии его как ценности¹, однако в таком случае противоправное поведение в правовой реальности этим понятием не охватывается, что, на наш взгляд, необоснованно.

Личность представляет собой несводимую к природе, свободную, сознательную, открытую, творческую, уникальную, целостную в смысле неделимости и нерушимой идентичности онтологическую основу человека, определяющую способ бытия его индивидуализированной природы². В этом понятии важен не сущностный, а динамический аспект личности, который в целом можно охарактеризовать как «способ бытия», образ существования человека с точки зрения направленности его антропологических проявлений. В отличие от традиционного понятия личности, где она рассматривается как гуманистическое основание в эссенциальной рационалистической перспективе, как идеализация разумной природы человека, в приведенном понятии личности акцент делается на способе существования природы – личности как образе бытия (подробно о понятии «личность в праве» см. параграф 3.3).

Несмотря на то что энергичная модель человека означает отказ от рассмотрения лица только через рационализацию, сознание как конституирующее человека основание, вопрос о сознании исключительно важен и для уяснения антропологических понятий субъективации, личности, ее конституции, и для понимания человека в праве в целом.

Применительно к понятию субъективации понимание сознания принципиально отличается от классической концепции и по своим функциям, и по своему устройству. Если картезианский субъект выстраивался на базе постулирования сознания как автономной и самодостаточной cogito-рационализации, которая и выступала абсолютной причиной и условием существования субъекта, то постклассические концепции субъектности изменили отношение к сознанию в целом. Сознание стало рассматриваться не как конституирующее человека автономное трансцендентальное основание, но как поле энергичных образований, кото-

¹ См.: Исаева Н.В. Правовая идентичность (теоретико-правовое исследование). С. 89.

² См.: Чурсанов С.А. Лицом к лицу: понятие личности в православном богословии XX века. М., 2011. С. 197–198; Зинковский М. Святоотеческие категории и богословие личности. СПб., 2014. С. 224–225.

рые при этом находятся в специфическом состоянии разомкнутости – по отношению к миру как таковому, Богу, другому лицу, ко всему тому, что в постклассическом философском дискурсе именуется «разомкнутостью к Другому». Причем принципиально то, что разомкнутость не трансцендентальная позиция, акт сознания как простое отражение объективной реальности, – она достигается фактичностью антропологических практик, ситуацией присутствия человека в мире.

Переход в понимании человека от его представления в качестве сущности к существованию связан с важным событием в философии XX века – разработкой немецким мыслителем М. Хайдеггером экзистенциальной аналитики *Dasein* («присутствия»). Словом «*Dasein*» философ обозначал человека через способ его существования: «„Сущность“ присутствия (*Dasein*) заключена в его экзистенции»¹. А.Е. Смирнов отмечает, что «*Dasein* не имеет сущности; определяющим для него является не сущность, но способ существования... *Dasein* не может пониматься как субъект. Смысл введения понятия *Dasein* заключается в том, что оно призвано схватывать в своем содержании то, что относится к (человеческому) существованию, а не сознанию. *Dasein* не мыслимо в перспективе субъективности. *Dasein* – выражение субъектности»² (курсив наш. – В. П.)».

Таким образом, новая модель субъекта связывается не с опытом рационального присвоения мира, но реальными техниками, практиками субъективации, конституирующими субъекта. Традиция понимания субъекта как завершенной и абсолютно самоопознанной и автономной субстанции, представляющей мир через его познание-присвоение, сменяется программой понимания субъекта как становящегося, возделывающего уже не мир, но самого себя, человека. Разумеется, что поскольку такое «возделывание» субъектом самого себя разворачивается не автономно, а всегда в том или ином социально значимом пространстве, постольку в конституировании субъекта имеют значение и практики субъективации, и порядок дискурса, в котором происходит субъектное становление.

Итак, энергично-правовой дискурс формирует посредством базовых языковых единиц новое антропологическое основание – энергичную модель человека, которая позволяет антропологически сориентировать правовое представление. В контексте обращения к понятию «человек в праве» можно использовать и специальный метод антропологии права – юридико-антропологический анализ, суть которого в аналитическом

¹ См.: Хайдеггер М. Бытие и время / пер. с нем. В.В. Бибихина. 2-е изд., испр. СПб., 2002. С. 42.

² Смирнов А.Е. От субъекта – к существованию // Гуманитар. и соц.-экон. исслед. 2006. № 5. С. 33.

центрировании всех элементов правовой реальности на человеке в праве, переопределении функциональности всех правовых средств к человеку, существующему в правовой реальности. Юридико-антропологическому анализу правовых средств должна предшествовать работа по формированию антропологического типа правопонимания. Этому и будет посвящена следующая тема.

2.3. Антропологический тип правопонимания

Классические типы правопонимания и антропологическое понимание права. В любой общетеоретической концепции вопрос о правопонимании является центральным, предшествует освещению всех иных проблем. В классическом правовом дискурсе известны три основных типа правопонимания: естественно-правовой (юснатурализм), позитивистский (нормативистско-позитивистский), социологический. Соответственно тот или иной тип правопонимания влияет на решение сугубо прикладных задач правовой действительности. Так, в природе источников права всегда отражается тот или иной тип понимания права. Если юснатурализм понимает под правом какой-либо надзаконный критерий (идея справедливости, естественное право и т. п.), то любой традиционный письменный источник права будет находиться в зависимости от данного критерия («неправовой закон не является правом»). Если этатистский позитивизм воспринимает право как приказ государства-суверена, то и любой акт государства будет рассматриваться как источник права, независимо от любых других критериев. Если в социологическом типе правопонимания право всегда есть только «живое право», то в качестве источника права может выступать только акт, отражающий реальную динамику социальных отношений.

Сравнивать классические типы правопонимания с постклассическими правовыми концепциями (в том числе с антропологией права) и выявлять основные различия между ними можно с помощью концептуального понятия «сущность», поскольку, будучи примененным к праву, оно задает способ его понимания, что отражено в классических концепциях. Рассмотрим это положение подробнее.

«Сущность права» как языковая единица классического юридического дискурса предопределяет способ понимания права, предполагая наличие априорного основания права как некой правовой подлинности, априорного правового эталона. Само слово «сущность» греческого происхождения (др.-греч. οὐσία), его ввел еще Аристотель в качестве единицы мышления. *Сущность* обозначает буквально «то, что» (чтойность) и рассматривается Аристотелем как нередуцируемое ядро любого сущего,

его подоснова: «...вопрос о том, что такое сущее, – это вопрос о том, что такое сущность» (1028 b)¹.

В процессе эволюции смысл понятия «сущность» претерпел несколько трансформаций, главная из которых заключалась в ошибочном отождествлении (при переводе трактатов Аристотеля на латынь) понятий «сущность» и «ипостась»: они оба стали обозначаться как «substantia»².

Понятие «ипостась» с начала христианской эпохи приобретает ключевую позицию в философской мысли, поскольку именно с ним связано изучение личности и человека. Как и понятие «лицо», «личность» (др.-греч. πρόσωπον), понятие «ипостась» (др.-греч. ὑπόστασις) было разработано в византийской патристике (начиная с богословов Каппадокийской школы IV в.). Введение в философский язык понятий «ипостась» и «личность» было обусловлено необходимостью различия сущности в ее аристотелевском смысле и ипостаси как в Боге, так и применительно к человеку. Идея различения сущности и личности была сформулирована весьма давно: уже византийский мыслитель VII в. Максим Исповедник последовательно различает „чтойность“, «что-бытие» (τὸ τί ἔστιν) и способ существования, личность, «как-бытие» (τὸ ὅπως ἔστιν)³.

Ипостась представляет собой *способ существования* (др.-греч. τρόπος ὑπάρξεως) конкретного сущего, по которому и познается его сущность (или природа). Применительно к человеку ипостась есть способ существования его сущности (или природы). Сущность человека поэтому познаваема только через ипостасные свойства конкретного человеческого существования, а не через метафизическое схватывание самого сущего вне его ипостасных свойств. При этом понятия «ипостась» и «лицо» в восточнохристианской антропологии отождествлялись.

Уяснение сущности, природы всякого сущего через его ипостасные свойства связано со всяким антропологически связанным сущим, в том числе и правом, которое направлено на регулирование поведения человека и социальное регулирование как таковое. Поэтому с антропологической точки зрения представляется некорректным выявление сущности, подосновы права как социального и антропологического явления без учета его проявления в контексте правового существования человека.

Особо использовалось понятие «сущность» в применении к праву и в римской юриспруденции, и глоссаторами, однако везде это приобрело неясный и произвольный характер. Помимо смысловой трансфор-

мации понятия «сущность» при переводе на латынь, в самом латинском языке сущность обозначалась по-разному: substantia, natura, essential, esse rei, summa, а представление о существенном и несущественном было размытым. Неясность определения сущности как «главного в сущем» была обусловлена и различными онтологиями: имперсональной эллино-античной (формулировка Аристотеля) и персоналистской христианской, когда средневековые юристы пробовали применить это древнее понятие в контексте схоластического метода (Фома Аквинский) – на основе римско-католической эссенциалистской персонологии в отличие от византийской энергийной антропологии. Д.Ю. Полдников в связи с этим отмечает, что «в доктрине глоссаторов сущность приобретала практическое значение не чаще, чем у римских юристов... в теоретическом плане болонские профессора ограничивались поверхностным употреблением substantia лишь в ряде случаев»¹.

Классические схемы познания права через выяснение его сущности хорошо просматриваются в позитивизме и юснатурализме, где право представляется и понимается соответственно как нормативная система (сущность права – воля, выраженная в нормах) и спекулятивная метафизичность (сущность права – это надзаконный критерий справедливости, права человека). Социологическая теория права (позиция О. Эрлиха) если и обращается к динамическим структурам – общественным отношениям, социальному порядку, дрейфуя на границе классики и неклассики, но понимает их как фундированные нормами общественных союзов. Социальные отношения институционализируются в социальных институтах, конституируя «живое право». Однако фактически сложившаяся социальная норма или отношение все равно рассматриваются как сущность, наличное основание социального порядка, которое всегда присутствует в форме социальной конвенции.

Если по отношению к классическим типам правопонимания применить еще и маркер субъекта и определить роль субъекта права в выявлении правового, то окажется, что в процессе выработки идеального права – а вопрос правопонимания всегда есть одновременно вопрос об идеальном праве – он не участвует либо участвует механистично, будучи встроенным в институциональные образования, юридические конструкции. Например, в юснатурализме, право есть трансцендентная идея, недоступная для человека в праве, и его правовое поведение не связано с формированием данной идеи. В юридическом позитивизме право есть совокупность норм: человек и его правовое существование

¹ Аристотель. Метафизика : соч. в 4 т. М., 1976. Т. 1. С. 188.

² См.: Павлов В.И. История антропологии права // Социокультурная антропология права / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. СПб., 2015. С. 10–84.

³ См.: Каприев Г. Ипостась и энергии. С. 126.

¹ Полдников Д.Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. С. 79.

сами являются встроенными элементами этой совокупности, субъект права является частью нормативного пространства. В социологической концепции права правовое существование человека также не влияет на «живое право», которое возможно лишь в социуме, представленном как тотальность общественных связей. Социологическое правопонимание ориентировано на правовые отношения; роль субъекта в данном случае вторична.

Антропологический тип понимания права ставит цель включить человека в право в саму структуру правопонимания. Итак, задача антропологии права – в рассмотрении права как человекомерного образования. В связи с этим обсудим общие начала и характеристики антропологического правопонимания.

Общие начала антропологического типа правопонимания.

1. Главное положение антропологического типа правопонимания заключается в том, что с антропологической точки зрения *у права нет и не может быть какой-либо субстанциальной основы, некоего места, топоса права наподобие сущности права, в котором бы цельно заключалась изначальная правовая подлинность, правовой эталон.*

Суть антропологической точки зрения в соответствии с вышеупомянутой моделью человека в том, что подлинность права как его бытие не заключена в каком-то основании (нормы, идеи или отношения), на которое опирается сущее, то есть актуальная правовая действительность. Различение, например в юснатурализме, права и закона наглядно показывает, что закон как сущее произведен от права как априорного основания, полагающегося в качестве должного, бытия, отождествляемого с правовой подлинностью. Однако несложно заметить, что такой взгляд основан на классической гносеологической схеме. Антропологический анализ показывает, что классическая схема в силу своей конфигурации полагает субъекта права исключительно в области сущего – следовательно, он не может быть фигурой, участвующей в формировании правового бытия, что и является актуальной задачей антропологии права. Субъекту, посвященному в область сущего, уготована роль конструктивного элемента уже предписанных правовых целостностей – норм, идей, нормативных моделей отношений. Право, понимаемое как сущность, согласно такой схеме находится либо в нормах (воле государства), либо в идеях (сверхсущностном истоке), либо в социуме (в социальных конвенциях). Классическая концепция познания и содержащаяся в ней модель субъекта, таким образом, нивелируют человека относительно его существования в правовой реальности.

Согласно постклассической методологической позиции само бытие должно рассматриваться не в качестве основания сущего, а в ка-

честве сопричастного данному сущему существованию. Это и есть то, что в постклассическом дискурсе человека получило название «бытие-действие». Бытие принадлежит именно этому сущему, которое в приложении к человеку есть существование¹. В опыте существования, следовательно, и есть возможность бытия, и именно с этой точки зрения мы утверждаем бесосновность права в его антропологическом значении: бытие права заключено не в сущности, а в правовом существовании. Вместе с тем бесосновность права не означает отрицания понимания сущности права как его субстанциальной основы: «сущность» в таком понимании заключена в нормативной системе права. Однако последняя как его субстанциальная основа не является в антропологии права критерием правового и не отождествляется с правовым бытием.

Такая трансформация правового познания приводит к следующему заключению: правовая подлинность, с точки зрения антропологии права, понимается не как сущность права, заданная в качестве основания, топоса права, «места правового», но как правовое существование. Правовое существование при этом не тождественно понятию действия права или правового регулирования, поскольку эти традиционные юридические понятия создают представление о функционировании права как последовательной реализации его сущности.

Антропология права связывает выявление главного в праве, критерия правового через правовое существование в едином правовом комплексе, который представляет собой синтез трех взаимосвязанных элементов правовой реальности:

*человека в праве,
нормы права,
факта правовой жизни.*

Поскольку понятие «человек в праве», как было показано выше, передает динамический момент правовой реальности, то *главное в праве выявляется в процессе «встречи» человека в праве с нормой права и фактом правовой жизни.* Если говорить языком традиционной общеправовой теории, то «сущность права» выявляется в моменте пересечения этих трех элементов правовой реальности.

Похожее составное понимание «сущности права» уже предлагалось в юридической литературе, в частности в рамках интегративной² и интегральной³ концепций правопонимания. Подобное понимание права

¹ См.: Хайдеггер М. Бытие и время. С. 12.

² См.: Варламова Н.В. Интегративная юриспруденция и «чистое» учение о праве // Тр. Моск. гос. юрид. акад. : сб. ст. № 10. 2003. С. 152–153.

³ См.: Графский В.Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще незавершенный проект. Правоведение. 2000. № 3. С. 49–64 ; Поляков А.В. В поисках интегрального типа правопонимания // История государства и права. 2003. № 6. С. 7–8.

предлагал также и Н.Н. Алексеев, который в качестве комплексного образования, отвечающего за выявление правового, определял такое многомерное понятие, как «правовая структура». Правовая структура, по Н.Н. Алексееву, есть отражение данностей права, схваченных в феноменологическом опыте («феноменальная структура права»): «Правовая структура есть то, что придает различным явлениям правовую форму. И, в частности, нормы права являются „правовыми“ только потому, что в них отображается правовая структура. Мы называем „правовыми“ нормами, в отличие от других видов норм, те, которые предполагают *особого носителя* (способность признания), в которых выражаются реализованные *ценности* и которые формулируются в особых *определениях (права – обязанности)*» (курсив наш. – В. П.)¹.

Антропологическое правопонимание означает, что вне человека право не существует, а значит, в онтологическом смысле вне человека, действующего в правовой реальности, о бытии права говорить невозможно. Традиционное теоретическое понятие «действие права», в соответствии с которым обычно определяются критерии юридической эффективности, с одной стороны, и такие антрополого-правовые понятия, как «правовое существование», «правовое бытие», с другой стороны, отражают правовые явления разного порядка. Традиционное понятие юридического действия основано на принципе не реального соотношения правила поведения и лица, которому это правило адресовано, а метафизического институционально обеспеченного предписывания общеобязательного правила субъектам права по критериям времени, пространства, круга лиц безотносительно к самому конкретно данному наличному факту применения правила к той или иной юридически значимой ситуации. В собственном смысле слова традиционное «действие права» есть сфера нормативного долженствования как особого, искусственно сконструированного «существования» права.

Правовое существование в антропологическом смысле в соответствии с первым высказанным положением антропологического правопонимания обозначает не отвлеченное, а конкретное фактическое рассмотрение действия правила поведения в ситуации его встречи с человеком в праве и фактом правовой жизни в случае актуализации этих элементов правовой реальности. Иными словами, в актуализированном правовом существовании вскрывается правовой смысл нормы права вовлеченным в ситуацию лицом (лицами), определяется способ интерпретации нор-

¹ Алексеев Н.Н. Основы философии права. С. 71–73, 181 ; см. также: Назмутдинов Б.В. «Правовая структура» Н.Н. Алексеева в контексте идей об особой структуре «Евразии» // Правоведение. 2015. № 1. С. 98–111.

мы права, обнаруживаются те ценности и предпочтения, которые лицо вкладывает в эту норму права, его подход к пониманию факта правовой жизни – разбираемой жизненной ситуации, влияние практик правовой субъективации лица (особенно в случае властно уполномоченного лица) на восприятие и интерпретацию нормы права и факта правовой жизни, в том числе в плане ценностного определения параметров нормы и факта, влияние общего порядка юридической рациональности в той сфере, в которой ситуация имеет место, и т. д.

Поэтому в антропологической концепции право представляет собой антропологически связанный феномен, вся совокупность критериев и методологические ориентиры которого неизменно обусловлены человеком в праве в соответствии с принципом человекомерности права и юридико-антропологическим методом. Это означает, что о главном в праве (критериях правового) можно вести речь только в связи с правовым существованием в целом правовом комплексе нормы права и факта правовой жизни, причем человек в праве является господствующим элементом правового комплекса, так как именно через него выявляется не субъект права как «нормативный человек», а фактически присутствующий в правовой реальности человек.

Важное значение для уяснения антропологического правопонимания имеет понятие «*факт правовой жизни*», которое означает *конкретное жизненное обстоятельство правовой действительности (правовой жизни), рассмотренное в аспекте его непосредственной фактической данности для человека в праве независимо от восприятия данного обстоятельства как формально-правового положения, определенного в гипотезе нормы права.*

Значение выделения в антропологии права понятия «факт правовой жизни» заключается в необходимости показать процесс реальной оценки и восприятия человеком в праве юридически значимой ситуации, в которой он оказывается. В повседневной жизни, как правило, лицо воспринимает правовую ситуацию именно как факт жизни, но не как юридизированную, формально определенную часть социальной реальности. Поэтому понятие «факт правовой жизни» позволяет акцентировать внимание не столько на моменте взаимосвязи поведения лица и знания им нормы права и выраженных в ней прав и обязанностей, сколько на процессе влияния антропологических содержаний, прежде всего, личностных ценностей этого человека на его поведение и восприятие данной ситуации.

Смысл понятия «факт правовой жизни» близок традиционному общетеоретическому понятию «юридический факт», однако в процессе применения между ними возникают различия.

Юридический факт есть изложенное в гипотезе правовой нормы положение, отражающее конкретное жизненное обстоятельство, с которым закон связывает наступление, изменение либо прекращение правоотношения¹. Наступление юридического факта может быть как связано, так и не связано с фактическим восприятием лицом того или иного события, деяния, поскольку это восприятие вменяется лицу через специальную конструкцию презюмирования знания закона (гипотезы правовой нормы). Иными словами, юридический факт в праве возникает независимо от антропологической реакции и отношения лица к тому или иному конкретному жизненному обстоятельству, поскольку эта реакция уже смоделирована в гипотезе правовой нормы и обеспечена соответствующей презумпцией.

Факт правовой жизни – это именно непосредственное отношение лица к конкретному жизненному обстоятельству независимо от моделирования последнего в гипотезе правовой нормы. Факт правовой жизни – это данность ситуации в практическом выражении. Это не означает, конечно, что факт правовой жизни не зависит от нормы права, но эта зависимость имеет нормативную, а не антропологическую, фактическую природу. Норма права, как правило, и определяет этот факт как юридически значимый, «делает» его юридическим, однако не создает сам жизненный факт, ситуацию, которая возникает не из закона, а из жизни. Встреча человека в праве с фактом жизни выявляет не формально-правовые, а антропологические содержания поведения лица в сфере права. В связи с этим эта ситуация для человека есть факт правовой жизни, хотя в большинстве случаев он не знает о том, что тот или иной аспект его деятельности является юридическим фактом.

В принципе всякий факт правовой жизни и есть юридический факт, но рассмотренный не с нормативной, а фактической стороны. Но тогда следует постоянно делать оговорку, что во всяком юридическом факте имеется онтологическая первичность и приоритет антропологической реальности перед реальностью нормативной и что эти первичность и приоритет непосредственно выражаются в соответствующем понимании права.

В строгом смысле слова отождествление факта правовой жизни и юридического факта возможно только в случае реального, фактического восприятия человеком в праве того или иного объекта, по поводу которого он осуществляет свою деятельность либо вступает в отношение сугубо юридически. Как правило, такая ситуация наблюдается в профессиональной юридической деятельности (судебный процесс,

¹ См.: Вишневский А.Ф., Горбаток Н.А., Кучинский В.А. Общая теория государства и права. С. 342.

адвокатская практика и т. д.), хотя и в этом случае юридический факт не будет лишен вненормативных коннотаций (например, ценностей). В обычной же жизни рядовой гражданин имеет дело не с юридическим фактом, а с фактом правовой жизни.

Ряд постклассических концепций утверждает возможность рассмотрения факта правовой жизни как «нормативного факта» – специального понятия, характеризующего генезис правовой нормативности на основе всеобщей значимости, взаимного признания, интересубъективности данного факта в рамках того или иного правового сообщества. Представляется, что в обычных условиях правовой действительности, при выполнении государством своих функций и его достаточной легитимности, норма права, выраженная в официальном источнике права, все же выполняет функцию маркирования ситуации как правовой.

Помимо понятия «факт правовой жизни», для уяснения антропологического правопонимания и в целом антропологической концепции права большое значение имеют и другие упоминавшиеся нами понятия, а именно: правовая реальность, правовая действительность, правовое существование (правовая экзистенция), правовое бытие. Последние два понятия концептуальны, а два первых, хотя и имеют концептуальный смысл, операциональны. Рассмотрим данные понятия подробно.

Правовая реальность – это объективно существующий мир права в совокупности всех составляющих его материальных и идеальных элементов, которые можно разделить на необходимые, базовые (это выделение осуществляется в зависимости от той или иной правовой концепции) и производные, зависящие от базовых и обусловленные ими¹. Для каждой концепции правопонимания количество и виды необходимых составляющих элементов правовой реальности будут различными. Так, С.И. Максимов в качестве обязательных составляющих правовой реальности выделяет: 1) идею права; 2) норму права; 3) правовую жизнь². Г.В. Манов в свое время выделял в качестве таких элементов («аксиом») правовой реальности нормативный акт, правоотношение, правосознание³. В принципе совокупность базовых элементов правовой реальности во всех концепциях примерно одинаковая.

¹ Об этом подробно см.: Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. С. 143–190. Ср.: «Применительно к миру права правовая реальность – это правовой способ бытия человека (человека как части мира, которая не является бытием, но обладает бытием). В свою очередь в самом мире права могут быть выведены различные способы его существования (различные реальности со своими специфическими принципами)» [Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. С. 168].

² См.: Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. С. 177.

³ См.: Манов Г.В. Аксиомы в советской теории права // Совет. государство и право. 1986. № 9. С. 30.

Вместе с тем иногда понятие правовой реальности рассматривается не в общепринятом юридическом аспекте, а с позиции специального философского понимания правовой онтологии. Так, С.И. Максимов предлагает понимать правовую реальность в строго онтологическом смысле, фактически отождествляя реальность и бытие, четко различая «бытие права» и «сущее права», так как реальность – это присущее феноменам качество иметь бытие, независимое от воли и желания человека¹. Таким образом, сущее права понимается как обычное «эмпирическое проявление права», выраженное в предметной реальности и отождествляемое с понятием правовой действительности – «обыденной интерпретацией понятия правовой реальности»².

На наш взгляд, такой подход имеет недостаток, поскольку сущее, фактическое существование права имплицитно выводится за пределы правовой реальности: «Мир права – в основе своей мир должного, а не фактического (эмпирического) существования»³. Однако обоснован ли отказ «сущему в праве» в статусе реальности права? Разве фактическое правовое существование, например правонарушающее поведение, не является одновременно сущим, фактичностью и в тот же момент реальностью права?

В постклассической правовой традиции правовое бытие действительно связывается с существованием человека в праве, с чем согласен и С.И. Максимов. Однако понятие правового существования строится не на абстрактном, оторванном от эмпирической действительности понятии правового бытия, что имело место в онтотеологии или метафизической традиции, а на понятии фактических практик правового существования («практический поворот» в эпистемологии), с которыми и связано конституирование правовой реальности. Наглядным примером подтверждения этого является специальное понятие фундаментальной онтологии М. Хайдеггера «Dasein» (или «присутствие», «вот-бытие», «здесь бытие»).

Именно поэтому в антропологическом правопонимании базовыми элементами правовой реальности являются человек в праве, норма права и факт правовой жизни.

Правовая действительность – это право в действии, данное человеку в практическом выражении, то есть правовая действительность складывается из актуализированных элементов правовой реальности, выра-

¹ См.: Максимов С.И. Модели осмысления правовой реальности: классическая и неклассическая // Современные подходы к пониманию права и их влияние на развитие отраслевой юридической науки, законодательства и правоприменительной практики : сб. науч. тр. / под общ. ред. В.И. Павлова и А.Л. Савенка (пред.) [и др.]. Минск, 2017. С. 44.

² Там же.

³ Там же.

женных практически. Не всякий элемент правовой реальности обладает реально выраженной значимостью и действием, хотя он и составляет правовую реальность как целостный мир права (например, недействующая правовая доктрина прошлого, «спящая» норма права и т. п.). Однако в юриспруденции понятия «правовая реальность» и «правовая действительность» нередко отождествляются. На наш взгляд, более точным будет все же различать эти понятия¹. Как отмечал по этому поводу советский правовед Г.А. Нанейшвили, «действительно все то, что дано как определенная значимость, и то, что одновременно действует»².

Правовое существование (или *правовая экзистенция*) – это процесс пребывания человека в правовой реальности в процессе соотношения с нормой права и фактом правовой жизни.

Правовое существование, как правило, является актуализированным правовым процессом; это существование в смысле определенной практически выраженной юридической значимости пребывания человека в правовой реальности, поведение человека относительно конкретного фактического осуществления общеобязательного правила поведения применительно к конкретному факту правовой жизни. Однако правовым существованием можно назвать и неактуализированный процесс пребывания человека в правовой реальности, при котором отсутствует практическое выражение юридической значимости такого пребывания. Неактуализированное правовое существование в определенном смысле можно именовать и существованием человека как таковым без приставки «правовое», то есть нейтральным, безразличным для права поведением, что и имеет место в традиционной общеправовой теории. Очевидно, что в этом случае для квалификации поведения правовым либо неправовым в общей теории права используется такой критерий юридической значимости, как актуализация нормативной системы права. Однако для антропологии права, несмотря на аналогичное использование традиционного критерия нормативности права (см. параграф 4.3), в соответствии с задачами антрополого-правового познания критерий юридической значимости понимается в более широком смысле.

Так, в антропологии права юридическое значение придается не только практическому выражению права и человека в праве, но и внутреннему процессу формирования субъектности. Поэтому неактуализированное правовое существование можно еще именовать и правовой

¹ Подобной позиции придерживаются, например, А.В. Малько и С.Л. Слободнюк. См.: Малько А.В., Слободнюк С.Л. Правовая жизнь, правопорядок и правовая реальность: проблемы соотношения // Вестн. Саратов. гос. юрид. акад. 2013. № 1 (90). С. 14.

² Нанейшвили Г.А. Действительность права и опыт обоснования нормативных актов. Тбилиси, 1987. С. 14.

субъективацией. Как будет показано далее, отношение лица к своим субъективным юридическим правам и обязанностям (односторонне-нормативный момент правовой субъективации) и правам и обязанностям другого лица (двусторонне-нормативный момент правовой субъективации), формирование той или иной волевой установки по поводу конкретного объекта правовой действительности (например, умысла на совершение противоправного деяния, намерения изменить условия исполнения заключенного договора и т. д.) не всегда связаны с практически выраженным правовым поведением, однако составляют очень важную часть содержания правового существования человека в праве.

В строгом смысле правовое существование можно считать, несомненно, лишь актуализированным процессом.

Правовое бытие – это способ выражения права как явления в целом, который характеризует его с позиции встречи человека в праве с такими составляющими правовой реальности, как норма права и факт правовой жизни независимо от их актуализации.

Понятие «правовое бытие» показывает ту сторону права, которая в рамках общей теории права, как правило, остается за пределами правового анализа. Оно указывает на человекомерный характер права и одновременно позволяет удержать внимание на главном в назначении права с антропологической точки зрения – факте правового существования, ведь право предназначено для человека и общества. Правовое бытие всегда человекоцентрично, значит, экзистенциально. Это не метафизическое, абстрактно понятое бытие права как развергивание его сущности, а человекомерное бытие-действие права, осуществляющееся через человека в праве и через него – самого права как предиката правового существования.

Понятия «правовое бытие» и «правовое существование», как уже было отмечено, концептуальны, взаимосвязаны. Поскольку правовое бытие познается через правовое существование, а правовое существование является ядром бытия права, эти понятия можно соотнести как общее и частное, поскольку они содержательно близки, но в определенном контексте могут быть и взаимозаменяемы, так как выражают разные аспекты проявления одной и той же особенности антропологического понимания права. Так, концептуальное понятие «правовое бытие» подчеркивает онтологический приоритет человека в праве и через него – самого правового бытия над концептуальным понятием «сущность права». Правовое бытие призвано выразить антропологически насыщенную онтологическую полноту права как такового в условиях правовой действительности. Понятие «правовое существование» акцентирует саму необходимость человекомерности реальности права, выражая сам способ пребывания человека в правовой реальности.

2. *Право в контексте антропологического правопонимания подлежит раскрытию через правовую субъективацию.*

Второе положение антропологического типа правопонимания связано с вопросом о том, каким образом возможно анализировать правовое существование.

Относительно общетеоретического понятия «субъект права» следует сказать, что оно не может передать то смысловое содержание, которое призвано отразить антрополого-правовое понятие «правовое существование», поскольку «субъект права» представляет не человека в праве, а только совокупность его юридических качеств и свойств. Субъект права с антропологической точки зрения – это не реальный, а «нормативный человек», *persona*, в правовой действительности всегда представленный в качестве определенной совокупности статутных юридических прав и обязанностей. В случае вступления субъекта права в конкретное правоотношение он также не перестает быть «нормативным человеком», просто права и обязанности приобретают субъективное значение.

Типичная характеристика общетеоретического понимания субъекта права дается Г. Кельзенем: «То, что человек является субъектом права, то есть субъектом обязанностей и прав, означает... лишь то, что содержанием юридических обязанностей и субъективных прав является человеческое поведение. <...> лицо является единством комплекса юридических обязанностей и субъективных прав. Поскольку эти юридические обязанности и субъективные права устанавливаются через нормы права, – точнее, они и являются этими нормами права, – то проблема лица является, в первую очередь, проблемой единства комплекса норм»¹. Иными словами, нормативистский взгляд на человека в праве представляет его только лишь как «комплекс норм» и не более.

Вместе с тем еще Н.Н. Алексеев высказывал критические соображения относительно редукции правового существования человека в правовой реальности. Так, с точки зрения ученого, большинство классических правовых концепций XIX – начала XX в. используют для характеристики человека в праве общепринятый в юриспруденции метод юридической догматики (подробно охарактеризованный в разделе 1). Н.Н. Алексеев с сожалением отмечал, что в рамках этих концепций «юридическому субъекту ничего не остается, как пассивно воспроизводить смысл положительного права путем толкования юридических норм. <...> Юридический субъект постольку и признается существующим, поскольку он таит в себе объективный логос положительно-правовых норм»².

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве / пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лезова. 2-е изд. СПб., 2015. С. 218–219.

² Алексеев Н.Н. Основы философии права. С. 84.

Такова юридическая природа конструкции «субъект права», которая не дает возможности выразить антропологический момент в праве. Впрочем, и в советской юридической литературе этот недостаток концепции субъекта права был известен, что следует признать скорее исключением из правила. Так, Г.А. Нанейшвили, который был увлечен феноменологией еще в 30-х гг. XX столетия, отмечал: «Норма права связана с субъектом лишь как с носителем возможных ценностно-значимых актов. Не мир искусственных единиц, а мир жизнедеятельностных субъектов, мир, который состоит из живых людей, способных совершать ценностные акты, есть тот мир, к которому обращена норма права, или, точнее, долженствующий объект нормы права. Мы говорили о субъекте лишь только как о носителе возможных ценностно-значимых актов, ибо в таком значении *право не создает субъекта, так как жизнь не создается правом* (курсив наш. – В. П.). Именно потому, что эти субъекты жизнедеятельны вне права, их нужно рассматривать как носителей возможных ценностно-значимых актов. Эти субъекты являются «рычагом Архимеда», посредством которого норма права может привести в движение реальный мир. Эти субъекты создают историю правовой жизни»¹.

Таким образом, основания для переосмысления классического понятия «субъект права» закладывались в правоведении еще в первой половине XX в. Однако, как уже было отмечено в предыдущей главе, инерция постсоветского правового мышления и господство догматического правового представления сохраняют классическое понимание субъекта права.

Для характеристики правового существования человека в праве необходимо ввести новое понятие, которое объясняло бы способ существования человека в праве в парадигме не сущности, а энергии. В связи с этим рассмотрим понятие «правовая субъективация», которое также составляет одну из базовых языковых единиц антропологии права.

Под *правовой субъективацией (практиками правовой субъективации)* следует понимать *антропологические практики, правоповеденческие модели формирования человека, в которых и через которые конкретный человек вырабатывает личностно-конститутивное и ценностное отношение к правовой жизни в целом, своему правовому статусу и правовому положению в частности, в том числе и конкретной юридически значимой ситуации, в которой он оказывается.*

Правовая субъективация выступает способом размещения человека в нормативном пространстве в качестве субъекта права. Именно практики правовой субъективации фактически характеризуют правовое су-

¹ Нанейшвили Г.А. Действительность права и опыт обоснования нормативных фактов. С. 30–31.

ществование человека в праве, точнее, той области, которая остается «за фасадом» человека в праве как субъекта права. Правовая субъективация раскрывает «действие права» не через раскрытие его сущности как распространение общеобязательных правил на субъектов права, а через процесс правового существования человека в праве в ситуации встречи с этими правилами, где проявляются личностные характеристики и ценности человека. Именно в связи с личностными характеристиками и ценностями происходит выработка в юридически значимой ситуации субъектной позиции человеком в праве по отношению как к своим правам и обязанностям (односторонне-нормативный момент правовой субъективации), так и к корреспондирующим правам и обязанностям другого лица (двусторонне-нормативный момент правовой субъективации) (подробно об односторонне- и двусторонне-нормативном моментах правовой субъективации см. далее параграф 3.4).

Понятие правовой субъективации отличается от понятия правового существования. Правовая субъективация отражает только внутренний аспект отношения человека к праву и рассматривается как процесс личного конститутивного и ценностного отношения к нему, осуществляющийся на уровне структур личности и отражающийся на поведении лица, в том числе на его правовом сознании. Правовое существование – более широкое по объему понятие, оно, как мы отмечали выше, в основном представляет собой уже актуализированный, выраженный в практическом отношении процесс включения человека в праве в правовую действительность посредством нормы права и факта правовой жизни.

Поэтому правовая субъективация составляет компонент правового существования, следовательно, понятия «правовое существование» и «правовая субъективация» можно рассматривать как общее и особенное.

Понятие «правовая субъективация» будет подробно охарактеризовано в следующей главе.

3. *Правовое существование через правовую субъективацию является залогом совместного правового бытия, со-бытия человека в праве друг с другом.*

Хотя антропология права в отличие от социологии права концентрируется на процессе правового существования человека в праве, тем не менее антрополого-правовая установка также исходит из того, что право по своей идее в большей степени социальный феномен и направлено не только на саму индивидуальную правовую жизнь, но преимущественно на порядок общения между людьми и выработку в связи с этим специальных правил общения. Поэтому в антропологии права исследование правового бытия, понятого как правовое существование человека

в праве, в конечном счете не является самоцелью и методологическим ограничением. Методологический и гносеологический характер исследования может содействовать совершенствованию правовой жизни, правового общения, правового регулирования, чтобы через постоянное соотнесение этой деятельности с ключевым принципом антропологии права – личным правовым существованием как центром правового познания и ключевой ценности права – индивидуальное правовое существование не было редуцировано и поглощено институциональными структурами права. Иными словами, правовое существование, правовое бытие с антропологической точки зрения ориентированы на правовое взаимодействие, которое можно назвать совместным правовым бытием, «бытие с Другим» (с «Другим» в самом широком юридическом смысле) – от субъекта конкретного гражданско-правового отношения до государства в лице конкретного должностного лица (представителя правоприменительного органа).

В современной юридической литературе концепция правового со-бытия в указанном смысле наиболее тщательно разработана А.В. Поляковым в рамках рассмотренной выше концепции правовой коммуникации: именно понятие «правовая коммуникация» выполняет роль смыслового концепта со-бытия в отношении к праву. В целом за некоторыми оговорками данная концепция в части учения о правовом со-бытии согласуется с антропологической точкой зрения. В классической, особенно в советско-марксистской и основывающейся на ее разработках общей теории права, традиционное тщательно разработанное учение о правовых отношениях в общем также соответствует этой мысли, хотя антропологическое содержание марксистской доктрины более узко в сравнении с коммуникативной теорией права (см. гл. 6).

Несмотря на методологическую близость антропологии права и коммуникативной теории права в понимании правовой коммуникации и учения о правовых отношениях, антропология права ввиду специфики ее метода и подхода к исследованию правовой реальности все же рассматривает коммуникативные связи и правоотношения иначе – не с позиции целостности и институциональной концентрации, а с точки зрения их децентрации, определяя правовую коммуникацию и правовые отношения не как главные и цельные образования, а как формы, воспроизводящейся конкретными правовыми существованиями отдельных правовых лиц.

Эта важная методологическая установка антропологии права связана с представлением о формировании человека в праве в процессе правовой субъективации, которая, как мы указали выше, является докоммуникативным процессом. Смысл такого подхода в том, что антропологическое правовое представление предлагает рассматривать право-

вое сообщество, коммуникацию, единую систему правовых отношений как факт дискретности правового бытия, его различия, раз-деленности пространства правовой реальности именно в факте со-бытия, правового со-бытия друг с другом. Возможность быть в-месте, со-обща предоставляется именно фактом разделения правовых существований, и этот факт не должен игнорироваться.

Антропология права именно в этом методологически важном моменте, на наш взгляд, сохраняет свою предметную уникальность и обособленность как от общей теории права, так и от социологии права. Представленная конструкция, несмотря на свою сложность, тем не менее действительно позволяет строго различать, с одной стороны, единичное существование человека в праве, а значит, удерживая человекомерность при анализе правовых связей; с другой стороны, сами правовые связи как институциональные образования (догматические конструкции), в которых человеку предписана вторичная роль. Антропология права согласно своему предмету в первую очередь направлена исключительно на изучение положения человека в праве, а не правовой коммуникации или правоотношения, которые не являются антропологическими конструкциями, хотя и включают в себя такой элемент, как субъект права.

Иными словами, правовое бытие во всеобщем масштабе правовой реальности является правовым со-бытием, однако для антропологии права, равно как и для фактической правовой жизни каждого лица в отдельности, это не означает замещения значения единичного правового существования тотальностью правовых связей и не влечет гносеологического переноса с человека в праве на правовую коммуникацию или правоотношение, которые в силу своих конструктивных особенностей все же нивелируют человекомерность права.

В связи с методологической концентрацией антропологии права на процессе правового существования человека в праве значимыми аргументами для недопущения переноса процесса его формирования с личного правового существования на правоотношения, в которые он вступает, являются положения византийской и в целом восточнохристианской антропологии. Как отмечает Г. Каприев, несмотря на то что лицо, личность всегда предполагает открытость и относимость к другим, тем не менее «...необходимо, чтобы был некий базисный *αὐτός*, от которого исходят отношения (включая отношения с ближними, соседними), и чтобы они были возможны. Но не наоборот. Реляция-*συέσις* не может быть бытийно первичной, поскольку и относимость или отнесенность ипостасей к другим ипостасям – это существенный элемент их полноценного существования. Человеческая ипостась в своей самостоятельной активности, то есть в своем конкретном экзистенциальном присут-

ствии существует в отнесенности: она есть лицо. Указанная релятивность фундаментальна для ее существования. Но по определению она не получает свое бытие из отношения или отношений. И по бытию, и по существованию она есть первично *πρῶτα αὐθόρμηκτον*¹. С.А. Чурсанов также подчеркивает, что «...для западноевропейской философской персоналистической традиции характерно восприятие отношений в качестве первичной онтологической основы человеческой личности. Такой образ мыслей ведет к приобретению понятием общения онтологического приоритета по отношению к понятию личности», что с позиции личностной онтологии неприемлемо и приводит к нивелированию личности как таковой, растворению ее в отношении².

Правовое сообщество в антропологии права рассматривается под углом не институциональности, а персональности – как социальная множественность, складывающаяся из со-бытий правовых существований. Во многом такой подход соответствует методологической позиции гетерологической концепции Уральской школы философии. В частности, как утверждает Т.Х. Керимов, «социальность является уже не объектом или идеей, но со-бытием существований»³. Человек в праве разделяет правовое бытие-с-другими, однако не поглощается им как тотальностью правоотношений или правовых коммуникаций, а *всегда остается в модусе собственного, личного правового существования*. Это принципиальное для антропологии права положение, поскольку в общей теории права, как правило, считается, что субъект права фактически всегда есть субъект правоотношения, а в правовой коммуникации субъект права формируется именно в самом коммуникативном процессе.

Методологическое положение о единичности-множественности правовой реальности является важным для уяснения антропологической точки зрения на человека в праве. Парадоксально, но именно раз-деленность существований, как утверждает А.Е. Смирнов, является условием их тождества в многомерной социальной реальности: «„Децентрация“ влечет за собой не уничтожение субъекта, а кон-центрацию, расположение его в многомерной социальной реальности. Децентрированный субъект возвращается в эту реальность как условие конституирования и восстановления динамических форм, выявления существования такого же децентрированного объекта с присущими ему „режимами бытия“»⁴.

¹ Каприев Г. Ипостась и энергии. С. 125.

² См.: Чурсанов С.А. Лицом к лицу: понятие личности в православном богословии XX века. С. 204.

³ Керимов Т.Х. Неразрешимости. М., 2007. С. 21.

⁴ Смирнов А.Е. Процессы субъективации: теоретико-методологические аспекты. Иркутск, 2011. С. 57.

В связи с этим не только для общеправовой теории, но и для современной юридической практики с целью обеспечения правового порядка и поддержания ценности права в глаза общества актуальными становятся не институционально ориентированные, общесоциальные и универсальные средства праворегилирующего воздействия и правового обучения, а лично направленные, точечные, персональные методы правового воздействия с конкретной формой выражения (персонально ориентированное правовое обучение, правовое просвещение, информирование и т. д.).

В правотворческой деятельности концепция правового со-бытия может использоваться в первую очередь в целях а) обобщения практик правовой субъективации как благоприятных, так и содержащих определенные риски для правового регулирования; б) детального изучения единичных антропологических трендов для последующей работы с ними в процессе их юридизации, разработки проектов нормативных правовых актов, проведения правовых экспериментов и т. д.

Таким образом, именно через правовое существование человека в праве, пусть и в сети правовых коммуникаций или правоотношений, возможно выявить социально-антропологический аспект «режима бытия» права в правовой действительности.

4. *Ориентир для юридической практики и конкретной юридической деятельности – понятие правового бытия, понимаемого как правовое существование человека в праве, а не понятие сущности права.*

Один из основных упреков, адресуемых практиками континентальной системы права юридической догматике, общей теории права, в том числе в части учения о сущности права и его понимании, – упрек в оторванности от жизни, практической неприложимости, даже бесполезности этих доктринальных разработок. Несмотря на вполне естественный разрыв между юридической практикой и доктриной, данные претензии вряд ли можно назвать полностью необоснованными. В конечном счете доктрина всегда должна ориентироваться на нужды юридической практики, объяснять правовую реальность и из этого объяснения давать ей направляющие идеи, снабжать практику эффективными методологическими решениями. Эти требования также совершенно обоснованно могут и должны предъявляться к антропологической концепции права. Ее отказ от установления сущности права и переход к концепции правового существования не освобождает от ответа на вопрос о том, каким образом в таком случае, исходя из идеи правового бытия как практики правового существования, можно получить некоторые руководящие идеи для

юридической практики, которые помогли бы в решении конкретных задач правовой действительности. На что именно в праве должны ориентироваться законодатель в правотворческой деятельности и правоприменитель в процессе реализации права?

Основная идея антропологического анализа права в плане формулирования ряда критериев для юридической практики заключается в том, чтобы через акцентирование правового существования путем обоснования и введения таких новых понятий, как «человек в праве», «правовая субъективация», «правовое бытие», «правовое со-бытие», сделать процесс правового существования сопричастным процессу получения критериев правовой подлинности. Подчеркнем еще раз: согласно антропологическому взгляду на право главное в праве не метафизично, а антропологично. Именно правовое бытие, понятое как способ осуществления права в правовой действительности, в котором одновременно соотносятся человек, норма права и факт правовой жизни, может служить источником для определения адекватной картины главного в праве, критерием обнаружения правовой подлинности. Иными словами, критерии правовой подлинности находятся не в отыскании сущности права, а на границе, пороге соприкосновения практик правовой субъективации, правовых норм и правовой жизни.

Следует еще раз отметить, что сам этот момент, факт встречи этих составляющих правовой реальности не поддается эссенциализации ввиду присутствия в его структуре сверхсубъектного неформализуемого образования – правовой субъективации, и именно поэтому эта точка встречи ни при каких условиях не может рассматриваться как сущность права, как его некое основание. Самый важный вывод, который следует из таких рассуждений, таков: критерии правовой подлинности по своей природе не сущностны, они не имеют топологии, не представляют собой некое априорного основания – *эти критерии собираются в энергийно-антропологической конфигурации правового существования*. Такой вывод связан с тем, что с антрополого-правовой позиции, независимо от степени определенности и глубины пронизывания правовой жизни внесубъектными сущностными образованиями (идея, норма, отношение), устранить процесс формирования человека в праве, его правовое существование из правовой жизни и ее телеологической определенности невозможно. Современный правовед М.И. Пантыкина в связи с таким положением человека в правовой реальности отмечает: «Феноменологическая интерпретация предмета интегративного правопонимания требует соотнесения теоретического познания правовой реальности со стремлением человека, общества к духовно-практическому освоению

действительности. Оно показывает непродуктивность реконструкции сущности права, исходя из предметных оснований, поскольку обнаруживает сущность права „на отрезке“ между конституирующим сознанием в актах предания значения и реальным правовым опытом. Феноменология права и интегративное правопонимание ориентированы на актуализацию права, поиск оснований права в человеческом бытии»¹.

Антропологическое правопонимание весьма значимо и для юридической практики, поскольку само качество правовой жизни, реальной юридически значимой жизненной ситуации всегда зависит не столько от субъекта права, сколько от человека в праве, о чем в общей теории права всегда упоминают, говоря о личности правоприменителя и требованиях к нему². Антропологическое правопонимание переориентируется в поиске главного в праве с сущностных образований, поиска идеальных рецептов в правотворческой деятельности, абсолютизации нормативных возможностей права на саму правовую жизнь, конкретные правовые процедуры и ситуации, в которых норма права сосредоточивается в жизненно-практическом контексте человека, присутствующего в праве.

Характеристики права в антропологическом правопонимании.

Антропология права как новое направление правовых исследований является не только методологической программой, но и правовой теорией со своим специфическим языком и, разумеется, характерными принципами построения дискурса. Благодаря им подчеркивается особый методологический статус антропологии права, из которого вытекают теоретические и практические выводы. Остановимся подробнее на описании данных характеристик.

К основным характеристикам антропологического правопонимания относятся следующие:

- 1) *антропологическая связанность (человекомерность)*;
- 2) *нормативность*;
- 3) *погруженность в правовую жизнь*;
- 4) *динамизм (становление)*;
- 5) *процессуальность*;
- 6) *со-временность*;
- 7) *конкретность*;
- 8) *ситуативность*.

Антропологическая связанность означает, что вся предметная область антропологии права, ее понятийно-категориальный аппарат, все

¹ Пантыкина М.И. Феноменология правовой жизни: методология и социально-философский аспект исследования : автореф. дис. ... докт. филос. наук. Екатеринбург, 2010. С. 22.

² См.: Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. Казань, 1982. 143 с.

элементы правовой реальности в антропологии права связаны с действующим в правовой реальности человеком. Антропологическая связанность отражает принцип человекомерности права, поэтому она может быть еще названа человекомерностью антрополого-правового дискурса, поскольку критерии правового регулирования общественных отношений в антропологии права формируются только в связи с положением человека в праве. Институциональный эффект правового регулирования – например, разработка нормативных правовых актов либо правоприменение при условии соблюдения формально-правового критерия правильности юридических процедур – здесь не приоритетен. Основное внимание в антропологии права направлено на положение человека в праве; право понимается как способ осуществления права в правовой действительности, который одновременно актуализирует такие элементы антропологически представленной правовой реальности, как человек в праве, норма права и факт правовой жизни.

Типичным примером отражения приведенной характеристики антропологии права является анализ учения о соматических правах человека. Несмотря на то что в большинстве европейских государств сегодня легализованы однополые браки и законодательно закреплено право подобных союзов на усыновление и удочерение детей, вряд ли можно говорить, на наш взгляд, о соблюдении принципа справедливости как правовой ценности в отношении традиционной семьи (ведь все типы семей в таком случае уравниваются в правовом статусе) и содействии подобных правовых новелл естественному развитию личности. Такая легализованная антропологическая практика посягает на саму человеческую природу, поэтому сегодня сомнительно, что учение о правах человека сохраняет свою ценность и эффективно выполняет регулятивную функцию.

Нормативность права в антропологическом правопонимании означает, что антропология права признает важнейшую роль нормативной системы права, действующего законодательства. Нормативность права в ее традиционном значении является обязательным компонентом антропологического представления права: норма права включена в антропологический тип правопонимания.

Вместе с тем это не означает, что нормативная система права – место выражения главного в праве: правовая подлинность выявляется в момент соприкосновения человека, нормы и факта правовой жизни. Считаем, что представления о праве в антропологии права вряд ли могут развиваться вне нормативного регулирования либо путем переноса понятия нормативности только на уровень правового сознания субъектов права (как это наблюдается в некоторых других современных концепциях права).

Погруженность в правовую жизнь (или связанность антропологии права понятием юридической практики) означает обязательное рассмотрение права и всех элементов правовой реальности на фоне правовой действительности, то есть в процессе практического осуществления права, под которым понимается не стадия правового регулирования общественных отношений (в традиционном представлении она должна лишь реализовать право, созданное в процессе правотворчества), а, напротив, его довершение только на этапе его осуществления в юридически значимой практике. Право в антропологической концепции рассматривается только практически, не абстрактно.

Динамизм (становление) означает, что право в принципе не может быть стабилизировано через правовую норму, так как согласно антрополого-правовому правопониманию осуществление права всегда сопряжено с человеком в праве. Динамизм здесь характеризует не столько норму права, сколько человека в праве и характер его правового существования. Существование человека в праве всегда представляет процесс правовой субъективации, когда постоянно накапливаются и видоизменяются личностный правовой опыт и личностные правовые ценности. Итак, человек – это не некая сущность, а постоянное существование в правовой реальности.

Процессуальность означает, что в антропологическом правопонимании право не сводится к процессуальности, свойственной традиционной классификации права на материальное и процессуальное. Процессуальность здесь не механизм реализации установленных в материальном праве статутных прав и обязанностей, а процессуальный способ выявления и определения всякого права с антропологической точки зрения. В большинстве случаев процессуальность проявляется через юридико-технические конструкции норм права (относительно-определенные и альтернативные элементы правовой нормы, оценочные понятия, правовые перечни и т. д.), которые должны доопределяться субъектом права. Однако даже в случае и отсутствия таковых право, погруженное в правовую жизнь, приобретает свойство процессуальности в силу действия субъекта права (как правило, лица, применяющего право), который оценивает юридически значимую ситуацию, осуществляя юридическую квалификацию. Пока еще редкие, но получающие все большее распространение случаи опосредования правового регулирования общественных отношений техникой (преимущественно с использованием компьютерной техники, различных программных продуктов, ресурсов Internet и др.), несмотря на, казалось бы, их абсолютно конкретный и точный порядок правореализации вне каких-либо процессуальных мо-

ментов (технические операции в них не включаются), также являются процессуальными. Это связано с тем, что техническое опосредование предполагает, во-первых, момент обжалования, и, во-вторых, за ним всегда стоит конкретное лицо, определяющее функциональные критерии техники и обработку результатов ее работы.

Со-временность означает, что главное в праве в строгом смысле является только в моменте пересечения человека в праве, нормы права и факта правовой жизни. Согласно антропологии права невозможно установить главное в праве (сущность права) вне анализа места человека в праве в конкретной жизненной ситуации, то есть, например, посредством лишь одного рассмотрения начала юридического действия нормативного правового акта.

Конкретность означает, что о праве можно вести речь только относительно конкретного права – конкретной нормы права, конкретного субъективного права и обязанности, института и т. д., но не о праве в целом. Эта особенность связана с требованием антропологии выявлять правовое содержание во взаимосвязи с конкретным человеком в праве – гражданином, должностным лицом (субъектом правоприменения) и т. д. Для правовой антропологии не может быть оценок «право хорошее – правоприменители плохие», либо, наоборот, «правоприменители хорошие – закон плох». Право здесь воспринимается конкретно, с этим связаны и конкретный юридический эффект правового регулирования, и оценка права населением. Однако это не означает нивелирования системности, нормативных свойств права, действующего законодательства, являющихся субстанциальным основанием права.

Ситуативность права означает, что право всегда возникает и развивается в контексте определенной правовой ситуации, случая, факта правовой жизни, в котором находятся человек в праве и норма права. В факт правовой жизни, как правило, включено и другое лицо, воспринимаемое в контексте этого факта. Ситуативность права в рамках антропологического правопонимания не означает, что право как цельное явление становится казуальным и утрачивает системность. Системность права обеспечивается нормативной системой права (системой законодательства, иными источниками права), которая и предполагает соответствующее упорядочение разрешаемых правовых ситуаций. Однако рассогласование порядка разрешаемых правовых ситуаций в рамках одной нормы права, что нередко случается в юридической практике, будет говорить о том, что либо появилась потребность изменения этой нормы права, либо господствующий язык юридической рациональности превалирует над нормативной системой права, либо имеет место проблема с процессом правовой субъективации лиц, осуществляющих правореализацию.

Таким образом, антропологический тип правопонимания представляет весьма перспективное направление развития не только юридической теории, но и юридической практики. Переосмысление классических эпистемологических образований и их ведущей роли в правовом познании с одновременным привлечением новых познавательных ресурсов, дающих возможность приблизиться к непосредственной правовой жизни и актуальной правовой ситуации, приводит к новому пониманию права, обладающему огромным практическим значением. Антропологический тип правопонимания рассматривает правовую реальность с позиции не нормативно заданного субъекта права, а правового существования человека в праве как разворачивания непосредственного опыта правовой жизни, не связанного субъектным редуционизмом. Отказ от традиционного понятия «сущность права» и перенос акцента на правовое существование приводят поэтому к необходимости а) переосмыслить сам процесс правового регулирования общественных отношений как последовательное разворачивание правовой сущности; б) усматривать истоки права в его бытии – правовом существовании человека в практиках правовой субъективации.

Рекомендуемая литература

1. Аристотель. Метафизика. Соч. : в 4 т. / Аристотель ; ред. В.Ф. Асмус. – М. : Мысль, 1976. – Т. 1. – С. 65–368.
2. Архипов, С.И. Субъект права: теоретическое исследование / С.И. Архипов. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 469 с.
3. Байтеева, М.В. Язык и право / М.В. Байтеева. – Казань : Отечество, 2013. – 253 с.
4. Бергер, П., Лукман, Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. – М. : Медиум, 1995. – 323 с.
5. Вышеславцев, Б.П. Значение сердца в философии и религии // Вечное в русской философии / Б.П. Вышеславцев. – Нью-Йорк : Chekhov Publ. House, 1955. – С. 204–217.
6. Вышеславцев, Б.П. Право и нравственность // Этика Фихте. Основы права и нравственности в системе трансцендентальной философии / Б.П. Вышеславцев. – М. : Печатня А. Снегиревой, 1914. – С. 395–437.
7. Голенков, С.И. Понятие субъективации Мишеля Фуко // Вестн. Самар. гуманитар. акад. Сер. Философия. Филология. – 2007. – № 1. – С. 54–66.
8. Дробышевский, В.С., Калинин, А.Ф. Введение в юридическую антропологию: проблемы методологии права. Ч. 1. – Чита : ЧитГУ, 2004. – 135 с.
9. Закомлистов, А.Ф. Юридическая философия. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – 328 с.
10. Дамаскин, Иоанн. Об энергии (действии или деятельности) // Точное изложение православной веры. – 3-е изд. – М. : Изд-во Срет. монастыря, 2009. – С. 204–206.

11. Исаева, Н.В. Правовая идентичность (теоретико-правовое исследование) / Н.В. Исаева. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 416 с.
12. Канке, В.А. Основные философские направления и концепции науки. Итоги XX столетия / В.А. Канке. – М. : Логос, 2000. – 320 с.
13. Касаткин, С.Н. Юриспруденция и словоупотребление: проект юридической догматики / С.Н. Касаткин // Юриспруденция в поисках идентичности : сб. ст., пер., реф. / под общ. ред. С.Н. Касаткина. – Самара : Самар. гуманит. акад., 2010. – С. 10–25.
14. Керимов, Т.Х. Неразрешимости / Т.Х. Керимов. – М. : Акад. проект, 2007. – 218 с.
15. Ковлер, А.И. Антропология права : учебник для вузов / А.И. Ковлер. – М. : НОРМА, 2002. – 480 с.
16. Крупеня, Е.М. Политико-правовая активность личности / Е.М. Крупеня. – М. : Унив. кн., 2009. – 312 с.
17. Максимов, С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С.И. Максимов. – Харьков : Право, 2002. – 328 с.
18. Малахов, В.П. Мифы современной общеправовой теории / В.П. Малахов. – М. : Закон и право, 2013. – С. 143–149.
19. Малахов, В.П. Философия права : учеб. пособие / В.П. Малахов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2007. – С. 188.
20. Муромцев, С.А. Что такое догма права? – М. : Тип. А.И. Мамонтова и К^о, 1885. – 35 с.
21. Нанейшвили, Г.А. Действительность права и опыт обоснования нормативных фактов / Г.А. Нанейшвили. – Тбилиси : Изд-во Тбил. ун-та, 1987. – 103 с.
22. Нанси, Ж.-Л. Сегодня // Ad Marginem'93. Ежегодник Лаборатории посткласс. исслед. ИФ РАН. – М., 1994. – С. 148–164.
23. Овчинников, А.И. Правовое мышление в герменевтической парадигме / А.И. Овчинников. – Ростов н/Д. : Изд-во Ростов. ун-та, 2002. – 285 с.
24. Павлов, В.И. Глобализация, общество постмодерна и национальное право: на пороге новой модели правовой субъективации / В.И. Павлов // Вестн. Акад. МВД Респ. Беларусь. – 2011. – № 2 (22). – С. 172–179.
25. Павлов, В.И. История антропологии права / В.И. Павлов // Социокультурная антропология права / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. – СПб. : Изд. дом Алеф-Пресс, 2015. – С. 10–84.
26. Павлов, В.И. Энергийно-правовой дискурс как постклассическая антропология права. К началам деконструкции классической модели юридической ответственности / В.И. Павлов // Правоведение. – 2012. – № 2. – С. 29–32.
27. Пантыкина, М.И. Феноменология правовой жизни: методология и социально-философский аспект исследования : автореф. дис. ... д-ра филос. наук : 09.00.11 / М.И. Пантыкина. – Екатеринбург, 2010. – 46 с.
28. Пермяков, Ю.Е. Философские основания юриспруденции / Е.Ю. Пермяков. – Самара : Самар. гуманит. акад., 2006. – 248 с.
29. Поляков, А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций / А.В. Поляков. – СПб. : СПбУ, 2004. – 864 с.
30. Пучков, О.А. Антропологическое постижение права / О.А. Пучков. – Екатеринбург : УрГЮА, 1999. – 384 с.
31. Рулан, Н. Юридическая антропология : учебник для вузов : пер. с фр. Л.П. Данченко, А.И. Ковлера, Т.М. Пиньяльвера, О.Э. Залогойной / Н. Рулан. – М. : НОРМА, 2000. – 310 с.
32. Смирнов, А.Е. От субъекта – к существованию / А.Е. Смирнов // Гуманитар. и соц.-экон. исслед. – 2006. – № 5. – С. 29–35.
33. Смирнов, А.Е. Проблема идентичности и субъективации в современном общественном сознании / А.Е. Смирнов // Гуманитар. и соц.-экон. науки. – 2005. – № 4. – С. 12–17.
34. Смирнов, А.Е. Процессы субъективации: теоретико-методологические аспекты / А.Е. Смирнов. – Иркутск : ИЦРВХ СО РАН, 2011. – С. 17–18.
35. Социальная антропология права современного общества / И.Л. Честнов, Н.В. Разуваев, Л.А. Харитонов, А.Э. Черноков. – СПб. : ИВЭСЭП, 2006. – 248 с.
36. Социокультурная антропология права / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. – СПб. : Изд. дом Алеф-Пресс, 2015. – 840 с.
37. Стомба, А.В. Правовая ситуация как исток бытия права / А.В. Стомба. – Харьков : ФО-П Лисак Л.С., 2006. – 176 с.
38. Хайдеггер, М. Бытие и время / М. Хайдеггер ; пер. с нем. В.В. Бибихина. – 2-е изд., испр. – СПб. : Наука, 2002. – 451 с.
39. Хоружий, С.С. Синергийная антропология как новый подход к методологии гуманитарного знания [Электронный ресурс] // Институт синергийной антропологии. URL: http://synergia-isa.ru/?page_id=4301#H (дата обращения: 11.05.2015).
40. Хоружий, С.С. Конституция личности и идентичности в перспективе опыта древних и современных практик себя / С.С. Хоружий // Вопр. философии. – 2007. – № 1. – С. 75–85.
41. Хоружий, С.С. Очерки синергийной антропологии / С.С. Хоружий. – М. : Ин-т философии, теологии и истории св. Фомы, 2005. – 408 с.
42. Честнов, И.Л. Постклассическая теория права / И.Л. Честнов. – СПб. : Изд. дом Алеф-Пресс, 2012. – 650 с.
43. Thomas, Y. Le sujet de droit, la personne et la nature / Y. Thomas // Le Débat. – 1998. – № 100. – P. 85–107.
44. Who comes after the subject? / ed. : Eduardo Cavada, Peter Connor, Jean Luc Nancy. – New York and London : Routledge, 1991. – 258 p.

ПРОБЛЕМА СУБЪЕКТА ПРАВА В СОВРЕМЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ: КЛАССИЧЕСКИЙ И ПОСТКЛАССИЧЕСКИЙ ПОДХОДЫ

Проблема субъекта права является одной из ключевых проблем современного теоретического правоведения. Как было показано в предыдущей главе, субъект права подвергается переосмыслению практически во всех постклассических правовых концепциях, а в традиционных правовых концепциях проблема субъекта права почти не исследуется. На наш взгляд, то, как понимается субъект права, – наиболее яркий методологический маркер, который позволяет различать эпистемологическую принадлежность того или иного подхода в праве, поскольку классическая, новоевропейская правовая методология разрабатывалась на базе определенной картины человека, которая, как уже отмечалось нами выше, стала основанием для всех гуманитарных дискурсов.

Для анализа проблемы субъекта права в современной теоретической юриспруденции необходимо, во-первых, осуществить генеалогическое исследование формирования идей о субъекте права, то есть произвести археологию субъектности права и выяснить, каким образом сформировалось традиционное представление о субъекте права как о человеке в правовой реальности и личности в праве; во-вторых, рассмотреть новые методологические идеи, касающиеся понимания человека в праве, предложенные в последней четверти XX – начала XXI в.; в-третьих, выяснить, как они повлияли на общую теорию права. Наконец, важно отметить перспективы развития в общетеоретической юриспруденции тем субъекта права и личности в праве.

3.1. Археология субъектности в праве.

Историческое формирование классических концепций субъекта и личности в праве

Понятия «субъект права» и «личность» в юридическом дискурсе. В общетеоретическом и отраслевом правоведении, равно как и на уровне законодательства, понятие «субъект права» – наиболее распро-

страненное понятие, характеризующее человека в правовой реальности. Кратко рассмотрим историю становления данного понятия.

Еще со времен древнеримской юриспруденции сложилось так, что понятие «человек юридический», «юридическая личность» (*ius persona*), то есть то, что мы сегодня обобщенно называем субъектом права, – это не только обозначение, наименование человека в праве, но и юридическая категория, в которой отражено понимание того, как человек присутствует в правовой реальности. По утверждению современного итальянского романиста К. Кашоне, используемое в римском праве латинское слово *persona*, «„восполняя“ отсутствие артикля, выражало потенциал абстрагирования, классификации, догматизации»¹, выполняя функцию инструментально-технического представления человека в правовой реальности, тем самым облегчая решение юридических дел в сфере гражданского оборота.

Истоки изначального употребления юридического понятия лица, персоны восходят к древнеримскому религиозному культу – «праву масок» (*ius imaginum*), связанному с погребальным обрядом. Как отмечает Л.Л. Кофанов, «суть права масок заключалась в том, что знатным римским гражданам представлялось право после их смерти провести гражданскую панихиду по ним на римском форуме, то есть при участии всех римских граждан, с хвалебной погребальной речью в их честь, произносимой старшим сыном или ближайшим родственником умершего. После погребения маска покойного с особыми почестями выставлялась в шкафу в атриуме его дома. Впоследствии его маска, как и маски других его именитых предков, участвует во всех погребальных и некоторых других публичных религиозных ритуалах его рода»². Постепенно апелляция к авторитету предков рода, их маскам стало оказывать влияние на статус римской семьи, формирование родового и семейного права и систему наследования. Право знатных римских граждан демонстрировать маски предков имело не частноправовой, а публично-правовой характер, поскольку обладало общегосударственным значением и придавало политико-правовой вес всем членам семьи, имевшим прославленных через *ius imaginum* предков. Л.Л. Кофанов, следуя доводам Дж. Франчози, отмечает, что «*ius imaginum* являлось древнейшим символом так называемой „власти отцов“ *patria potestas*, в архаичном Риме обознача-

¹ Ланца К. Хроника VI научного международного семинара «Римское право и современность» на тему «Индивидуумы и *res publica* от римского юридического опыта до современных концепций. Проблема понятия *persona*». С. 201.

² Кофанов Л.Л. *Persona* и *persona publica* в республиканском Риме // *Ivs antiquvm*. Древнее право. 2010. № 1 (25). С. 34.

шей власть главы римского рода и одновременно представлявшей области как частного, так и публичного права»¹.

Именно в рамках древнего архаичного права масок и была заложена основа формирования римской юридической концепции лица, субъекта права, которая уже к I веку до н. э. отделилась от «права масок», хотя, как отмечает Л.Л. Кофанов, «в течение многих веков *ius personarum* развивалось именно в рамках „права масок“»². По крайней мере, следует признать, что уже в период Законов XII таблиц юридическое понятие *persona* использовалось и в частноправовой, и в публично-правовой сферах.

В дальнейшем юридическая концепция персоны, выделившаяся из права масок, использовалась в римском праве классического и постклассического периодов, после чего довольно долгое время разрабатывалась в рамках континентальной юриспруденции, связанной с феноменом рецепции на Западе римского гражданского права, о котором мы подробно говорили в гл. 1. Поэтому не случайно, что тема субъекта права в основном разработана в цивилистической науке, равно как и представление о человеке в праве как о субъекте права, формируется во всех отраслях права без исключения в основном благодаря римско-юридическим, цивилистическим воззрениям.

Однако наряду с понятием «субъект права» ученые и законодатель используют также понятия «личность», «человек», которые, в отличие от более древнего понятия субъекта права как юридической персоны, сформировались в юриспруденции в более позднюю эпоху – эпоху Нового времени вследствие смены эпистемологической формации.

Если понятие «субъект права» и представление о человеке в правовой реальности как о юридической персоне еще в древнеримском гражданско-правовом обороте использовались инструментально, будучи юридико-техническим средством, облегчающим решение практических задач жизнедеятельности римского общества (следует помнить, что юридическая концепция лица выделилась из религиозного «права масок»), то понятия «личность» и «человек» в эпоху Нового времени были включены в идейно-политический контекст, хотя одновременно выполняли и операциональную нормотворческую функцию в целях обоснования международно-правовых и конституционно-правовых положений.

Во всех новейших европейских правовых концепциях эпохи буржуазных революций, как уже было отмечено ранее, понятия человека и личности применяли и в юридическом, и гуманитарном дискурсе в целом. Личность, человек, его права и свободы признавались в гуманистическом

¹ Кофанов Л.Л. *Persona* и *persona publica* в республиканском Риме. С. 38.

² Там же. С. 40.

мировоззрении высшей ценностью общества и государства, причем личность в указанных концепциях практически отождествлялась с ее правами и свободами (личность в юридическом смысле), и подобное понимание этого понятия широко распространено до сих пор и в юридической литературе.

Сущность человека в новейшем европейском гуманистическом смысле понималась через экономические права и свободы – право частной собственности по Дж. Локку – как дарованная природой абсолютная свобода произвола, охраняемого правом. В целом источником прав и свобод объявлялась природа (*Ius Naturale*), поэтому притязания человека на признание своих прав и свобод анализировались с естественно-правовой точки зрения: «...если отнять у человека право на жизнь, свободу совести и убеждений, безопасность, развитие, уважение человеческого достоинства... и ряд других жизненно важных социальных прав, то человеческая личность просто исчезнет»¹.

Данная новейшая европейская идея личности отождествляет, по сути, три различных по смыслу понятия: 1) «личность человека», 2) «сущность (природа) человека», 3) «права и свободы человека». Личность есть личность в юридическом смысле по преимуществу, и именно поэтому новейшее понимание личности связано в основном с завоеваниями буржуазии по защите своих экономических прав и свобод. Вплоть до середины XX в. в западной гуманитаристике личность понималась так во всех дискурсах. Однако жизнь показала ограниченность и неточность такого толкования: на Западе начался антропологический кризис и в гуманитарных науках появились новые подходы к данному вопросу.

Не теоретическая мысль сама по себе, а именно жизненные события и явления указали на несоответствие классической модели человека его фактическому положению в обществе. Уже в первой половине XX в. на это обратили внимание феноменология, фундаментальная онтология и зарождающийся экзистенциализм. Вторая половина XX в. стала временем социального и антропологического кризиса, что создало почву для рождения феномена постмодернизма.

В чем конкретно выразился гуманитарный кризис на Западе? В области права провозглашались права и свободы личности, декларированные как высшая ценность общества и государства, однако после двух мировых войн стала явственной проблема распада личности, «исчезновения» («смерти») человека, утраты им личностной идентичности и конституции; быстро распространялась идея соматических прав человека; человек утрачивал способность самоидентификации и этической

¹ Рассолов М.М., Малахов В.П., Иванов А.А. Актуальные проблемы теории государства и права : учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 393–394.

определенности, которую еще И. Кант признавал трансцендентальным условием субъекта. Не только юриспруденция, но искусство, медицина, технические науки, экология, природоведение и другие области знания, основанные на новоевропейских установках, столкнулись с утратой методологических ориентиров и понимания телеологии развития своей области знания применительно к феномену человека.

В юриспруденции стала весьма заметной тенденция искажения понимания свободы личности в контексте происходящих глобальных экономических и политических процессов. Ж. Бодрийяр одним из первых заметил, что нередко право уже не столько предоставляет свободу человеку и регулирует отношения в социуме, сколько становится инструментом принуждения к насильственному потреблению свободы¹. Тем самым право само становится своего рода проводником и жертвой потребления, попадает в зависимость от моделей поведения, формируемых обществом потребления. Типичный пример этого – безудержное распространение рекламы как фактора, ограничивающего свободу человека. В современном мире не столько бизнес, реклама, торговля нуждаются в юридической защите, сколько сам человек – в юридической защите от тотальной рекламизации социальной реальности (от права на защиту от рекламы собственного почтового ящика, номера мобильного телефона до экологии городского ландшафта и общественного транспорта). Еще один пример – политизация учения о правах и свободах человека, манипулятивность данного учения². В связи с этим отмечается, что «права человека – это политический инструмент. Они создавались как инструмент свержения английского колониального господства и французского абсолютизма, они и сегодня выступают инструментом политического давления на неудобные режимы вплоть до их вооруженного свержения»³. Следует также назвать еще один наглядный пример – европейский кризис учения мультикультурализма, то есть равенства прав и свобод человека вне зависимости от цивилизационно-культурных факторов (религии, этнической психологии, нравов, традиций и т. д.), что выразилось в проблеме миграции в Западную Европу.

Историко-доктринальное формирование классических концепций субъекта и личности в праве. Следовательно, при исследовании

¹ См.: Бодрийяр Ж. Общество потребления. Его мифы и структуры. М., 2006. 269 с.

² См.: Королев С.В. Апоретика прав человека: против европоцентризма в юриспруденции. М., 1998. 45 с.

³ Пашенцев Д.А. Права человека в системе взаимоотношений государства и личности // Права и свободы человека и гражданина: теоретические аспекты и юридическая практика: материалы ежегодной Междунар. науч. конф. памяти проф. Ф.М. Рудинского, 23 апреля 2015 года / под общ. ред. Д.А. Пашенцева. Рязань, 2015. С. 14–15.

проблемы человека, личности в праве принципиально понимать, что понятие «личность» в пространстве юридического в том смысле, в котором оно используется сегодня, сформировалось в рамках новоевропейской юридической дискурсивной формации. Трактовка личности, сложившаяся в византийском христианском дискурсе, по ряду причин практически не была использована в системе юридического знания, а в эпоху Нового времени богословское понимание человека и личности и вовсе было отброшено. Понятие субъекта права, как уже отмечено выше, формулировалось еще во времена древнеримской юриспруденции.

Анализ лингвосмыслового поля, в контексте которого зарождалось это понятие, показывает, что игнорирование данной познавательной операции может привести к серьезным искажениям в понимании исследуемого явления. Так, несмотря на определенную общность трактовок личности, принципиальны различия между, с одной стороны, пониманием ее в новоевропейском юридическом дискурсе (имеются в виду труды европейских просветителей Г. Гроция, Дж. Локка, Ш.Л. Монтескье) и, с другой – отражением этой темы в религиозной ветви русской философско-правовой мысли ее конца XIX – начала XX в. (Н.Н. Алексеев, Н.А. Бердяев, С.Н. Булгаков, И.А. Ильин, Н.О. Лосский, В.С. Соловьев, С.Н. и Е.Н. Трубецкие и др.). В связи с этим остановимся подробнее на характеристике того, как исторически формировалось понимание личности в новоевропейском юридическом дискурсе.

Уже было отмечено, что в Новое время методологической основой для утверждения нового понимания личности, ее прав и свобод в качестве критерия правового была использована модель субъекта, ставшая эпистемологическим основанием западной мысли в период буржуазных революций. Картезианская модель субъекта *cogito* и модель трансцендентально-этического субъекта Канта определили рациональность и рационалистическую этику в качестве значимой отправной точки любого знания. Человек стал рассматриваться как противостоящий миру субъект, в задачу которого входит познание и преобразование мира. Причем во всех научных дискурсах, в зарождающемся на Западе феномене науки как самостоятельном социальном институте субъект, определяемый как гиперрациональное, становится критерием познания.

Гуманизация эпохи Нового времени как культивирование рациональности человека оказала воздействие и на право: по большей части именно через политико-правовую доктрину шло практическое воплощение нового образа человекомерности как субъектности. В риторике гуманизма о специфическом предназначении человека как высшей ценности общества и государства постулаты субъектной модели были неявно включены в личностную модель. Поэтому просвещенческий гуманизм,

говоря о личности, всегда предполагал специфические характеристики, присущие новоевропейскому типу мышления.

Во-первых, отличительной характеристикой понимания человека в Новое время стало рассмотрение его в плане практического преобразования природы. Ф. Бэкон призывал: «Пусть человеческий род только овладеет своим правом на природу, которое назначила ему божественная милость, и пусть ему будет дано могущество; пользование же будет направляться верным рассудком и здоровой религией»¹. Поэтому человек Нового времени – это человек активный, деятельный, практико-ориентированный, и именно в этом значении он личность. Как отмечает В.М. Розин, в Новое время «субъект конституируется в особой практике – познании, характерном для культуры Нового времени, познании, которое артикулируется и структурируется в плане оппозиции двух начал – человека и мира»². Человек в силу своей разумности господствует над миром. Извлекая из собственной рациональной природы основу для самодостаточного автономного бытия, человек как личность становится универсумом и познавательной машиной одновременно, как говорит В.М. Розин, «он ничем не детерминирован и не обусловлен извне»³. Более того, такой человек выступает уже как «Я» – абсолютная самостоятельная и самоконституирующаяся сущность, то есть в некотором смысле как бог, но как калька субъекта, представляющего мир как объект. По мнению С.Л. Франка, «назначение человека – такова идея, впервые родившаяся в Новое время, совершенно неведомая и невозможная предшествующим тысячелетиям человеческой истории, – в том, чтобы быть самодержавным хозяином своей собственной жизни и верховным властителем мира. Фактически для духовной жизни это означает, что человек осознал себя земным богом»⁴.

В юридическом дискурсе преобразовательная функция личности утверждалась за счет идеи установления разумных начал социальной жизни на правовой основе. Именно право через естественно-правовую доктрину фактически выступило законом природы (*Ius Natura*), заменив средневековый образ божественного устройства мира. Определить правовой механизм жизнедеятельности общества значило выявить сами законы природы, после чего возможно установить идеальный порядок как правопорядок. Поэтому в Новое время уже не Бог и Церковь выступают онтологической скрепой правопорядка – здесь на их место ставятся человек, его права и свободы.

¹ Бэкон Ф. Соч. : в 2 т. 2-е изд., испр. и доп. М., 1978. Т. 2. С. 78.

² Розин В.М. Личность и ее изучение. М., 2004. С. 123–124.

³ Там же. С. 124.

⁴ Франк С.Л. Человек и Бог. Минск, 2012. С. 28.

Во-вторых, еще одна характеристика новоевропейского понимания гуманизма – это особенность превращения человека в субъект: создание предпосылок появления субъект-объектного (классического) типа познания приписывается Р. Декарту. Субъект (от лат. *subjectum* – подлежащее) «есть то, что в каком-то исключительном смысле заранее всегда уже пред-лежит, лежит в основе чего-то и таким образом служит ему основанием»¹. Субъект это не просто человек, субъект в Новое время начинает рассматриваться как основа и исходный критерий познания, который противопоставлен миру – объекту познания и преобразования: так рождается субъект-объектная схема познания. М. Хайдеггер отмечал, что формирование такой роли субъекта в Новое время принципиально связано с освобождением как переопределением существа свободы от прежнего основания – библейско-христианской истины Откровения: на место христианского понимания свободы приходит такая «достоверность, в силу которой и внутри которой он [человек] сам удостоверяется в себе как в сущем, опирающемся таким путем на самого себя»². Вместе с тем, отказавшись от христианского понимания истины, Декарт использует его в своей аргументации о человеке как «Я» *cogito*. Как отмечает Л.А. Микешина, «„Я“ *cogito* Декарта укоренено в идее Бога, удостоверяющего возможность существования достоверного и истинного... Идея Бога [у Декарта] выполняет по существу функцию трансцендентального субъекта, непогрешимого и совершенного „сознания вообще“»³. А.Г. Черняков подчеркивает, что именно в Новое время понятие «субъект» «...постепенно смещается в круг понятий, строго говоря, совершенно иного происхождения: *ego cogitans*, Я, сознание, разум, дух, личность. Между тем изначально не существует никакой необходимой понятийной связи между „субъективностью“ и самостью так или иначе для себя существующего „человека“»⁴: «...После Декарта (и окончательно – после Канта) Я как *substantia cogitans* становится абсолютным субъектом, поскольку все мои представления (а все представления – „мои“) суть мои *определения*... Итак, Я – абсолютный субъект, пришедший на смену „самой вещи“, ибо налицо структуры момента классического понятия субъекта: 1. Я есть одно (самотождественное) во многом, единящая единица, 2. Я есть условие возможности объекта»⁵.

¹ Хайдеггер М. Европейский нигилизм // Проблема человека в западной философии. М., 1988. С. 266.

² Хайдеггер М. Европейский нигилизм. С. 267.

³ Микешина Л.А. Философия познания. Полемические главы. М., 2002. С. 136.

⁴ Черняков А.Г. В поисках основания онтологии: субъект или ипостась? Введение в постановку задачи [Электронный ресурс] // Интернет-портал «Онтологическое общество». URL: <http://www.ontologys.info/seminar> (дата обращения: 28.09.2015).

⁵ Там же.

Субъект-объектная схема познания сказывается в праве на представлении о разумном законодателе и его воле, а главное, на нормативном введении человека в правовой реальности как субъекта в его противопоставлении правовым объектам – прежде всего, иным субъектам права как объектам. Противопоставление субъекта права как разумной сущности иным элементам правовой реальности как объектам выражается в создании такого типа правовой связи субъекта с объектом, в которой их взаимодействие основывается на рациональной корреляции, заданной нормой права. Поскольку норма права есть сама разумная природа и она поэтому истинна и естественна по определению, постольку идеальное взаимодействие субъектов осуществляется только нормативно – через субъективные права и обязанности как точную меру поведения. Подобное взаимодействие является классической моделью правового отношения, которая и есть классическая модель субъекта права как субъекта правоотношения. Традиционное римское частноправовое понятие правоотношения получило в Новое время еще и рациональное обоснование.

Таким образом, субъектно-объектная модель в праве, стабилизированная нормой в правоотношении, способствовала исключению из поля юридических практик реальной динамики межчеловеческих взаимодействий, хотя, конечно, их нюансы всегда присутствовали в правовой действительности и, надо полагать, играли вполне определенную роль в юридической практике. Однако при этом в самой юридической речи, нормативной системе права, основании, фундирующем классический дискурс, эта живая связь отсутствовала.

Классическая модель правового отношения претендует на исчерпывающую характеристику отношений между людьми в правовой реальности. Следует помнить, что такое оформление взаимосвязи субъектов – через правоотношение – имеет в качестве почвы не только римскую, но и новоевропейскую идею священной воли законодателя и предполагает возможность достижения идеального правопорядка на основаниях разумности этой воли, уверенности новоевропейского сознания в естественности законов правового порядка как разумных законах природы и разумности самого человека как субъекта. Наиболее ярко это положение обосновал Ш. Монтескье. И законодатель, и субъект права как объект правового воздействия разумны по своей природе – следовательно, через заданность правовой нормы правовое нормирование возможно как абсолютное, совершенное воздействие, влияние на субъекты права, регулирование отношений между ними.

Человек в праве, таким образом, концептуализируется в Новое время как субъект права – вся человечность как живая динамика отношений в

праве, правовая экзистенция вмещается в субъектность и ничего избыточно человеческого в субъекте быть не должно – в этом нет необходимости. М. Фуко, рассматривая этот процесс как формирование новоевропейской идеи создания идеального правового порядка, назвал его «рождением биополитики»¹. Учеты, процедуры, классификации, регистрации и каталогизации, операционально распространяемые на систему отбора государственных служащих, исправление осужденных, лечение больных и т. п., обеспечиваются нормой как достоверным критерием разумности, установленным субъектом. Через норму задаются критерии истины, валидности субъектности, сам субъект задается нормой; в субъекте человек нормируется, классифицируется, определяется, становится нормальным и разумным. Именно за счет такого типа мышления и эпистемологической установки реальный человек в праве его правовое бытие оказывается репрессированным, скрытым разумностью и нормой. Как отмечает Л.А. Микешина, «субъектом оказывается... не полнота человеческого существования, а *cogito*, наблюдающее, между прочим, и за человеком»².

Таким образом, превратив человека в субъект и, казалось бы, осуществив гуманизацию познания и мира, парадоксально, но человек-субъект со временем потерял из вида не только мир как противоположащий ему объект, но и самого себя. Как писал М. Хайдеггер, «за новую свободу распорядиться истиной-достоверностью субъект расплачивается тем, что, господствуя над мировым объектом, он беспомощен перед судьбой своей собственной субъективности... человек расширяется и вследствие расширения рассеивает, сплюсчивает и утрачивает свое существо»³. Тем не менее в эпоху Нового времени, наряду с формированием нового образа человека как субъекта познания, гуманизированной личности, в юридической традиции одновременно продолжало развиваться и *ius personarum* – римское понимание субъекта права как человека юридического. Таким образом, новое понятие о человеке как субъекте познания, личности стало выполнять концептуальную функцию – декларативно обосновывать гуманистическую ценность человека на программно-идеологическом уровне, а традиционное римское инструментальное понимание человека как субъекта права продолжало выполнять свое техническое предназначение.

Таким образом, в новоевропейском юридическом дискурсе создавалась ситуация двух сосуществующих дискурсов:

1) *дискурса человека, личности в праве* – концептуального гуманистического, новоевропейского, декларирующего права и свободы личности;

¹ Фуко М. Рождение биополитики: курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1978–1979 учебном году / пер. с фр. А.В. Дьякова. СПб., 2010. 448 с.

² Микешина Л.А. Философия познания. С. 137.

³ Хайдеггер М. Европейский нигилизм. С. 306.

2) *дискурса субъекта права* – инструментального, формально-юридического, отвечающего за фактическую операциональную речь о субъекте права с позиции его субъективных прав и обязанностей.

Новоевропейской дискурсе личности, несмотря на свою новизну для континентальной юридической традиции, стал ведущим по сравнению с традиционным римским дискурсом субъекта права, что обусловлено его идейным смыслом и политико-правовой ролью, так как основные конституционно-правовые акты периода буржуазных революций формировались на основе таких идей, как естественные и неотчуждаемые права и свободы человека, общественный договор и естественное право. Иные политико-правовые доктрины стали базой для новой отрасли права – конституционного права, основной формы легитимации новоевропейских правовых концепций. Поэтому парадигмально и методологически именно конституционное право является ключевой отраслью права, связывающей и доктринально, и нормативно ту или иную правовую систему с классической юридической методологией и новоевропейской, либерально ориентированной политикой права. Отказ от новоевропейской правовой методологии в рамках конституционализма приведет к необходимости пересмотра и самого конституционного права, создаст предпосылки для построения новых оснований государственно-правовой жизни, в частности посредством критики и переосмысления ключевых новоевропейских правовых теорий, в первую очередь учения о правах человека¹.

Итак, несмотря на гуманистическую ориентацию правового познания, на то, что в качестве критерия и исходной точки такого познания был поставлен человек в рамках двух вышеназванных дискурсов, практика показала, что в таком понимании человека в праве оказываются неучтенными значимые и реально используемые в процессе правовой жизни антропологические свойства и характеристики. Человек в правовой реальности оказывается усеченным образованием. Несмотря на декларирование личности, субъектности и тотальной гуманизации реальности человек в праве в действительности оказался вытеснен на периферию правового познания.

3.2. Концепция субъекта права в постклассическом правоведении: правовая субъективация

Понятия «правовая субъективация» и «практики себя». Преодоление новоевропейского понимания человека в правовой реальности связано с разработкой постклассической концепции субъекта права. Последняя формируется в рамках постклассической антропологии права,

¹ См.: Муромцев Г.И. Конституционализм: проблемы методологии // Право. Журн. Высш. шк. экономики. 2014. № 1. С. 20–42.

которая была охарактеризована нами ранее при описании базовых единиц энергийно-правового дискурса. Напомним, что антропология права предлагает рассматривать человека в праве не только как субъекта права, фактически нормативного человека, а как комплексное многоуровневое правовое образование, складывающееся из трех слоев, – человек в праве, правовой человек и субъект права.

Человек в праве представляет собой все возможные уровни существования в пространстве юридического; их усматривается всего два – правовой человек и субъект права. Субъект права – это «нормативный человек», наделенный модальностью, заданной статутными и субъективными правами и обязанностями. Понятие «правовой человек» отражает именно новый подход к исследованию субъектности в праве: способ правового существования человека в праве помимо его субъектной определенности, включающий в себя личностно конститутивную и ценностную стороны, влияющие на поведение лица в правовой реальности. Понятие «человек в праве» мы используем в качестве родового понятия, отражающего юридически значимые антропологические характеристики человека.

Вместе с тем понятие субъекта права удобно и понятно для традиционной юриспруденции, хотя оно и ограничивает понимание правовой реальности. Учение о субъекте права разработано довольно подробно, и, самое главное, в общей теории права решен вопрос о способе существования субъекта права в правовой реальности – это нормативный способ существования через определение статутных и субъективных юридических прав и обязанностей субъекта.

Понятие «человек в праве» можно охарактеризовать через упоминавшееся выше понятие «*правовая субъективация*», понимаемое как *антропологическая юридическая практика, модель поведения человека, через которую он вырабатывает личностно-конститутивное и ценностное отношение к правовой жизни в целом*, своему правовому статусу и правовому положению в частности, в том числе и конкретной юридически значимой ситуации, в которой он оказывается.

С методологической точки зрения понятие «правовая субъективация» предназначено для объяснения не формально-юридического, а реального способа размещения человека в нормативном пространстве. Основная цель введения этого понятия – описание надсубъектных антропологических содержаний в праве (правового существования человека в праве), того, каким образом человек позиционируется в нормативном пространстве в качестве субъекта права, то есть правовая субъективация предваряет статус субъекта права и правоотношения. Ее можно охарак-

теризовать как практику отношения человека с самим „собой юридическим“ или по поводу юридического, что является процессуальным образованием, конституирующим реальную правовую жизнь субъекта. Под *юридическим* мы понимаем здесь любой элемент правовой реальности, с которым сталкивается человек в праве, наиболее часто это конкретная юридически значимая ситуация, факт правовой жизни.

Отметим не dogmaticкий характер приведенного понятия применительно к формированию модели человека в праве. Правовая субъективация позволяет категоризировать и использовать в отраслевых юридических науках понятие «человек в праве», как догматика с помощью формально-логических операций познает субъект права в виде «юридического тела». Однако «правовая субъективация» по своему концептуальному устройству не дает возможности технического захвата и предикации человека, как это происходит в случае с «субъектом права». Если понятие «субъект права» означает лишь совокупность прав и обязанностей человека в правовой реальности, то понятие «правовая субъективация» может характеризовать личностно-конститутивное и ценностное содержания человека в праве. Тем самым правовая субъективация может служить основой для разработки новых и пересмотра существующих юридических понятий, моделей (даже конструкций, чувствительных к антропологическому моменту в праве), например: 1) способа выражения личного конститутивного и ценностного отношения лица к совершенному им правонарушению (аналог вины); 2) формирования образа субъекта в различного рода согласительных процедурах в публичном и частном праве; 3) совершенствования отраслевых институтов юридической ответственности на основании той или иной желаемой или фактической модели субъективации и др. Полагаем, что понятие будет продуктивным и при построении общих юридических конструкций (особенно процессуально-отраслевых) – различных фактических составов, в том числе реконструкции состава противоправного деяния и т. д. (см. об этом гл. 5 и 6 о юридической ответственности и проблеме правоотношения).

Следующей значимой характеристикой правовой субъективации является ее взаимодействие с устоявшейся категорией общетеоретического правоведения «*правовое сознание*».

На первый взгляд, в рамках традиционной общеправовой теории по аналогии с характеристикой человека в праве через понятие правовой субъективации можно было бы вести речь о влиянии правового сознания на понятие субъекта права, ведь понятие правосознания также отражает определенное антропологическое правовое содержание. Вместе с тем, как уже отмечалось ранее, теория субъекта права не предполагает

включения такого антропологически ориентированного понятия, как правовое сознание, хотя учение о правосознании входит в структуру классической общей теории права. Учение о правосознании и учение о субъекте права, правоотношения рассматриваются в общей теории права изолированно. В связи с этим тема правосознания в традиционной общеправовой теории остается за пределами учения о субъекте права, в отличие, например, от психологической теории права или коммуникативной правовой теории, где это понятие прямо связано и с учением о субъекте права, и с темой правопонимания.

Как соотносятся правовая субъективация и правосознание?

Правовая субъективация – это способ отношения человека с самим собой юридическим; это определенная практика себя как человека юридического, которая органично связывается с общим строем личностной конституции и внутренней ценностной среды человека, с общим строем его личностного существа. Правовая субъективация – это преимущественно и первично внутренний процесс становления человека юридического, обуславливающий его внешне объективированную деятельность, правовое существование в правовой реальности в целом.

Правосознание же традиционно понимается как «совокупность представлений, взглядов, убеждений, оценок, настроений и чувств людей к праву и государственно-правовым явлениям»¹. Иными словами, правосознание характеризует преимущественно интеллектуальный момент, имеющий в своей основе идеологическое содержание сознания – знание о праве, несмотря на то что обычно правосознанию приписывается и психологический момент. Правосознание есть «непосредственное и опосредованное восприятие правовой действительности в чувственных и мыслительных образах...»², это отражение правовой реальности в сознании человека в праве.

Нельзя не приветствовать попытку ввести в понятие правосознания и понятие «духовность», пересмотреть мировоззренческие основы теории правосознания с точки зрения его духовно-культурологического понимания³. Вместе с тем понятие духовность применительно к праву требует предельной аккуратности в употреблении, тем более если речь идет не об отождествлении духовности и определенных образцов культуры, а о духовности в строгом смысле той или иной духовной традиции (например, восточнохристианской).

¹ Проблемы общей теории права и государства : учеб. для вузов / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2004. С. 384.

² Поляков А.В. Общая теория права. С. 396.

³ См.: Байниязов Р.С. Правосознание и правовой менталитет в России : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2006. 53 с.

Понятия «правовая субъективация» и «правосознание» хотя и близки, но не тождественны по смыслу. Правовая субъективация – это не только отражение в сознании правовой реальности, момент ее интеллектуального восприятия, она есть руководимый самосознанием процесс формирования человека юридического на основе личностных характеристик и воспроизводящихся в повседневности личностных ценностей, которые конституируют человека. Хотя процесс такого личностного конституирования отчасти может носить предметно-осмысленный характер и локализоваться в области правосознания, однако правовая субъективация характеризует более широкое поле явлений, участвующих в производстве субъективности.

В правовой субъективации большое значение играют личностные ценности, которые не дают возможности дифференцировать человека в праве на уровне а) первичного внутреннего отношения к юридическому (человек в праве) и б) его внешнего, формально-правового выражения (субъект права). Правосознание в данном отношении является строго локализованным явлением, которое методологически не связано с характеристикой личностного конституирования человека в правовой реальности и отвечает лишь за осмысленное отношение к юридическому.

Всякое юридическое действие, как и акт правового сознания, осуществляется на базе правовой субъективации. В этом смысле правовая субъективация в некотором смысле до-субъектна и до-коммуникативна, она является платформой, на которой основываются правосознание и вообще всякая юридическая деятельность. Правовая субъективация есть не что иное, как личностно-конститутивная и ценностная реакция человека на юридическое.

Конститутивность и ценность здесь означают постоянные личностные характеристики формирования субъективности и личностности, которые воплощаются не только в правовом сознании, которое есть предметно осмысленное отношение к определенному факту правовой жизни, но в целом в практике существования человека. Это не социально-правовые роли и статусы, а конститутивные содержания личного существования, на базе которых эти роли и статусы возникают и существуют. Именно поэтому правовая субъективация логически и онтологически предшествует правосознанию, прежде всего в части знания о праве, и тем самым отчасти обуславливает его на основании практик личностно-конститутивного и ценностного отношения к правовой жизни. Поэтому нередко правосознание в смысловом отношении не совпадает с правовой субъективацией, что, однако, само по себе не означает нечто негативного. Впрочем, подобное расхождение может приводить, например,

к таким правовым явлениям, как злоупотребление правом без его формального нарушения, сознательное нарушение права при высоком уровне правового сознания (правовой идеологии) и, напротив, соблюдение права при низком уровне правового сознания (правовой идеологии) или соблюдение права при одновременной его критике и негативном к нему отношении и т. д.

Таким образом, правовая субъективация по отношению к правосознанию выступает более фундаментальной антропологической характеристикой, хотя традиционно в общей теории права именно за правосознанием (особенно за таким его элементом, как правовая идеология) закрепляется ведущее место.

Правовая субъективация – это постоянный процесс складывания человека в праве, однако применительно к юридически значимым ситуациям, встречающимся в жизни человека, она представляет собой конкретную последовательность – *процесс развертывания правовой субъективации*.

Развертывание правовой субъективации может быть рассмотрено в связи с реакцией человека по поводу а) факта правовой жизни и б) нормы права.

А. Первичным и наиболее важным моментом правовой субъективации является проявление личностных характеристик и ценностей лица по отношению к факту правовой жизни – к непосредственной данности правовой жизни. Здесь осуществляется вненормативное отношение лица к факту, которое полностью обуславливается практиками себя (М. Фуко) – конститутивными характеристиками лица и его личностными ценностями. Отношение лица к факту детерминировано не столько правосознанием, сколько конститутивными характеристиками лица и его личностными ценностями, тем более что на практике, как правило, лицо не знает о конкретном праве, правомочии. Как правило, это непосредственная личностная реакция на юридическое.

Здесь же фиксируется и отношение к другому лицу, которое обычно рассматривается не автономно, а в контексте факта правовой жизни. Соотнесение личностных характеристик и ценностей лица с фактом правовой жизни происходит в большинстве случаев вне и до связи с нормативной системой права. Это первичный данный опыт встречи с ситуацией, и он осуществляется не на нормативно-правовых, а на личностных конститутивных основаниях.

Б. Приложение личностных характеристик и ценностей лица к норме права (то есть конкретным субъективным юридическим правам и обязанностям лица) имеет место, как правило, уже после выработки лицом конкретного отношения к факту правовой жизни.

Как мы уже отмечали выше, правовая субъективация по отношению к норме права проявляется в двух моментах:

во-первых, при выработке лицом в юридически значимой ситуации личностной позиции по поводу своих субъективных юридических прав и обязанностей. Это *односторонне-нормативный момент правовой субъективации*, который можно выразить суждением «на что я имею право и что я должен»;

во-вторых, при последующей выработке лицом личностной позиции в связи с корреспондирующими юридическими правами и обязанностями другого лица. Это *двусторонне-нормативный момент правовой субъективации*, который можно выразить формулой «что должен в отношении меня другой и что я могу от него требовать».

Оба нормативных момента правовой субъективации реализуются уже с использованием правового сознания лица, формируемого относительно конкретной юридически значимой ситуации конститутивными характеристиками лица и его личностными ценностями.

Односторонне-нормативный момент правовой субъективации, как правило, первичен во времени, и именно в процессе его осуществления личностные содержания и ценности включаются в формирование правовой позиции лица. Двусторонне-нормативный момент лишь отражение первого момента, поэтому он вторичен: как уже отмечалось в параграфе 2.3, всякая правовая связь, правоотношение, правовая коммуникация, несмотря на то что нормы права реализовываются именно в правовом отношении, не устраняют режим персонального правового бытия. Правоотношение всегда рассматривается в контексте дифференциации и выделения личностного правового существования, что и является методологической установкой антропологии права.

Таким образом, на основании развертывания процесса правовой субъективации можно в целом представить *антропологический процесс формирования человека в правовой реальности* следующим образом:

1) формирование личностной конституции и ценности в процессе практик себя (неюридический аспект формирования лица);

2) конститутивное и ценностное распространение личностных содержаний на факт правовой жизни и другое лицо (лица), а также на свои и корреспондирующие субъективные юридические права и обязанности;

3) формирование правосознания (рефлексивной правовой позиции) относительно факта правовой жизни, другого лица, его юридических прав и обязанностей и нормы права;

4) юридически значимые действия лица как субъекта права.

Данный процесс показывает нетождественность правовой субъективации и правосознания как во времени, так и по содержанию. Таким

образом, личностная ценность включается в правовую действительность не через правосознание, а через правовую субъективацию на этапе конститутивного отражения личностной ценности в правовой позиции. На стадии правосознания отмечается синтезированная позиция конститутивно отобранной личностной ценности в ее приложении к норме права, являющейся носителем нормативно выраженной юридической ценности, и факту правовой жизни.

Еще одна принципиальная характеристика правовой субъективации заключается в том, что она синтезирует нравственное и правовое – в этом, пожалуй, ее главное отличие от правосознания. Понятие «правосознание» функционально направлено на выделение юридических содержаний из любых других – нравственных, политических, религиозных и т. д. Традиционно в рамках общеправовой теории наблюдается стремление к достижению высокого уровня правосознания, который свидетельствует о чистоте его юридического содержания и независимости от влияния нравственных, политических, культурных и любых других содержаний. Именно такая чистота юридического содержания правосознания обычно считается показателем правового развития человека, группы или общества в целом. В соответствии с этим фактом в 1990-х гг. были проведены разнообразные опросы общественного мнения с целью изучения особенностей коллективного правосознания населения. После обработки данных анкетирования большая часть представителей научного сообщества сформулировала вывод о том, что и белорусскому, и российскому обществу тотально присущ правовой нигилизм. Заметим, что при этом ни тип правовой субъективации, ни цивилизационно-культурная специфика исследуемых обществ, конечно, не учитывались. Вследствие этого в общетеоретической юриспруденции 1990-х гг. сформировалось мнение о низком уровне правового развития российского и белорусского обществ: им автоматически стала приписываться аксиологическая ущербность – по сравнению с западноевропейским сообществом, которое расценивалось в данном отношении как высокоразвитое. В.П. Малахов справедливо именует такой подход «мифом о правовом нигилизме»¹ и указывает на необходимость размифологизации данного понятия, призывая рассматривать нигилизм как комплексное явление, сочетание негативного и позитивного в восприятии реальной жизни, как факт, свидетельствующий об определенной индикации свободы, гражданской активности. Нигилизм – это не просто отрицание права, но неприятие права в том виде, в каком оно существует².

¹ См.: Малахов В.П. Мифы современной общеправовой теории. М., 2013. С. 143–149.

² Там же. С. 143–144.

Со своей стороны подчеркнем, что формирование мнения о правовом нигилизме, присущем нашему обществу, пришлось на время, когда юридические параметры в структуре социума воспринимались как высшие критерии общественного бытия. Однако при этом не учитывались культурно-исторические особенности нашего общества, не исследовался доминирующий тип правовой субъективации граждан. Процесс воспроизводства социальной реальности рассматривался, главным образом, как процесс юридизации, с которым и связывалось достижение социального благополучия. В реальной жизни все оказалось сложнее.

Антропологически правоповеденческие модели формирования человека имеют единый, целостный и недифференцируемый характер, в них непродуктивно и, более того, невозможно выделять нравственное, правовое, религиозное, политическое и т. д. Еще раз подчеркнем: правовая субъективация – это не отражение сознанием правовой реальности, правовая субъективация – это формирование в человеке личных конститутивных и ценностных содержаний по поводу юридического, конкретного факта правовой жизни с последующим отбором этих содержаний в сферу правового сознания. Главный вопрос заключается только в том, как правовое сознание распорядится этими содержаниями. В связи с этим важно говорить о понятии совести и даже сердца, как это делал в свое время Б.П. Вышеславцев¹. Правовая субъективация фактически производится из структур личности человека, поэтому антропология права признает принципиальным факт синтеза различных антропологических содержаний в процессе правовой субъективации и факт невозможности их автономного существования.

Вместе с тем синтетическая природа правовой субъективации не означает перенесения нравственных содержаний на право как таковое, в ней не смешиваются право и нравственность. Правовая субъективация не тождественна праву, но она связана с процессом правогенеза. Правовая субъективация соотносится с правом через человека в праве, являясь его имманентной характеристикой. Поскольку в антропологической концепции право понимается через комплекс трех составляющих правовой реальности – человека в праве, нормы права и факта правовой жизни, – постольку и правовая субъективация влияет на процесс воспроизводства права.

¹ См.: Вышеславцев Б.П. Значение сердца в философии и религии // Вечное в русской философии. Нью-Йорк, 1955. С. 204–217; Вышеславцев Б.П. Право и нравственность // Этика Фихте. Основы права и нравственности в системе трансцендентальной философии. М., 1914. С. 395–437; Ассессорова А.В. «Философствующий юрист»: метафизика права Бориса Петровича Вышеславцева // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции : в 2-х т. Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права / под ред. М.В. Антонова, И.Л. Честнова. СПб., 2014. Т. 2. С. 404–427.

Согласно антропологической концепции различение по линии «право/не право» обеспечивается нормой права как юридическим субстратом права, а не деятельностью человека в праве.

Хотя норма права, как правило, отражает и сугубо юридическую, и определенную ценностную, нравственную позиции законодателя к регулируемым отношениям путем текстуального закрепления нравственных моделей, тем не менее, с точки зрения антропологии, благодаря именно человеку в праве, который рассматривается в практиках правовой субъективации, ценностные содержания включаются в правовое регулирование общественных отношений, правовую реальность.

Таким образом, правовая субъективация отражает процесс правового бытия как особого способа осуществления права в правовой действительности, раскрывая действие права не через развертывание его сущности, а через процесс правового существования человека в праве.

Правовая субъективация как антропологическая юридическая практика человека в праве разворачивается в поле более широкого круга практик – жизненных *практик себя*, которые уже вне отношения к области юридического являются типом «возделывания» себя в социальном мире. Практика себя, забота о себе выражает, по М. Фуко, некоторую общую установку, определенный взгляд на вещи, способ поведения; это также некоторое особое направление внимания, взгляда; это некие действия, которые производят над самим собой, с помощью которых берут на себя заботу о себе¹. По сути, *практика себя* – это глубоко укорененная в человеке его личностная жизненная стратегия.

Практики себя, задавая общий тип мышления, отношения, понимания человеком себя и мира в целом, безусловно, создают и контекстуальную среду разворачивания практик правовой субъективации (отношение к себе по поводу конкретного юридического). Практики правовой субъективации лица являются составной частью практик себя этого лица.

Помимо практик правовой субъективации и общих практик себя, человек в праве существует и в контексте *дискурсивных юридических практик, господствующих в правопорядке в целом, той или иной сфере юридической деятельности, сфере деятельности конкретного субъекта права (государственного органа, негосударственных субъектов права) как совокупность языковых практик и внешних к ней проявлений – практик языка юридической рациональности, значимого для понимания текста и связанного с ним юридически значимого поведения, формирующих представление о правовой реальности, саму эту реаль-*

¹ См.: Фуко М. Герменевтика субъекта : курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1981–1982 учебном году / пер. с фр. А. Г. Погоняло. СПб., 2007. С. 23.

ность и определяющих способы работы с ней (о дискурсивной юридической практике см. параграф 5.1).

Таким образом, задача разработки постклассической концепции субъекта права в рамках антропологии права – выявить и показать, каким образом происходит реализация возможностей субъекта права на основе его рассмотрения через понятие «человек в праве». Новый теоретический подход к пониманию формирования субъекта права способствует углублению понимания реального проявления действий субъектов права, пересмотру понятия личности в праве с учетом проблем, обозначенных в гуманитарных концепциях личности, разработанных в XX в.

3.3. Концепция личности в праве в постклассическом правоведении

Кризис классической теории правовой личности. Формулирование нового понятия личности в праве связано с пересмотром классической новоевропейской модели личности в целях выявления и введения в юридический дискурс экзистенциальных свойств личности, имеющих юридическое значение. Это означает, что новая модель личности в праве на некоторых новых основаниях формулирует такие традиционные, связанные с человеком и его поведением теоретико-правовые понятия, как правовое поведение, свобода и воля, проявляемые в правовой действительности, и т. д.

Как мы отмечали выше, в эпоху Нового времени условно образовались два дискурса человекомерности в праве – личностный и субъектный. Личностный дискурс обеспечивал концептуализацию понимания человека в праве посредством гуманизации, закрепляя в международно-правовых и конституционно-правовых положениях априорные начала о правах и свободах человека как высшей ценности и цели права, общества и государства. Субъектный дискурс Нового времени реализовывал человеческое измерение в праве в практической юридической деятельности; с учетом господствующего положения юридической догматики как языка права, в силу феномена рецепции римского права он фактически был самостоятелен, независим от личностного гуманистического дискурса. Поэтому личностный дискурс нередко выступал в роли декорации, а в два-три последних десятилетия – в качестве идейного средства для произвольного и конъюнктурного толкования учения о правах и свободах человека. На основании сказанного полагаем, что сегодня вряд ли продуктивно существование концептуального дискурса личности в праве, ядро которого составляет новоевропейское понятие личности и

ее прав, свобод, декларируемых в качестве высшей ценности общества и государства.

Если в эпоху буржуазных революций самоутверждение личности, провозглашение ее прав и свобод послужили закреплению достижений новой эпохи – прежде всего, прав и гарантий нового класса буржуазии, то сегодня реальная действенность декларированных прав и свобод все более снижается, в ряде случаев становясь даже контрпродуктивной. В качестве гипотезы можно допустить, что сегодня более целесообразно перейти к субъектному (операциональному) уровню измерения личности, поскольку, несмотря на провозглашение и примат личностного начала Конституции, конкретное наполнение меры личности всегда обнаруживается на уровне нормативной фиксации личностных возможностей через определение субъекта права. Отслеживание момента воплощения концептуального в операциональном почти всегда проблематично. Иными словами, в классическом дискурсе личности нет реального личностного измерения в смысле экзистенциального проявления личности в праве, его невозможно обнаружить и в нормативном пространстве.

Не только новоевропейское учение о личности, но и в целом новоевропейская модель реализации идеальных целей права через постулирование априорных начал естественного права подвергались критике и по иным основаниям. В частности, Г.Д. Гурвич полагал, что естественное право всегда выводится конкретным лицом не из абстрактного принципа, отвлеченной концептуальной идеи, а из «непосредственного видения реального „нормативного факта“: из действительности той или иной нации, из действительности того или иного социального порядка, из существования данного профсоюза, данной семьи...»¹.

На уязвимость естественно-правового способа правоустановления указывал и российский правовед Н.С. Тимашев, который, выделяя в юснатурализме его прогрессивную версию, основанную на идеях эпохи Нового времени, отмечал возможность ее легкой вульгаризации, особенно в период революций².

Н.Н. Алексеев также обращал внимание, что из положений естественного права «...не только нельзя логическим путем вывести систему положительного права, но и при „конкуренции“ их с различными фактическими содержаниями весьма трудно получить все разнообразие положительно-правовых установлений... Нужно удивляться, что ощущение этой пус-

¹ Гурвич Д.Г. Философия и социология права : избр. соч. / пер. с фр. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. СПб., 2004. С. 161.

² См.: Мережко А.А. Социология права Н.С. Тимашева. Одесса, 2012. С. 145.

тоты основных начал в течение столь долгого господства естественно-правовых учений не проникло в умы настолько, чтобы возникло сомнение в справедливости самой естественно-правовой гипотезы»¹.

Новоевропейский дискурс личности оценивается с критических позиций и в рамках современной теории личности. Так, современный греческий мыслитель И. Зизиулас считает проблематичным декларирование новоевропейской концепции личности, ее прав и свобод в качестве высшей ценности общества и государства в условиях тотального кризиса гуманизма на Западе: «Любое утверждение абсолютной свободы всегда опровергается тем аргументом, что ее реализация вела бы к хаосу. Концепция „закона“ в его как юридическом, так в той же мере и этическом смысле всегда предполагает некоторое ограничение личной свободы во имя „порядка“ и „гармонии“, во имя сосуществования с другими... Концепция личности в очередной раз ставит человеческое существование в тупик – гуманизм оказывается неспособен утвердить личностность»². В современном мире «экзистенциальный набат, страх нигилизма столь сильны, что должны... рассматриваться как основание для придания [ноевропейской] концепции личности относительного характера»³.

Однако вышеуказанные выводы не означают отрицания продуктивности самого гуманистического дискурса, защиты прав и свобод человека. Дело в другом: гуманистический дискурс как нормативная, конституционно-правовая форма реализации учения о личности и человеке, как политика права не должен и не может быть достоверным критерием правового как критерием прямого действия. Ради защиты прав и свобод можно совершать негуманные, неправовые действия, и мы это сегодня нередко наблюдаем. Под предлогом защиты прав и свобод личности сегодня можно наблюдать нарушение принципа государственного суверенитета, грубое вмешательство в дела других государств вплоть до насильственной смены политико-правовых режимов, составление санкционных списков с запретом на въезд лиц в то или иное государство без соответствующей юридической процедуры, права на юридическую защиту в отношении такого решения⁴ и т. д.

¹ Алексеев Н.Н. Основы философии права. С. 115.

² Зизиулас И. Личностность и бытие / пер. с англ. С. Чурсанова // Богосл. сб. М., 2002. Вып. X. С. 42–43.

³ Там же.

⁴ См.: Douhan A.F., Zygojannis Ph.A. Die Staatengemeinschaft und das Kosovo: Humanitäre Intervention und internationale Übergangsverwaltung unter Berücksichtigung einer Verpflichtung des Intervenierten zur Nachsorge, Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften / Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPAC), 19. Jahrgang / Vol. 19. № 2. 2006. P. 141–143; Довгань Е.Ф. Целевые санкции региональных организаций: границы правомерности // Право.бу. 2012. № 3. С. 123–131.

Гуманистический дискурс должен обеспечивать в первую очередь базовый уровень прав и свобод при конструировании конкретных отраслевых субъектных моделей, а как археконцептуализация, универсальный правовой критерий он затруднителен и, полагаем, даже, возможно, опасен. В этом отношении более корректно было бы использовать категории «индивид», «человек», а не категорию «личность», смысловое поле которой оказывается избыточным по отношению к обеспечению базового уровня прав и свобод¹. Однако все вышесказанное имеет отношение к возможностям личностности в классическом правовом представлении.

Постклассическая концепция личности в праве. Как было сказано в предыдущем параграфе, понятие человека в правовой реальности строится на базе нового энергийно-правового дискурса, поэтому и новое понятие личности также должно разрабатываться в соответствии с положениями этого дискурса, то есть понятие «личность в праве» должна соотноситься с принципами новой модели человека и сформулированным выше понятием правовой субъективации.

Классический подход отражает традиционную трактовку личности в праве. Чаще всего учебная, нередко и научная общетеоретическая литература принимает понятие личности как само собой разумеющееся – без обращения к природе личностности в праве², хотя есть и исключения³. Личность в юриспруденции рассматривается в качестве данности ее для права. Методологически обусловленная новоевропейским понятием человека, она характеризует его «как субъекта социокультурной жизни... как носителя индивидуального начала (интересы, способности, устремления, самосознание и т. д.), самораскрывающегося в контекстах социальных отношений, общения и предметной деятельности»⁴. Личность в праве согласно классическому представлению есть «человек, обладающий совокупностью определенных социально значимых свойств, проявляющихся в его отношениях с другими людьми <...> это индивид, сознательно определяющий свое деятельностное отношение к окружающего его миру»⁵. С.Г. Дробязко отме-

¹ См.: Лазарев В.М. Сущность и юридическая природа прав человека: вопросы теории. Волгоград, 2005. С. 4.

² См.: Лившиц Р.З. Права человека // Теория права : учебник. М., 1994. С. 151–169; Магузов Н.И. Право и личность // Общая теория права. Курс лекций / под общ. ред. проф. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 222–246; Нерсесянц В.С. Правовое государство в постсоветской России // Общая теория права и государства : учебник для вузов. М., 1999. С. 329–354.

³ См.: Архипов С.И. Первичные и производные субъекты права // Рос. юрид. журн. 2003. № 4. С. 47–53.

⁴ Новейший философский словарь / сост. А.А. Грицанов. Минск, 1998. С. 369.

⁵ Вишневский А.Ф., Горбаток Н.А., Кучинский В.А. Общая теория государства и права. С. 406–407.

чает, что «юридический аспект личности „вбирает“ в себя все самые значимые грани – естественную (биологическую), социальную, поведенческую, философско-нравственную, политическую и собственно-правовую, выражающуюся в ее юридических правах и обязанностях в духе принципов права»¹. Иными словами, в юриспруденции в основном используется новоевропейское понятие личности, сосредоточивающееся на принципе рациональности и автономности лица, занимающего в социуме активно-деятельностную позицию. Видимо, поэтому в учебной литературе можно встретить утверждение о том, что «не могут признаваться в полном смысле этого слова личностями малолетние, душевнобольные и умалишенные»². Хотя С.Г. Дробязко, напротив, признает ребенка, находящегося в утробе матери, равно как и умалишенного, личностью, исходя из более широкого понимания этого понятия в духе юснатурализма³. Таким образом, личность в праве рассматривается прежде всего в рационалистической и социально-деятельностной парадигмах, это сознательный субъект с определенной социальной позицией.

Как мы уже отмечали ранее, не последнюю роль в формировании подобного понимания личности сыграло влияние средневековой юриспруденции и римско-католической схоластики на развитие континентальной юридической традиции. «Последний римлянин» и «первый схоласт» Северин Боэций (V–VI вв.) полагал, что личность есть «индивидуальная субстанция разумной природы»⁴. Крупнейший систематизатор средневековья Фома Аквинский (XIII в.) в целом следовал понятию личности у С. Боэция и также смешивал понятия из различных онтологий: «Представляется, что лицо есть то же самое, что ипостась, субсистенция и сущность <...> в определении лица следует включать не „природу“, но скорее „сущность“»⁵. Петр Абеляр, идеи которого были во многом восприняты глоссаторами для разработки формально-юридического метода, также воспроизводил трактовку С. Боэцием лица как субъекта-субстанции⁶.

¹ Дробязко С.Г. Личность в праве // Право и демократия : сб. науч. тр. Вып. 16. Минск, 2005. С. 5.

² Вишневский А.Ф., Горбаток Н.А., Кучинский В.А. Общая теория государства и права. С. 407.

³ См.: Общая теория права : пособие / под общ. ред. С.Г. Дробязко, С.А. Калинина. Минск, 2013. С. 163.

⁴ Боэций С. Против Евтихия и Нестория // Боэций С. «Утешение философией» и другие трактаты. М., 1990. С. 172.

⁵ Аквинский Ф. Сумма против язычников. Кн. 1. Пер. и примеч. Т.Ю. Бородай. М., 2004. С. 379–380.

⁶ См.: Абеляр П. Теологические трактаты / сост., пер. с лат., введ. ст., коммент., указ. С. Неретиной. М., 2010. С. 320.

Понимание личности в праве в современных правовых концепциях все чаще основывается на иных методологических основаниях и парадигмах: в частности, оно исходит из иной антропологической модели, которая несет в себе новое понимание личности и человека.

Напомним, что русское слово «личность» этимологически восходит к словам «лик», «лицо»¹. Слово «лицо», «личность» (др.-греч. πρόσωπον) активно употреблялось в античной греческой трагедии, обозначало далеко не то, что под личностью понимается сегодня. Для древних греков слова «лицо», «лик», «личина» выступали в значении театральной маски, указывающей на абсолютную подчиненность человека року, судьбе, космическому порядку. Привычный смысл слова «личность», как уже отмечалось в предыдущей главе, впервые возник в христианской онтологии личности и был связан с формулированием догмата Святой Троицы богословами Каппадокийской школы и позднейшими византийскими мыслителями². Именно в рамках разработки богословской мысли для характеристики персонального бытия и были впервые введены такие специальные персоналогические понятия, как «лицо» (πρόσωπον), «ипостась» (ὕποστασις) и «способ существования» (τρόποι ὑπάρξεως).

Интересно, что латинский аналог греческого слова «лицо», «личность» (πρόσωπον) – слово «persona», через которое С. Боэций на рубеже V–VI вв. и передал смысл греческого термина «личность»³, – гораздо раньше, еще в дохристианскую эпоху, традиционно имел сугубо юридическое значение в рамках римской культурной традиции и получил свое начало из уже упоминавшегося ius imaginum, «права масок» (см. параграф 3.1). Как отмечает И. Зизиулас, римское слово persona означает «роль, которую люди играют, вступая в социальное и юридическое взаимодействие, то есть это субъект моральных или юридических отношений, который ни индивидуально, ни социально не соотносится с онтологическим измерением личности»⁴. Иными словами, эти два понятия – греческое «личность» (πρόσωπον) и латинское «персона» («persona») – были уравнианы на Западе уже в V в., но изначально имели совершенно различное значение и принадлежали разным онтологиям.

Исходный смысл понятия «личность» согласно христианской доктрине означал не что иное, как ипостазирование бытия, придание бытию

¹ Фасмер М. Этимологический словарь русского языка [Электронный ресурс] // Этимология и история слов русского языка. URL: <http://etymolog.ruslang.ru/index.php?act=contents&book=vasmser> (дата обращения: 18.12.2014).

² См.: Зизиулас И. Личность и бытие // Бытие как общение : очерки о личности и церкви / пер. с англ. Д.М. Гзгзяна. М., 2006. С. 26.

³ Социокультурная антропология права / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. СПб., 2015. С. 32–33.

⁴ Зизиулас И. Личность и бытие. С. 29.

персональной характеристики. Через введение в философский язык нового понятия личности были не просто созданы предпосылки для выражения энергийного характера человеческого существования, но был осуществлен методологический поворот от онтологии к антропологии, точнее, онтология стала пониматься антропологически. Ипостазирование бытия, которое ранее в античном мире воспринималось как безличностное бытие, как «бытие вообще», и означает рассмотрение бытия как способ существования личностного характера, то есть личное, ипостасное бытие. Древнегреческое имперсональное понятие «бытие» (τὸ εἶναι) было переосмыслено в бытие лица, личностное бытие¹. С христианизацией традиционного античного дискурса сама личность становится источником и основой бытия: «Природа, сущность, в святоотеческом богословии перестает быть основой, „началом“, бытия. Источником бытия является ипостась-личность, конституирующая бытие, реализующая сущность»². Безусловно, понимание личностного характера бытия было обусловлено христианским пониманием Бога как Личности.

В дальнейшем в византийской мысли IV–XIV вв. последовательно формировались представления о личностном характере бытия через учение о различии природы и личности в Боге и в человеке, через учение о человеческой природе, свободе, воле и т. д. Однако в связи с падением Византии и прерыванием византийской мысли стала господствовать западная мысль с ее тенденцией к эссенциализации познания в силу приоритета схоластического мышления и своеобразно воспринятого учения Аристотеля. Восточнохристианский, византийский антропологический дискурс по понятным причинам находился на периферии западного мышления. Кризис новоевропейского, гуманистического понимания личности, в том числе кризис учения о субъекте, начинается с XIX в., и со второй его половины возникает необходимость нового учения о личности в связи с потребностью рассмотрения экзистенциальных проблем на базе не новоевропейской антропологии.

Сегодня восточнохристианский дискурс личности – актуальная и перспективная антропологическая программа, которая видится альтернативой новоевропейской концепции личности и человека. В ее развитие внесли вклад такие мыслители XX в., как И. Зизиулас, М. Зинковский, Г. Каприев, Ж.-К. Ларше, В.Н. Лосский, П. Неллас, С. Сахаров, Д. Станилоз, С. Танев, Г. Флоровский, С.С. Хоружий, С.А. Чурсанов, Х. Яннарас и др.

¹ Зизиулас И. Личность и бытие. С. 35.

² Шмалый В. Антропология [Электронная версия] // Православная энциклопедия. URL: <http://www.pravenc.ru/text/114070.html> (дата обращения: 31.10.2015).

Полагаем, что в рамках антропологии права использование восточнохристианского дискурса личности и человека конструктивно, так как во многом эта концепция личности оказывается близкой современным философским концепциям о человеке, что видно на примере концепции синергийной антропологии.

Главная тема восточнохристианской антропологии по сравнению с новоевропейским учением о человеке – это четкое различие личности человека и его природы (сущности), а также признание за личностью особого, несводимого к природе способа существования. Принцип энергийности, или характеристика человека через его антропологические проявления, в восточнохристианском дискурсе традиционно раскрывается через понятия «ипостась», «личность» в отличие от таких понятий, как природа (или сущность) человека. Понятия «сущность человека» и «природа человека» в восточнохристианской антропологии тождественны. О.В. Давиденков отмечает, что «у православных авторов эпохи Вселенских соборов понятия „сущность“ и „природа“ если и не являются совершенными синонимами, тем не менее обычно используются как взаимозаменяемые без ущерба для смысла»¹. Впервые это сделали отцы-каппадокийцы, которые в своей триадологии отождествили, с одной стороны, понятия «сущность» и «природа», а с другой – понятия «ипостась» и «лицо»². Таким образом, человеческая сущность, или природа, познается через личность как способ существования с соответствующими антропологическими проявлениями.

Если понятия «личность человека» и «природа человека» принципиально отличаются, то личность не может быть сведена к каким-либо природным свойствам человека, даже к самым высшим из них (разум, воля и др.). Это важнейшее методологическое положение лежит в основе отличия новоевропейского и восточнохристианского понятий личности.

Антропологическое понятие личности на основе различения личности и сущности человека одним из первых осмыслил В.Н. Лосский, который в своем известном апофатическом определении и назвал личностью «несводимость человека к [его] природе»³: личность есть «незыблемое начало динамической и изменяющейся человеческой природы, всегда стремящейся по своей воле к внешней цели»⁴. Современный антрополог П.Ю. Малков отмечает по этому поводу, что личность – это «разумный,

¹ Давиденков О.В. Догматическое богословие : учебное пособие. М., 2014. С. 178.

² Там же. С. 182.

³ Лосский В.Н. Богословское понятие человеческой личности. Минск, 2007. С. 409.

⁴ Лосский В.Н. Очерк мистического богословия Восточной Церкви. Догматическое богословие. Киев, 2004. С. 166.

мыслящий, свободный субъект, определяющий конкретное бытие собственной природы, ею распоряжающийся, содержащий ее в себе и в то же время неотделимый от нее и вообще немислимый в каких-либо самоприродных, самобытийных категориях»¹. По мнению О.В. Давиденкова, «каждый человек представляет собой особый личностный субъект, некое „я“, которое отличает себя как от своей природы, так и от других „я“, является единственным подлежащим всех действий и состояний своей природы, имеет имя собственное и способно вступать с другими „я“ в межличностное общение»². Ю.А. Крамаренко подчеркивает, что «для личности, в отличие от индивидуума... противоположен путь самоутверждения или противоположения по причине ее уникальности и неповторимости»³.

Как видим, приведенные определения личности так же, как и в Новое время, описывают личность через характеристики разумности, воли и т. д., однако базовым для них остается различие личности и сущности человека.

Как уже было отмечено выше, восточнохристианская антропология исходит из положения о тождестве понятий «лицо» и «ипостась». Византийский богослов Максим Исповедник уже в VII в. утверждал, что «ипостась и лицо [суть] одно и то же» («ὁλόστασις καὶ πρόσωπον, ταύτόν») ⁴. Современный болгарский исследователь Г. Каприев замечает, что «отождествление этих двух понятий [лицо и ипостась]... является результатом продолжительного исторического процесса, начавшегося с противопоставления их у Василия Великого и примиряющих формулировок Григория Богослова. Оно попало в формулу халкидонского догмата (εἰς ἓν πρόσωπον καὶ μίαν ὑπόστασιν) и нашло разрешение в приведенном определении»⁵. Известный русский мыслитель Г. Флоровский также подчеркивал, что в Халкидонской формуле «прямо и решительно приравниваются выражения: „одно лицо“ и „одна ипостась“, – ἓν πρόσωπον и μίαν ὑπόστασιν, первое закрепляется и вместе усиливается через второе... описательное „лицо“ переносится в онтологический план: ипостась»⁶.

¹ Малков П.Ю. К вопросу о присутствии в святоотеческом наследии смысловых аналогий понятия «личность» // Тр. ежегод. богосл. конф. ПСТГУ. М., 2007. Т. I. С. 79.

² Давыденков О. Догматическое богословие. С. 185.

³ Крамаренко Ю.А. Личность человека в православном богословии и в психологической науке // Вестн. ПСТГУ. Сер. IV. Педагогика. Психология. 2006. Вып. 2. С. 133.

⁴ Цит. по: Каприев Г. Ипостась и энергии // Тр. Киев. дух. акад. 2014. № 20. С. 122; S. Maximus Confessor. Opuscula theologica et polemica // Patrologia Graeca, ed. J.-P. Migne. Vol. 91. Paris, 1865. Cols. 9–285.

⁵ Каприев Г. Ипостась и энергии. С. 122.

⁶ Флоровский Г. Византийские отцы V–VIII вв. Минск, 2006. С. 29.

В связи со сказанным следует отметить, что сама антропологическая идея различения природы и личности (или способа существования) выступает в качестве своего рода универсального методологического ключа, с помощью которого можно подходить к анализу человека и его проявлений, в том числе и в правовой сфере.

Восточнохристианская антропология позволяет отстаивать и принципиально утверждать личностность каждого человека независимо от его актуального природного состояния, однако не отождествляя ее с сущностью, человеческой природой. Личность здесь имеет значение эмпирического факта, наличной конкретной человеческой ситуации в целом – независимо от нравственного состояния и той или иной антропологической практики, техники жизни, реализуемой человеком. Однако в то же время личностность одновременно есть и некоторая заданность, посыл в отношении вполне определенного способа существования; личность есть также и идеал, а не только ситуация данности человеческого существования, она есть и задание для человека, определенный ориентир человеческого бытия.

Подобной позиции придерживался и Н.Н. Алексеев, отмечавший, что «личность как начало объединения всех возможных актов может быть носителем и положительных, и отрицательных ценностей – и добра, и зла – и различных ценностных модальностей, чувственных и духовных, нравственных и эстетических. Отсюда видно, с какой осторожностью мы должны отнестись к известному утверждению, что личность сама по себе есть ценность и даже высшая из ценностей. <...> Не выходя из пределов взгляда на личность как на носителя возможных актов мы вправе сказать, что она не есть, но только может быть носителем высших ценностей»¹. Это не означает, однако, что человек, направляющий свой способ существования, свою жизнь не к личностному бытию, утрачивает личностность: потенциально она в нем остается всегда через присущие человеку личностные свойства. Однако актуализация этих личностных свойств является делом личностного способа существования.

На основании такого понимания личностности следует вести речь о двух уровнях проявления, двух понятиях личностности человека:

личности идеальной, совершенной, актуальной, достигшей максимально возможного выражения личностных свойств в своей жизни;

личности эмпирической, относительной, являющейся носителем неактуализированных личностных свойств.

А.И. Кырлежев в связи с таким пониманием личности отмечает здесь парадокс: «Личностью может стать только личность... и здесь диалекти-

¹ Алексеев Н.Н. Основы философии права. С. 110.

ка, указывающая на движение, на процесс. Человек уже есть личность, но еще не совсем личность; он должен стать личностью в каком-то более полном смысле, свершиться как личность. И вместе с тем человек всегда личностен, иначе нельзя говорить о росте, о свершении и совершенствовании. Таким образом, одним словом мы называем и то, что еще не достигнуто, и то, из чего исходят»¹.

Эта идея «двух личностей» в восточнохристианской антропологии соответствует традиции понимания соотношения природы и личного существования человека как образа и подобия Бога. Как отмечает В.В. Петров, уже в VII в. в византийском богословии было хорошо известно следующее: «Если данный Богом образ отвечает естеству человека, то подобие присутствует в человеке лишь потенциально. Чтобы раскрыть его, требуются личные усилия субъекта, зависящие от обращенности его намерения (γνώμη) и произволения (προαίρεσις). Если в образе явлен логос природы, то подобие открывает образ жизни, тропос существования. *Подобие слагается из добродетелей*»² (курсив наш. – В. П.).

Антиномия, согласно которой личность одновременно дана и в то же время задана для человека в процессе его существования, имеет большое значение для построения антропологии права: в частности, в антропологии права, где личность в праве рассматривается как заданность определенного способа правового существования и в этом смысле становится антропологическим аналогом новоевропейского понимания идеальной правовой личности, в котором природа и личностные свойства человека не различаются.

Кроме того, выделение в человеке и природы, и личностных свойств позволяет представить правовое существование не просто в контексте энергичной модели человека, как это следует из положений синергичной антропологии, но и с учетом особого состояния человеческой природы (рассогласования ее сил), в котором *человеческое существование всегда имеет место в особой экзистенциальной ситуации – ситуации нравственного несовершенства, нравственной упречности человеческой природы*. Вместе с тем личностное конституирование, движение по направлению к совершенной личности как раз и связано с нравственным восстановлением человеческой природы. Констатация нравственно несовершенного, упречного состояния человеческой природы является одним из основных условий для разработки учения о человеке и личности в праве.

¹ Кырлежев А.И. Проблемы богословского понимания личности // Сб. материалов Междунар. науч.-богосл. конф. «Личность в Церкви и обществе». М., 2001. С. 57.

² Петров В.В. Максим Исповедник: онтология и метод в византийской философии VII века. М., 2007. С. 41.

Нравственная ограниченность человеческой природы выражается в ее своего рода искаженной энергии, неестественном движении: человеческие энергии (антропологические проявления), через которые проявляется природа человека, могут действовать как в направлении упречного, так и личностного способа существования (блага). При этом нравственное несовершенство человеческой природы не означает приписывания ей зла субстанциально – это ее энергичное движение через личностный способ существования вопреки идее блага.

Основное значение в энергичном определении природы человека принадлежит понятию «гномическая воля» – *θέλημα γνωμικόν* (от греч. «γνομη» – выбирать), введенному Максимом Исповедником: «Природная воля (*θέλημα φυσικόν*) есть сущностное тяготение к сообразному по природе [то есть к благу]. Гномическая воля есть свободное стремление помысла (*τοῦ λογισμοῦ*) в обоих [направлениях – к благу или ко злу] и [соответствующее] движение»¹. Современный греческий мыслитель Панайотис К. Христу отмечает по поводу выделения двух волей, что «гномическая воля – это самопобудительный импульс, осуществляющий изменения в любом направлении и являющийся также качеством лица, личности... естественная воля связана с природой и движением, в то время как гномическая воля связана с лицом (личностью) и энергией»². Гномическое качество воли есть свобода выбора, свобода воли, которое сообщено не природе, а личности человека, именно поэтому «для человека формировать свое лицо означает преобразовать... свою естественную волю в гномическую»³.

Итак, гномическая воля представляет собой движение человеческой природы через акт свободного самоопределения. В восточнохристианской антропологии утверждается, что наличие ее у человека, а также возможность выбора между благобытием и злом есть несовершенство, поскольку подлинно свободный выбор есть неизбирательное, не сдерживаемое и не связанное упречным состоянием природы цельное и однозначное, внесомнительное стремление человека к благу. «Γνομη» же предполагает колебание, выбор, самоопределение, которое в самой возможности выбора содержит определенную вероятность ошибки. «По мысли святого Максима, – разъясняет В.Н. Лосский, – эта „свобода выбора“ [гномическая воля] сама уже есть несовершенство, ограничен-

¹ Максим Исповедник. Различные определения / вступ. ст., пер. с древнегреч. и коммент. И.Г. Бея // Тр. Киев. духов. акад. № 20. 2014. С. 112.

² Панайотис К. Христу. Прп. Максим Исповедник о бесконечности человека [Электронный ресурс] // Интернет-портал «Православие.ru». URL: <http://www.pravoslavie.ru/put/nasledie/pchristou-prepmaximis.htm> (дата обращения: 05.12.2015).

³ Там же.

ние истинной свободы: совершенная природа не нуждается в выборе, ибо она знает добро естественным образом; ее свобода обоснована этим знанием. Наш свободный выбор (γνομι) говорит о несовершенстве падшей человеческой природы...»¹. И еще: «Человеческая личность всегда находится перед необходимостью выбора; она идет вперед ошупью. Мы называем эту нерешительность в восхождении к добру „свободой воли“... Познавая и желая по своей несовершенной природе, личность практически слепа и бессильна; она больше не умеет выбирать и слишком часто уступает побуждениям природы, ставшей рабой греха»².

Свобода волевого выбора лежит в плоскости личного бытия, выражаясь через антропологические проявления. Именно с этим положением и связано восточнохристианское учение о страстях – противоестественных, ложно направленных человеческих природных энергиях. Именно поэтому нравственная упречность, проявляемая в человеческом поведении, всегда есть ошибка в свободном волевом выборе человека.

В восточнохристианской антропологии воля однозначно относится к природе, а не личности человека, но выражение человеческой природы возможно только через про-из-воление – волевое самоопределение. В связи с этим свободу волевого выбора иногда называют еще личной или ипостасной волей, ипостасным волением. Так ее называл Иоанн Дамаскин: «Воля иногда означает воление, то есть волевою способность, а иногда желаемое, то есть саму ту вещь, которую мы хотим, – так вот, воление природно, и просто хотеть природно... Желаемое не только природно, но и избирательно, и ипостасно. <...> Способность хотеть и хотение едино и природно, а как и что хотеть, ипостасно и избирательно»³. В связи с этим Д.В. Новиков поясняет: «От природы – само стремление и движение, но какую конкретную реализацию и направленность примет это движение, зависит от человеческой личности. Личность посредством ипостасной воли создает уникальное выражение природному стремлению. Отсюда... ясна важность рассмотрения мотивационной сферы в вопросе личности: потребность как нечто объективное и закономерное относится к сфере природы, в то время как для личности характерен именно мотив как опредмеченная особым и уникальным образом потребность»⁴.

¹ Лосский В.Н. Очерк мистического богословия Восточной Церкви. С. 163 ; Флоровский Г. Византийские отцы V–VIII вв. С. 274–275.

² Лосский В.Н. Очерк мистического богословия Восточной Церкви. С. 164.

³ Прп. Иоанн Дамаскин. О свойствах двух природ во едином Христе. Творения. М., 1994. С. 102.

⁴ Новиков Д.В. Учение о личности в христианском богословии IV–VIII веков // Человек. 2000. № 2. С. 27–37 ; № 3. С. 64–72.

Иными словами, то, что можно называть ипостасной волей, есть своего рода отношение личности к своей природе. Именно с этим и связано понятие зла, которое лежит не в природе, а в личностном произволении человека: зло носит личностный, а не природный характер. По утверждению В.Н. Лосского, зло «становится реальностью только через волю, которая является единственной его субстанцией; именно она дает злу известное бытие»¹. Г. Флоровский также писал, что «зло есть немощь и недостаточность воли. Зло имеет „эллиптический“ характер... Зло не существует о себе. Зло реально в свободном извращении разумной воли, уклоняющейся мимо Бога и тем самым – к не-бытию. Зло есть „не-сущее“, прежде всего именно как это устремление или эта воля к не-бытию... Это есть утрата или ограничение свободы»². О.В. Давыденков отмечает, что «зло есть не природа, а состояние природы или, точнее, состояние воли разумного существа, ложно направленной по отношению к Богу»³.

Однако не только зло, но и благо таким же образом принадлежит не природному, а ипостасному уровню человеческого бытия. Благобытие, нравственное существование в наличной экзистенциальной ситуации человека не может иметь места на уровне его природы, поскольку свобода выбора принадлежит не сущности, а личности человека. Хотя в то же время логос неповрежденной человеческой природы, который отсутствует в обыденном наличном опыте человеческого существования, выражает только благо.

Следовательно, нравственное существование значит личностное существование и наоборот, но личностное только в смысле личности совершенной. Корень личностного и нравственного существования – это свобода человека, которая в восточнохристианской антропологии связывается не с самой возможностью выбора как такового, а ее движением к благу; *свобода* есть личностное самоопределение человека в направлении к благу. В этом понятии свободы – корень понятия личности, в том числе и для существования в правовой реальности.

Поскольку природа человека находится в нравственно ограниченном состоянии, постольку и природные свойства человека нельзя абсолютизировать, что, подчеркнем еще раз, было свойственно гуманистическим правовым концепциям эпохи Нового времени. К природным свойствам относятся не только соматические характеристики человека, его телесный состав, но, как было отмечено ранее, даже такие высшие его проявления, как разум и воля⁴. Г. Каприев утверждает, что для человеческой

¹ Лосский В.Н. Очерк мистического богословия Восточной Церкви. С. 168.

² Флоровский Г. Византийские отцы V–VIII вв. С. 277.

³ Давыденков О. Догматическое богословие. С. 259–260.

⁴ Чурсанов С.А. Лицом к лицу: Понятие личности в православном богословии XX века. С. 204.

природы как разумной природы свойственны «ум или разум, а также воля вместе с неотменимой при ее использовании свободой»¹.

О понятии «воля» следует сказать, что согласно восточнохристианской традиции воля – это присущая природе сила, энергия (δύναμις)². Хотя Максим Исповедник и говорит о «логосах природы», что сама по себе природа человека не является носителем зла, тем не менее экзистенциальная ситуация человека, как отмечалось выше, имеет место в состоянии нравственной ограниченности человеческой природы, которая должна получить личностный способ существования.

Личностное существование в данном случае может быть связано с таким способом существования, при котором проявляются свойства личности и происходит личностное, – значит, прежде всего, свободное определение человеком своей природы в направлении ее к благу. С точки зрения В.Н. Лосского, если личность неотделима от существующей в ней природы, то всякое природное несовершенство, всякое ее «неподобие» ограничивает личность: «Действительно, если свобода принадлежит нам, поскольку мы личностны, то воля, по которой мы действуем, есть свойство природы. <...> Природа хочет и действует, личность – выбирает; она принимает или отвергает то, что хочет природа»³.

Этот важный момент восточнохристианской антропологии подводит к положению о соподчиненности природы и личности человека. Не ипостась человека, не его личность принадлежит человеческой природе, но природа человека принадлежит его ипостаси. Так, П.Ю. Малков отмечает, что «у древних Святых Отцов, действительно, присутствуют свидетельства о том, что природа именно принадлежит своей ипостаси и что ипостась свободно определяет характер и способ бытия этой природы»⁴. На это указывает и византийский мыслитель XIV в. Григорий Палама, приводя следующий аргумент: «Беседуя с Моисеем, Бог сказал не „Я есмь сущность“, а „Я есмь сущий“, не от сущности ведь Сущий, а от Сущего сущность: Сущий объял в Себе все бытие»⁵.

Личностный способ существования человека как нравственное совершенство – это заданный идеальный способ бытия, а проявление природных свойств, даже самого высокого уровня, лишь определенная форма индивидуации, даже при сохранении потенциальной личности

¹ Каприев Г. Ипостась и энергии. С. 126.

² Там же. С. 131.

³ Лосский В.Н. Очерк мистического богословия Восточной Церкви. С. 163.

⁴ Малков П.Ю. К вопросу о присутствии в святоотеческом наследии смысловых аналогий понятия «личность». С. 82.

⁵ Свт. Палама Г. Триады в защиту священно-безмолвствующих / пер. с древнегреч., послесл. и коммент. В. Вениаминова. М., 2005. С. 316.

человека. В новоевропейской модели человека проявление свободы воли было отождествлено с высшим свойством человеческой природы – разумом, присвоением ему как части природы высшего гносеологического критерия без учета фактического упречного состояния человеческой личности. Поэтому и сегодня, когда в европейской юридической практике утверждаются так называемые соматические права (изменение пола, однополые союзы и т. д.), это есть не что иное, как проявление «разумной человеческой природы».

Таким образом, восточнохристианская антропологическая модель, основывающаяся на различении личности и сущности человека, в рамках антропологии права позволяет решить следующие методологические задачи:

1) преодолеть новоевропейское положение о признании неограниченности человеческой природы и ее притязаний на абсолютный произвол, то есть отказаться от признания природных свойств человека как высших личностных свойств и как главной правовой ценности;

2) указать на главную правовую ценность, которой является не сама по себе «разумность человеческой природы», а личностный способ правового существования человека в смысле совершенной личности. Именно такой способ правового существования и должен выступать критерием, ориентиром правового регулирования общественных отношений;

3) определить человека как конституционно-правовую ценность, не рассматриваемую, однако, в качестве главной правовой ценности и идеально заданного критерия правового регулирования, но при этом обеспечиваемую правопорядком как одну из базовых правовых ценностей.

Предлагаемая нами концепция личности для построения правового дискурса не единственная альтернатива классическому дискурсу правовой личности. Отличную от классической трактовку личности давали уже правоведы русского зарубежья XX в., в частности представители Петербургской школы философии права, разработки которых справедливо можно отнести к зарождающимся постклассическим правовым концепциям. Так, Г.Д. Гурвич рассматривал в качестве источника правового – «первичного источника права» – такое специальное образование, как «нормативные факты» (не путать с традиционным понятием юридических фактов), среди которых наряду с «нормативными фактами союза» ученый выделял «нормативные факты отношения к Другому»¹. Нормативные факты отношения к Другому – это, по сути, юридический опыт правоотношения, то есть переживание человека в праве юриди-

¹ См.: Антонов М.В. Мир права Г.Д. Гурвича // Гурвич Г.Д. Философия и социология права. СПб., 2004. С. 35.

чески значимой ситуации относительно другого субъекта права. Такие нормативные факты, с точки зрения Г.Д. Гурвича, являются факторами и источником правогенеза (порождают «индивидуальное право») и содержат в себе юридический опыт правового существования человека в праве (Н.С. Тимашев называет этот опыт правовым переживанием¹), вырабатывающий персональные ценности, а также порождающий интуитивное позитивное право. Кроме того, в отношении к Другому в правовой действительности выявляются и нравственные ценности личности².

Таким образом, Г.Д. Гурвич помещал в право личностные содержания субъектов права, в том числе и персональные, личностные ценности, и юридический опыт правового существования человека в праве, что буквально можно трактовать как присутствие личности в праве в правовом понимании ученого.

Резюмируя рассмотренное понимание личности в рамках восточно-христианской антропологической модели, укажем характерные признаки личности:

несводимость к природе,
свобода и нравственность,
открытость,
творчество,
уникальность,
целостность,
непознаваемость объективирующими методами.

Далее укажем характерные признаки новой (в сравнении с классической концепцией личности в праве) модели личности:

- 1) личность не тождественна сущности (природе человека); личность – это способ существования человеческой природы;
- 2) личность не может быть задана нормативно в силу ее неэссенциальной, энергийной формы бытия;
- 3) личность в силу ее денормативности не может быть задана как формализованный точный критерий истины-достоверности бытия;
- 4) личность в силу особой формы ее бытия не может возникать из социальности – скорее, социальность принадлежит личности;
- 5) человек по отношению к личностной форме бытия в ее идеальном значении изначально неполон, неличностен, хотя у всякого человека есть потенциал личностных свойств;
- 6) ситуация личностной неполноты человека не данность, а экзистенциальное задание по обретению личностной формы бытия;

¹ См.: Тимашев Н.С. Сущность права: по поводу новой книги профессора Г.Д. Гурвича // Гурвич Г.Д. Философия и социология права. С. 811.

² См.: Гурвич Г.Д. Философия и социология права. С. 171.

7) обретение личного бытия, преодоление изначальной неполноты достигается энергийным со-бытием с Другим, которое обладает полнотой бытия.

Таким образом, как мы уже отмечали в параграфе 2.2, личность человека представляет собой несводимую к природе, свободную, сознательную, открытую, творческую, уникальную, целостную в смысле неделимости и нерушимой идентичности, онтологическую основу человека, определяющую способ бытия его индивидуализированной природы¹.

Основываясь на общеантропологическом понятии личности, следует сформулировать и антрополого-правовое понятие *личности в праве* – это *несводимая к природе, свободная, сознательная, открытая, творческая, уникальная, целостная в смысле как неделимости, так и нерушимой идентичности, онтологическая основа человека, определяющая такой способ бытия его индивидуализированной природы, при котором правовое существование человека направляется к справедливости как высшему правовому благу*. Конкретизация понятия справедливости как правового блага будет дана ниже.

Такое понимание личности в праве, сформулированное на основе восточно-христианской антропологии, позволяет выделить в понятии личности важнейшую отличительную особенность по сравнению с новоевропейским аналогичным понятием: личность есть несводимость к природе (сущности), под которой в Новое время понимался преимущественно разум, мышление. Представленное понятие личности дает возможность, с одной стороны, не отказываться от рации, которое проявляется в очевидном для человека сознании, его логосности, словесности, с другой – не отождествлять личность человека исключительно с его сущностью в целом и рациональной природой в частности, то есть воспринимать человека только как рациональную субстанцию.

Сопоставление такого понимания личности в праве с классическим гуманистическим пониманием личности указывает и на другие различия между ними. Классическая позиция выводит личностное начало из природы самого человека, в основном из его разумного начала. Всякий человек как субъект права изначально разумен, а значит, личностен, причем эта личностность рассматривается субстанциально как внутренняя положенность, данность ее субъекту. В Новое время, как мы уже указывали ранее, средства обеспечения личности человека: правовая защита и обеспечение прав и свобод – носили сугубо юридический характер. И именно эта правовая защита личности является основой для конструирования субъектности в праве. Как отмечает

¹ Чурсанов С.А. Лицом к лицу: понятие личности в православном богословии XX века. С. 197–198; Зинковский М. Святоотеческие категории и богословие личности. С. 224–225.

В.М. Розин, «кантианская личность в качестве необходимого условия социализации предполагает европейское право (на основе которого в дальнейшем развиваются собственно „права личности“)»¹. Главное, что классический дискурс личности устанавливает личность как «нормальный и, подчеркнем, *массовый продукт культуры нового времени...* „массовая“ личность движется по „рельсам“, заданным правом и другими культурными нормами...»² [курсив наш. – В. П.].

Современные кризисные тенденции, связанные с проблемами новоевропейского понятия личности как высшей ценности права и государства, проявляющиеся в правовой защите девиантных форм человеческой природы (соматические права человека), подтверждают, что классическое понятие личности сложно использовать для обеспечения базового уровня правовой защиты человека в праве. Ничем не ограниченные притязания человеческой природы могут привести (и уже приводят) к тому, что правовой защите подвергаются явно противоестественные человеческие проявления, причем сегодня, как правило, это происходит именно с помощью интеллекта и техники. Поэтому новоевропейская модель личности сегодня не может выступать в качестве верховного правового принципа построения правовой системы. Более того, личностное начало с позиции права не может, на наш взгляд, быть обязательным антропологическим требованием и защитой, так как в строгом смысле слова личностный способ бытия предполагает стремление к благу как таковому не только в границах права, но в жизни в целом. Требовать от человека, общества только личностного способа бытия правовыми средствами означает насильственно принуждать людей к благу, что уже само по себе благом быть не может. Правомерное поведение может выражать не только личностную форму бытия, но и определенную форму индивидуации. Практики правовой субъективации могут обнаруживаться и в неличностных формах поведения, при этом быть правомерными. Поэтому понятие «индивид», «индивидуальность» не следует отождествлять с понятием «личность», личностностью как антропологической характеристикой. В отличие от личностности индивидуальность характеризует «единичное сущее, рассматриваемое по своей природе, общевалидная для его вида валентность»³: в индивидуальности отражаются природные свойства человека, а не его личностные характеристики, «индивидом есть единичный, отдельный носитель и представитель своей природы... это понятие природного порядка»⁴.

¹ Розин В.М. Личность и ее изучение. С. 131.

² Там же.

³ Каприев Г. Ипостась и энергии. С. 120.

⁴ Там же. С. 119.

Сказанное не означает, что в праве отсутствуют предпосылки для использования личностного способа бытия. Предложенное понимание личности в праве дает основание полагать, что форма личностного правового бытия может и должна в нем использоваться, однако не в качестве концептуализации (например, закрепления априорного правового принципа), а как пример реального опыта правового существования. Такого рода опытом может быть не что иное, как фактический опыт практик правовой субъективации, их порождения, осуществления в правовой реальности, в основе которых лежит именно личностная форма правового бытия в ее идеальном значении.

Личностные формы правового бытия могут выступать эмпирическими критериями, идеальными образцами правового существования, идеальными практиками правовой субъективации в рамках конкретной национальной правовой системы. В ряд личностных форм правового бытия включаются лишь те практики, которые отвечают за формирование нравственно свободных, личностно-бытийных типов правового поведения, основной характеристикой которых является свобода в вышеуказанном личностном нравственном смысле. Такие практики в контексте государственно-правовой жизни приносят мир, социальное согласие, минимизируют периоды нестабильности в развитии общества и государства и т. д. Фиксация и различение опыта всех практик правовой субъективации (как личностных и неличностных) способствуют определению критериев целеполагания для правового регулирования общественных отношений с позиции идеальных целей права, рассматриваемых в антропологическом контексте. В частности, деятельность законодателя должна ориентироваться именно на личностно-бытийные практики правовой субъективации.

Таким образом, для правового регулирования общественных отношений важнейшее значение приобретает антропологическое понятие природы человека, так как оно характеризует факт экзистенциальной ситуации человека и изначально вводит нравственную составляющую в правовую действительность. Понятие личности и связанное с ним понятие гномической воли дают понимание способов взаимоотношения природы и личности человека, имеющего неизменный ценностный характер. Концепция двух личностей – личности идеальной как заданности и личности эмпирической как данности – во-первых, задает критерий и цель правового регулирования общественных отношений, указывая на совершенную личность как на своего рода правовой антропологический эталон; во-вторых, утверждает правовую ценность каждого человека как обладающего уникальностью, достоинством, свободой и другими

личностными характеристиками независимо от их актуализации, при этом не рассматривая понятие «личность» в качестве правового идеала, на конституционно-правовом уровне, а обосновывая ценность каждого человека вне степени актуализации его личностных свойства через учение о личном достоинстве и правах человека.

Практическое использование нового понятия личности в праве.

При разработке постклассической концепции личности в праве важен вопрос о практическом использовании этого понятия в праве, в частности в нормативных правовых актах.

В отличие от гуманистической трактовки личности, основанной на абсолютизации свободы как автономии и личного произвола, нередко позволяющей под прикрытием личностной автономии требовать признания совершенно не обеспеченных какими-либо аксиологическими критериями форм поведения независимо от их отношения к благу, личностность, понятая через свободное, нравственное и конститутивное отношение с собой юридическим, воплощает подлинный опыт правового бытия, направленного к достижению блага.

Операционализировать изложенную концепцию личности в праве возможно, возвратясь к концептуальному дискурсу личности как началу начал, но уже не нормативного, а антропологического свойства.

Именно в этом смысле можно использовать личностность как подлинный антрополого-правовой дискурс для правовой концептуализации нового типа – специальной деятельности по формулированию правовых принципов, ценностей, начал законодательства на основе личностных практик правового существования. Концептуализация поэтому здесь строится на экзистенциальных началах: она не выводится из априорных принципов, а берется из практик правового существования. Сначала законодатель при конструировании правовых норм, затем правоприменитель в процессе их реализации должны ориентироваться на идеальный критерий, которым являются субъектные модели, основанные на правовой субъективации, осуществляющейся на основе личностно-бытийных типов правового поведения, базовой характеристикой которых является свобода в личностном смысле. Для этого необходимо типологизировать данные практики правовой субъективации на уровне национальной правовой системы, конкретизировав благо, понимаемое применительно к каждому типу (роду) таких практик в каждой из отраслевых сфер правового регулирования. Это в свою очередь потребует переосмыслить стратегии правотворческой и правоприменительной деятельности, в частности включить в них техники выявления и фиксации антропологических практик с учетом не только правового пове-

дения, но и практик правовой субъективации как прозрачных матриц складывания субъектов. Необходимо выработать умение осуществлять дескрипцию социального поля как поля господствующих антропологических практик, что само по себе предполагает междисциплинарность познания. Такое исследование позволит исключить декларативность в использовании личностных начал в праве, даст возможность реального прогнозирования последствий принятия нормативных правовых актов с позиции предоставления/ограничения прав и свобод субъектов права, будет способствовать учету цивилизационно-культурной специфики в интерпретации международно-правовой гуманистической концепции личности, конституционно-правовой доктрины в их приложении к национальной правовой системе. Наконец, это будет в целом содействовать антропологизации права.

3.4. Личность в праве в процессе реализации правовых ценностей. Справедливость как базовая антрополого-правовая ценность

Одной из особенностей построения антропологии права является приоритет антрополого-правовой реальности – практики правового существования человека в праве – над нормативной, формально-юридической реальностью. Эта особенность распространяется и на понимание, и на процесс реализации правовых ценностей, которые в антропологии права изучаются в связи с учением о личности в праве.

В классическом юридическом дискурсе реализация правовых ценностей обычно обсуждается в контексте нормативной правовой реальности. Под правовой ценностью (ценностью в праве), как правило, понимается нормативно-правовое закрепление тех или иных общепризнанных положений, отражающих позитивное отношение отдельного человека и общества в целом к правовой системе общества¹. Н. Неновски так характеризует правовые ценности: «Статус ценностей в праве могут приобрести различные факты и явления материального и идеального характера – материальные предметы и блага, общественные отношения, человеческие поступки, волевые феномены (мотивы, побуждения), идеи, идеалы, цели, социальные институты. Они являются правовыми ценностями, поскольку лежат в основе права и правопорядка, они порождают в качестве идеального обоснования нормы права, закрепляются и охраняются правовыми нормами, составляют цель права и его институтов»².

¹ См.: Бабенко А.Н. Правовые ценности и освоение их личностью : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 7 ; Балайц М.С. Фундаментальные правовые ценности современного общества : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 10.

² См.: Неновски Н. Право и ценности / пер. с болг. ; под ред. В.Д. Зорькина. М., 1987. С. 176–177.

В антропологии права вопрос о ценностях в праве решается иначе. В соответствии с антропологическим пониманием права как момента встречи человека в праве, нормы права и факта правовой жизни *реализация правовой ценности* связана, прежде всего, с *выявлением процесса волевого определения человека в праве по отношению к определенному элементу правовой реальности на основании личностного (свободно-го) способа правового существования, направленного на достижение справедливости, а также его выражение в нормативно закреплённом правовом положении*. Иными словами, правовые ценности в антропологии права анализируются не столько на уровне нормативной правовой реальности, сколько на уровне антрополого-правовой реальности, в контексте правового существования человека. На это обращает внимание Л.О. Мурашко: «Ценность всегда антропоцентрична, поскольку оценка явлений материальной и духовной сферы, оценка свойств бытия без человека невозможна»¹. По мнению Н. Неновски, «человек есть центр, средоточие всех ценностей и сам является ценностью в последней инстанции. Этот фундаментальный тезис марксизма действует и в сфере права, и здесь не может быть ценности выше, чем ценность человека»², при том, что существует «объективная социально-классовая обусловленность ценностей в праве»³.

Основной смысл реализации правовых ценностей в антропологии права, таким образом, связывается с тем, что это не столько приложение к жизненной ситуации установленных в источниках права правовых норм-ценностей, сколько *определение ценностного содержания, выявление процесса ценностного позиционирования человека в праве в процессе правовой субъективации, в том числе относительно процесса волевого выбора блага*. Словом, правовая аксиология, рассматриваемая в контексте антропологии права, оказывается включённой в антропологию права и учение о личности в праве как ее составная часть.

В связи с предложенной трактовкой правовой аксиологии особое значение приобретают понятия «природа/личность человека».

С позиции различения природы и личности человека следует сказать, что все антропологические проявления, все энергии человека могут иметь природную детерминированность либо же могут приобретать личностный способ существования через подчинение природы личности и определенное волевое направление личностью своей природы, которая, как мы указывали выше, в актуальной экзистенциальной ситуации сталкивается с собственным нравственным ограничением. Кроме того,

¹ Мурашко Л.О. Правообразование в аксиологическом контексте. Минск, 2012. С. 32.

² Неновски Н. Право и ценности. С. 178.

³ Там же. С. 179.

среди всех антропологических проявлений особое место принадлежит природной энергии воли, которая, как указывалось выше, связывается с понятием гномической, ипостасной воли. Именно эта воля отвечает за реализацию в жизни человека личностного начала через направление гномической воли на благо, добро.

Под *благом* в антропологическом значении мы понимаем направленность человеческого бытия на личностный способ существования через волевое подчинение собственной природы. В наиболее общем смысле благо есть то, что способствует человеку и обществу в целом. Ю.Ю. Ветютнев отмечает, что «применительно к праву можно рассматривать благо как наиболее обобщённый образ социальной ценности <...> благами могут считаться лишь социально полезные явления»¹.

Личностный способ существования, укоренённый в постоянной ориентации на благо, способствует сохранению общества и человека, максимальному устранению социальной конфликтности, мирному сосуществованию членов общества, порядку в отношениях, личному экзистенциальному удовлетворению и т. д.

Вместе с тем традиционная юридическая характеристика блага (или ценности) основывается на институциональном принципе определения блага в юридическом смысле. Благо – это, прежде всего, нормативно определённое основание, норма-ценность, минимально зависящая от личного существования человека в праве. Антропология права связывает понимание блага, равно как и правовой ценности, в большей степени не с институциональным, а личностным принципом выявления и реализации блага, который применительно к деятельности множества субъектов становится благом в собирательном значении – благом в социальном смысле, социальной ценностью. Такая антропологическая трактовка истоков ценностного в праве ставит предел ценностной автономизации права, понимаемого как система норм, и заменяет такой подход пониманием права, а также блага в юридическом смысле благом в экзистенциальном смысле – в контексте правового существования человека в праве. Согласно антрополого-правовым представлениям право как система норм объективного права может рассматриваться лишь в качестве формально-юридического средства, с помощью которого можно создать условия для усиления личностно-бытийных практик правовой субъективации. Однако с помощью того же объективного права как системы норм можно, напротив, и пресекать личностные практики правового существования, что и происходит, например, в случае легализации соматических прав человека, которые очевидным образом направлены на разрушение человеческой личности и идентичности, самой челове-

¹ Ветютнев Ю.Ю. Аксиология правовой формы. М., 2013. С. 102, 114.

ской природы, хотя аргументация в пользу легализации этих прав основывается на необходимости обеспечения свободы личности на основании норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В качестве такого негативного примера можно указать решение Европейского суда по правам человека по делу «Валлианатос и другие против Греции» («Case of Vallianatos and Others v. Greece», №№ 29381/09 и 32684/09), в соответствии с которым законы Греческой Республики, допускающие брачные союзы только как союз мужчины и женщины, были признаны дискриминационными и нарушающими права человека в части ст. 14 («Запрещение дискриминации») и ст. 8 («Право уважения частной и семейной жизни») Конвенции¹. Очевидно, что только сопоставление правового поведения, ставшего предметом спора, с образцами практик правовой субъективации и нового понятия личности в праве сможет прояснить их общую аксиологическую направленность. Практика Европейского суда в данном случае основана на формально-юридическом понимании личности, субъекта права и блага в юридическом смысле, а также логике судей Европейского суда, осуществляющих толкование норм Конвенции. Причем формально-юридическая логика определения блага укладывается и в естественно-правовую, и в нормативистскую, и в социологическую, и в либертарную, и в любую иную классическую концепцию правопонимания. В свою очередь антропологический тип правопонимания определяет правовое поведение с позиции правового существования, поэтому антропологически понимаемое право «может быть представлено как проекция бытия самого человека»² – личностного бытия.

В западной традиции права начиная с эпохи Нового времени вопрос о ценностном волевом проявлении (или свободном, по сути, выборе) никогда не ставился с точки зрения различия действия – либо через выбор несовершенной человеческой природы, либо через ее личностное подчинение. Это, на наш взгляд, обусловлено средневековой интерпретацией понятия личности как «индивидуальной субстанции разумной природы», на что мы неоднократно указывали ранее. Вместе с тем в самих средневековых правовых системах ввиду господства религиозного мировоззрения всякое упречное волевое проявление было связано с действием зла и считалось грехом. Так, Г.Дж. Берман отмечает, что в это время «слова преступление и грех были взаимозаменяемыми. В общем виде все преступления были грехами, а все грехи – преступлениями»³.

¹ См.: Case of Vallianatos and others v. Greece [Электронный ресурс] // Официальный интернет-портал Европейского суда по правам человека. URL: <http://hudoc.echr.coe.int> (дата обращения: 04.02.2014).

² Максимов С. Дуальность права // Право Украины. 2011. № 1. С. 80.

³ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 183.

Т. Валлинга также отмечает, что Фома Аквинский на основании этики Аристотеля и концепции Аврелия Августина сформулировал формально-юридическую концепцию реституции, по которой причинение вреда является грехом (лат. «reccatum» – грех, преступление, прегрешение, проступок) до тех пор, пока вред не будет возмещен¹. В новоевропейской правовой традиции в связи с ее антиклерикальной направленностью на смену этому тезису пришла новая антропологическая модель.

Считаем, что для антропологии права излишне рассматривать процесс реализации правовых ценностей через волевое подчинение упречного состояния человеческой природы личностному способу существования, то есть направленности на благо как таковое. Сам личностный способ бытия стремится к благу, лежит в области нравственности, а не юриспруденции. Конечно, в философско-правовом смысле реализация правовых ценностей может определяться как установка всех человеческих энергий на конституирование совершенной личности, то есть на добро, благо. Подобные идеи высказывал во второй половине XIX в. известный русский философ В.С. Соловьев, в основе правовой концепции которого было заложено стремление права, государства, человека к Абсолютному Добру².

Однако антропологическая концепция права не только философско-правовая концепция, но и учение, рассчитанное на практическое приложение к правовой действительности. Именно поэтому личностное конституирование как направление человеческих энергий к благу как таковому слишком широко, по своему предмету выходящее за рамки области юридического. Тем не менее сами антропологические процессы, в том числе связанные с существованием человека, взаимной расположенностью в нем природных и личностных свойств, выступают методологическим ядром для анализа антропологического механизма реализации правовых ценностей.

Следует сказать, что не все выделенные нами характерные признаки личности или личностные свойства одинаково значимы для правового существования человека. Среди выявленных нами характерных признаков личности в соответствии с предметной спецификой правового регулирования общественных отношений непосредственное значение для права имеют, на наш взгляд, только две личностные характеристики:

свобода,

нравственность (нравственная обусловленность личного существования).

¹ См.: Wallinga T. The Common History of European Legal Scholarship. P. 12.

² См.: Соловьев В.С. Оправдание добра. Нравственная философия. Соч. : в 2 т. М., 1990. Т. 1. С. 47–549.

Эти две личностные характеристики тесно взаимосвязаны в практике человеческого существования: человек, актуально находясь в нравственно несовершенном природном состоянии, имеет гномическую, избирательную волю и вынужден через волевое действие постоянно самоопределять свою свободу – он обречен на свободный нравственный выбор между благом и злом.

Безусловно, с точки зрения правового регулирования и практической нравственности для человека важно избрать благо, осуществить нравственно положительный выбор, который, собственно, и характеризует выбравшую благо волю как нравственно свободную, которая задает совершенный уровень личности человека. В случае же ошибки в выборе, упреčnosti человеческая воля оказывается несвободна, в определенном смысле неличностна. Как мы отметили выше, в эпоху Средневековья в рамках религиозных правовых систем, когда юридическое и религиозное практически отождествлялось, выбор блага всегда воспринимался не только как нравственно положительный, но и как правомерный. И напротив, выбора зла считался нравственной девиацией, нарушением права независимо от дифференциации «светское/религиозное» (согласно известному средневековому принципу «не всякий грех является правонарушением, но всякое правонарушение является грехом»).

Однако в современных условиях выбор, ориентированный на благо как таковое, для сферы юридического слишком широк, поскольку это лишь частный случай выбора блага (вследствие дифференциации религиозного и светского в современном мире). Поэтому антропологический механизм нравственно-психологического выбора, действия в человеке свободы универсален по отношению к правовому регулированию, соотносится как общее к частному, так как нередко человек при выборе правомерного может руководствоваться сугубо нравственными установками, и тогда это уже выбор не правовой, а нравственный, религиозный и т. д. Однако это не означает, что при осуществлении правового выбора с помощью правовой установки (например, ориентация на норму права, последствия, связанные с юридической ответственностью, и проч.) либо при наличии юридически значимого объекта выбора (спор о праве между субъектами гражданско-правового отношения, реализация уголовно-процессуальных отношений и т. д.) сам антропологический механизм свободного самоопределения работает по-другому. Основная задача как раз заключается в том, чтобы определить антропологический маркер юридического выбора в общем процессе самоопределения человека. На наш взгляд, им является *справедливость*, так как она непосредственно связана с определением гномической воли в выборе человеком

блага не в общем смысле, а в смысле непосредственного юридического значения и процесса правового существования.

Справедливость и в классическом юридическом дискурсе (особенно в рамках юснатурализма), и в антропологии права выступает главным правовым благом. Антрополого-правовое значение справедливости заключается, прежде всего, в том, что это *главный критерий личностного конституирования в определении выбора воли человека в праве в пределах правовой реальности*. Именно поэтому выделенные нами две личностные характеристики – свобода и нравственная обусловленность личного существования – связаны с понятием справедливости.

На этом основании следует заключить, что в антропологии права *справедливость представляет собой главную ценность права и юридическую основу формирования личности в связи с существованием человека в праве*. Выступая как правовое благо в антропологическом смысле, справедливость включена в процесс личностного конституирования человека; это ценностное отражение правового в структуре личности, и именно поэтому справедливость как правовое благо связана с правовым существованием человека.

Процесс реализации справедливости как антрополого-правовой ценности предполагает выделение уровней ее проявления, которые в определенной степени могут быть отнесены и к стадиям ее реализации в процессе правового существования.

Можно выделить *три уровня проявления справедливости*:

- 1) *личностную справедливость (справедливость на уровне личного правового существования),*
- 2) *социальную справедливость,*
- 3) *нормативную справедливость.*

Остановимся на каждом уровне справедливости подробнее.

Справедливость на уровне личного правового существования, или личностная справедливость, представляет собой не формальное равенство, обычно рассматриваемое в юриспруденции в качестве равной меры нормативно фиксированных юридических благ – статутных юридических прав и обязанностей, а *отношение человека в праве с «самим собой юридическим»*, то есть процесс внутреннего пропорционально-распределительного отношения, взвешивания, оценки человеком в праве того или иного элемента правовой реальности на основе достигнутого уровня личной свободы. Характерная особенность справедливости на уровне правового существования в том, что она основывается на личной свободе как на овладении личностью своей природой в ее движении к благу, что выражается в практической жизнедеятельности. Однако при

этом справедливость на уровне правового существования не переходит в религиозную, этическую или другую иную плоскость. Именно с этим уровнем справедливости связано обращение законодателя к понятию совести, использованию в правотворческой деятельности конструкции «внутреннее убеждение» и т. д.

Характерной особенностью проявления справедливости на уровне правового существования является то, что она включена в общий процесс существования человека как таковой и в процесс правовой субъективации в частности. Процесс правовой субъективации в данном случае обеспечивает именно юридический, а не какой-либо иной характер личностного уровня проявления справедливости и связан с двуединым нормативным моментом правовой субъективации.

В реализации справедливости на уровне личного правового существования односторонне-нормативный момент правовой субъективации заключается в том, что на основании достигнутого личностного уровня пропорционально-распределительного отношения как такового он оформляет первичную реакцию человека на юридически значимую ситуацию: лицо вырабатывает позицию относительно своих притязаний по поводу права, в том числе и субъективных юридических прав и обязанностей («на что я имею право и что я должен»).

Чтобы говорить о справедливости как правовой ценности на этом уровне, она должна основываться на личностном способе правового существования, стремлении человека к благу в самом широком смысле, хотя само направленность к совершенной личности, как мы уже отметили выше, для сферы права не является обязательным условием. Впрочем, если это и так, то отсутствие в практике существования связи справедливости (как пропорционально-распределительной оценки права) с личностным способом существования не может быть надежной гарантией формирования правомерного поведения и вслед за нравственной упречностью может привести к нарушению права, то есть к несправедливости. Более того, скажем конкретнее: справедливость на уровне правового существования в качестве правовой ценности может иметь место *только* в опоре на личностный способ существования как таковой, хотя сама справедливость на этом уровне остается категорией правовой, а не нравственной (точнее, она имеет синтетический, нравственно-правовой характер). Процесс же личностного конституирования, борьбы человека за личностный способ существования, совершенную личность – это не правовой, а нравственный момент.

Справедливость как необходимый минимум нравственности для правовой жизни рассматривал Г.Д. Гурвич. Ученый считал справедливость единственным конститутивным признаком права: «Именно глу-

бое и неизбежное расхождение между гармонией морального идеала и дисгармонией действительной жизни ставит проблему справедливости. <...> Справедливость предполагает человеческое несовершенство, разрыв между моральным идеалом и эмпирической действительностью, для которых справедливость служит посредником, готовя почву для осуществления нравственности»¹. Данное утверждение мыслителя представляется верным, так как в случае достижения совершенной личности в правовом существовании это состояние для конкретного человека перестает быть актуальным в силу достижения им нравственного совершенства и идеального уровня диалогичности, а это исключает какое-либо обращение к пропорционально-распределительной оценке правовой действительности. Однако это удел только совершенных личностей, которые практически полностью подчинили свою природу личностному началу. В правовой же действительности, как мы уже говорили ранее, актуален обычный, эмпирический человек, который вынужден вести борьбу за личностный способ существования.

Н.Н. Алексеев отмечал личностный характер справедливости как правовой ценности: «Воплощаться справедливость может прежде всего в личности, оттого она и является одной из добродетелей. С точки зрения носителя справедливость есть личная ценность»². Также он подчеркивал: «Нормальная правовая система должна предполагать, что установленный ею объективный порядок справедливости находит какое-то отражение во внутренней духовной жизни членов правового общения, что этот порядок согласуется как-то с справедливостью как внутренней добродетелью. <...> В нормальной и здоровой правовой системе внешнему статусу справедливости должен соответствовать внутренний статус добродетели. И мы думаем, что ошибочно называть его минимумом нравственности. Внутренняя справедливость есть самостоятельная стихия, представляющая совокупность своих особых отношений и связей»³.

Значение справедливости как правовой ценности правового существования переоценить невозможно. В случае проявления справедливости в личностном способе существования человек будет подходить к оценке правовой реальности не столько с формально-правовых позиций, сколько ориентируясь на благо. Это позволит исключить возможность монополизации понятия правового блага со стороны государства, равно как и со стороны некоторой обобщенной социальной группы, партии, движения, организации либо априорного принципа, который может подвергаться конъюнктурной интерпретации и выдаваться за благо. Закре-

¹ Гурвич Г.Д. Философия и социология права. С. 129–132.

² Алексеев Н.Н. Основы философии права. С. 117.

³ Там же. С. 120–121.

пление на уровне законодательства уже упоминавшихся нами соматических прав вряд ли будет признано справедливым, если, например, будут формально уравнены с практической точки зрения ассоциированные союзы, так называемые однополые браки – и традиционные семьи. Такие законодательные новеллы прямо противоречат понятию личностного способа существования, а значит, и справедливости как главной правовой ценности. Именно поэтому мы полагаем, что в антропологии права отношение «от свободного нравственного выбора – к справедливости» и есть благо в юридическом смысле в самом абстрактном выражении.

Справедливость на уровне личного правового существования характеризуется тем, что она еще не связана с нормативной системой права и не переходит в область социального, а включена в общую жизненную стратегию, практику правового существования человека в праве.

2. *Социальная справедливость* – это второй уровень проявления справедливости; она логически и онтологически следует за личностной справедливостью. Социальная справедливость – это уже не «отношение с самим собой юридическим», а самоопределение человека в праве по отношению к правовой реальности как таковой, в частности по отношению к Другому. Здесь выражается традиционный юридический момент определения способа отношения к другому лицу, происходящий, как правило, в контексте юридически значимой ситуации. Поэтому в праве в основном речь идет о социальной справедливости как об отношении к Другому, выражением чего и служит одна из ключевых конструкций правоведения – конструкция правового отношения. Множество таких отношений в рамках правового сообщества и являют собой социальную справедливость как некоторую обобщенную среднюю меру пропорционально-распределительного отношения к Другому, существующему в том или ином обществе.

В связи с тем что антропологическом подходе к праву акцентируется рассмотрение права в момент встречи человека в праве, нормы права и факта правовой жизни, то социальный аспект справедливости не ограничивается только отношением к другому лицу, представляя собой сформировавшееся на основе личностной справедливости пропорционально-распределительное отношение и оценку человеком а) факта правовой жизни и, как правило, включенного в него другого лица и его правомочий; б) нормы права.

Отметим, что пропорционально-распределительное отношение человека в праве к факту правовой жизни и другому лицу, с которой связана та или иная юридически значимая ситуация, и отношение к норме права, рассчитанной на правовое разрешение этой ситуации, обусловле-

ны процессом правовой субъективации. Личностное проявление справедливости и социальная справедливость также формируют позиции лица, но относительно не своих притязаний, а корреспондирующих юридических прав и обязанностей другого лица («что должен в отношении меня другой и что я могу от него требовать»). Поэтому правовая субъективация на уровне социальной справедливости в отличие от личностной справедливости носит *двусторонне-нормативный*, своего рода *диалоговый характер*. Очевидно, что двусторонне-нормативный момент правовой субъективации социального уровня проявления справедливости, как правило, логически следует за ее односторонне-нормативным моментом, поскольку последний непосредственно вытекает из практики правового существования лица и практики жизни в целом.

Таким образом, социальная справедливость есть отношение к другому лицу с позиции пропорционально-распределительной оценки блага, которое, однако, обнаруживается уже после актуализации справедливости на уровне личного правового существования. Именно социальная справедливость в праве имеет наибольшее значение с позиции отражения ее в конкретных формах юридической деятельности. В частности, в самом общем виде социальная справедливость в праве проявляется как принцип, закрепленный на уровне законодательства, и как принцип правоприменительной деятельности¹.

О социальном уровне выражения справедливости следует сказать, что она во многом дополняет первый уровень и непосредственно отвечает за формирование субъекта права. Безусловно, в правовой действительности невозможно четкое разделение уровней справедливости, и они выделяются с целью научного анализа. Личностный уровень справедливости, например, – это длящееся состояние, он продолжает быть актуальным на протяжении всей правовой жизни лица. Однако социальный уровень справедливости по своему юридическому значению все же более широк по охвату элементов правовой реальности. На уровне социальной справедливости продолжается процесс внутреннего личностного осмысления человеком элементов правовой реальности, и здесь же реализуется пропорционально-распределительное отношение и к себе, и к другому субъекту права, норме права, факту правовой жизни. С одной стороны, на уровне социальной справедливости выявляются личностные свойства с целью признания требования своего, но, с другой стороны, тут же определяется и возможность лица самоограничить

¹ См.: Павлов В.И., Воропаев Д.А. Реализация справедливости в правоприменительной деятельности: теоретико-правовые основания и методологические особенности // Проблемы управления. 2016. № 1 (58). С. 146–150.

себя, если реализуется требование другой стороны, а это всегда тесно связано с практикой себя.

Таким образом, человек в практике себя может не направлять и нередко не направляет свою жизненную стратегию на подчинение своей природы достижению блага и преодолению нравственного несовершенства, не делает волевых усилий к формированию личностных свойств (свободы, открытости и т. д.), а культивирует лишь те или иные формы индивидуации, обычно реализуя свои природные свойства, обусловленные, как правило, эгоизмом. Подобный вид правового существования с высокой долей вероятности говорит об отсутствии личностной и социальной справедливости, но не обязательно, что такое поведение будет противоправным. Оно может быть и правомерным, однако, с антрополого-правовой точки зрения, практика правовой субъективации такого лица не может представлять собой образец, идеал правового существования: в ней выражается не личностный способ бытия, а допустимая с точки зрения права форма индивидуации.

Личностный и социальный уровни проявления справедливости в практике правового существования лица имеют прямое отношение к формированию правосознания лица, рефлексивной правовой позиции о факте правовой жизни, другого лица, нормы права и юридически значимых действиях лица как субъекта права. В частности, однозначно можно утверждать, что такие неличностные образцы правомерного поведения, как практики правовой субъективации, не могут быть положены в основу целеполагания правотворческой деятельности и ориентации право-реализационной практики: в них утрачивается личностная ориентация правового бытия в целом. Последнее чрезвычайно важно для развития любой национальной правовой системы, особенно стремящейся сохранить традиционные ценности.

3. *Нормативная справедливость* – это смоделированная законодателем в нормах права проекция справедливости, выраженная через текст источника права. Как правило, она обнаруживается одновременно с проявлением социальной справедливости, что детерминировано двусторонне-нормативным моментом правовой субъективации, однако нормативная справедливость всегда следует за справедливостью личностной.

В классическом юридическом дискурсе нормативная справедливость проявляется преимущественно как принцип, закрепленный на законодательном уровне. Посредством знаково-символических средств законодатель нормативно закрепляет в правовых нормах пропорционально-распределительное отношение к благу и рассчитывает на то, что через реализацию правовых норм и будет достигнута справедливость – справедливость, основанная на нормах права.

Природа нормативной справедливости носит сугубо формально-правовой характер, в этом и удобство, и ограниченность этого уровня. Проектный, формально-юридический способ отражения нормативной справедливости преимущественно в юридико-техническом отношении наиболее часто требует смысловой конкретизации и дополнительного определения в процессе реализации права, что объясняется объективными условиями правового регулирования общественных отношений. В правотворческой деятельности постоянно используются такие юридико-технические средства, как диспозитивное правовое регулирование, относительно-определенные и альтернативные конструкции правовых норм, оценочные понятия, правовые перечни и т. д. В такой ситуации субъект правореализации объективно не может основываться на точной мере нормативной справедливости и вынужден обращаться к проявлению справедливости прежде всего первого уровня, которая представляет собой логически и онтологически первичный уровень выражения в праве пропорционально-распределительного отношения к благу на уровне личного существования.

Итак, по поводу уровней проявления справедливости следует сказать, что правовая аксиология антропологической концепции права основывается на учении о человеке и личности и связывается с направленностью правового существования к благу; благо закономерно ассоциировано с конкретным и сообразным его выражением – справедливостью, которая обнаруживает три уровня своего проявления, изначально ориентированных на личностное конституирование.

Подводя итог анализу постклассической концепции личности в праве, следует сказать, что рассмотрение основных понятий восточно-христианской антропологии позволило уточнить ряд положений в части разработки учения о личности в праве. Представляется, что во многом ответы на вызовы и задачи, которые правовая реальность ставит сегодня перед юридическим научным сообществом, лежат в плоскости методологических антропологических решений. Важнейшая диада антропологических понятий «природа/личность», учение о двух личностях и нравственно несовершенном состоянии человеческой природы позволили раскрыть антропологический механизм личностного конституирования в плане личностного преодоления упречного природного состояния через направление гномической воли к благу. В такой антропологической парадигме становится понятным, что нравственная девиация самой человеческой природы (соматические права человека), современная идея притязания любых природных свойств человека являются сознательным усугублением ее упречного состояния через легализацию этих

прав. Представленная выше концепция совершенной и эмпирической личности позволяет по-иному решить эту проблему, с одной стороны, предлагая модель совершенной личности в качестве правового идеала, с другой – эмпирическую личность как данность любого человека в его праве на базовый уровень правовой защиты, не умаляя человека и его достоинства как такового.

Рекомендуемая литература

1. Архипов, С.И. Первичные и производные субъекты права / С.И. Архипов // Рос. юрид. журн. – 2003. – № 4. – С. 47–53.
2. Бэкон, Ф. Сочинения : в 2 т. / Ф. Бэкон. – 2-е изд., испр. и доп. ; сост., общ. ред. и вступит. ст. А.Л. Субботина. – М. : Мысль, 1978. – Т. 2. – 575 с.
3. Ветютнев, Ю.Ю. Аксиология правовой формы / Ю.Ю. Ветютнев. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 200 с.
4. Волков, В.В. Теория практик / В.В. Волков, О.В. Хахордин. – СПб. : Изд-во Европ. ун-та, 2008. – 298 с.
5. Гурвич, Г.Д. Философия и социология права : избр. соч. / Г.Д. Гурвич // пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. – СПб. : СПбУ, 2004. – 845 с.
6. Зизиулас, Иоанн (митр.) Личность и бытие / И. Зизиулас // Бытие как общение: очерки о личности и церкви / пер. с англ. Д.М. Гзгзяна. – М. : Св.-Филарет. правосл.-христ. ин-т, 2006. – С. 21–61.
7. Калинин, С.А. Субъектный подход: генезис, сущность и место в системе методологии юриспруденции / С.А. Калинин // Правоведение. – 2015. – № 2. – С. 6–21.
8. Керимов, Т.Х. Неразрешимости / Т.Х. Керимов. – М. : Акад. проект, 2007. – 218 с.
9. Лазарев, В.М. Сущность и юридическая природа прав человека: вопросы теории / В.М. Лазарев. – Волгоград : Волж. ин-т экономики, педагогики и права, 2005. – 40 с.
10. Лившиц, Р.З. Права человека / Р.З. Лившиц // Теория права : учебник – М. : БЕК, 1994. – С. 151–169.
11. Максимов, С. Дуальность права / С.И. Максимов // Право Украины. – 2011. – № 1. – С. 78–84.
12. Матузов, Н.И. Право и личность / Н.И. Матузов // Общая теория права. Курс лекций / под общей редакцией проф. В.К. Бабаева. – Н. Новгород : ВШ МВД РФ, 1993 г. – С. 222–246.
13. Микешина, Л.А. Философия познания. Полемиические главы / Л.А. Микешина. – М. : Прогресс-традиция, 2002. – 624 с.
14. Мурашко, Л.О. Правообразование в аксиологическом контексте / Л.О. Мурашко ; науч. ред. В.И. Шабайлов, О.А. Павловская. – Минск : Право и экономика, 2012. – 281 с.
15. Муромцев, Г.И. Конституционализм: проблемы методологии / Г.И. Муромцев // Право. Журн. Высш. шк. экономики. – 2014. – № 1. – С. 20–42.

16. Нерсисянц, В.С. Правовое государство в постсоветской России / В.С. Нерсисянц // Общая теория права и государства : учеб. для вузов. – М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1999. – С. 329–354.

17. Павлов, В.И. «Смерть» субъекта права, или К вопросу о необходимости новой концепции «правового человека» / В.И. Павлов // Философия права. – 2010. – № 3. – С. 20–24.

18. Павлов, В.И. От классического к неклассическому юридическому курсу. Очерки общей теории и философии права / В.И. Павлов. – Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2011. – 328 с.

19. Павлов, В.И. Энергийно-правовая модель правового человека, или Как осуществляется усмотрение в праве / В.И. Павлов // Проблемы борьбы с преступностью и подготовки кадров для органов внутренних дел : тез. докл. Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. Дню белорус. науки, Минск, 21 янв. 2011 г. / М-во внутр. дел Респ. Беларусь, учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Респ. Беларусь». – Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2011. – С. 203–204.

20. Поляков, А.В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права / А.В. Поляков // Рос. ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 9–42.

21. Рикёр, П. Справедливое / П. Рикёр // пер. с фр. Б. Скуратова, П. Хицко-го. – М. : Гнозис, 2005. – 304 с.

22. Розин, В.М. Личность и ее изучение / В.М. Розин. – М. : Едиториал УРСС, 2004. – 232 с.

23. Смирнов, А.Е. Проблема идентичности и субъективации в современном общественном знании / А.Е. Смирнов // Гуманитар. и соц.-экон. науки. – 2005. – № 4. – С. 12–17.

24. Фуко, М. Рождение биополитики. Курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1978–1979 учебном году / М. Фуко // пер. с фр. А.В. Дьякова. – СПб. : Наука, 2010. – 448 с.

25. Фуко, М. Герменевтика субъекта. Курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1981–1982 учебном году / М. Фуко // пер. с фр. А.Г. Погоняйло. – СПб. : Наука, 2007. – 677 с.

26. Хайдеггер, М. Европейский нигилизм / М. Хайдеггер // Проблема человека в западной философии : пер. с нем. / сост. и послесл. П.С. Гуревича ; общ. ред. Ю.Н. Попова. – М. : Прогресс, 1988. – С. 261–313.

27. Хоружий, С.С. К феноменологии аскезы / С.С. Хоружий. – М. : Изд-во гуманит. лит., 1998. – 352 с.

КЛАССИЧЕСКИЕ И ПОСТКЛАССИЧЕСКИЕ ПОДХОДЫ К ПРАВОТВОРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И НОРМАТИВНО-ПРАВОВОМУ КОНСТРУИРОВАНИЮ

Разработка фундаментальных правовых теорий в конечном счете всегда ориентировалась на практику, поэтому и классические, и современные постклассические правовые теории должны быть не только теоретико-методологическими концепциями, но и своего рода рабочими платформами, на основе которых возможно создать конкретный юридический инструмент для непосредственной работы с правовой действительностью. Юристу-практику нередко сложно выделить методологические основания, на которых построен тот или иной правовой институт, сформулирована та или иная норма права, однако вся правовая действительность всегда обусловливается определенными методологическими посылами.

В современном русскоязычном общетеоретическом правоведении, находящемся на этапе методологического определения, весьма актуальна проблема выявления связей между конкретными правовыми средствами и методологическими основаниями, на которых эти средства построены. Для постклассических правовых концепций это особенно значимо, поскольку в современной юриспруденции в рамках этих концепций и происходит начальная разработка конкретных правовых инструментов. Основным правовым средством, используемым в процессе правовой регламентации, является норма права, поэтому то, как взаимосвязаны те или иные современные теоретические концепции с пониманием нормы права, ее структуры, динамики и т. д., находится в центре внимания ученых. Далее будут рассмотрены особенности правотворческой деятельности и нормативно-правового конструирования в контексте классического и постклассического правоведения.

4.1. Теория правотворчества в классических и постклассических концепциях права

В русскоязычной правовой науке современная теория правотворчества практически полностью сложилась еще в 1960–80-х гг. Теоретические разработки постсоветской период были ориентированы в

основном на техническую сторону правотворческой деятельности, в частности на использование информационных технологий в процессе создания нормативных правовых актов. Эта сторона правотворческой деятельности хотя и представляет собой значительную по объему и важную сферу организации правотворческого процесса, но почти не касается его содержательной, концептуальной стороны. Создание различных банков данных правовых актов и их проектов на стадии разработки, формирование различных реестров, интернет-порталов, предназначенных для облегчения процесса правотворчества, наконец, виртуализация правотворческой деятельности – все эти тенденции в основном технического характера, наблюдавшиеся в два-три последних десятилетия и активно развивающиеся сегодня.

Однако и эти, казалось бы, сугубо технологические решения косвенно затрагивали концептуальные аспекты правотворческой деятельности. В частности, на стыке XX–XXI вв. в Италии, Испании, Нидерландах, Франции, США и некоторых других странах сформировалась проблема заюридизированности общественных отношений, создав риск коллапса правового регулирования, сбоя системности права. Кроме того, в ситуации активной глобализации и мощного влияния техники на развитие трансэкономических связей в ведущих странах мира возникла озабоченность чрезмерным государственным (правовым) регулированием отношений в сфере бизнеса. В связи с указанными фактами начала разрабатываться специальная процедура, получившая название «Оценка регулирующего воздействия» (англ. Regulatory Impact Analysis, или RIA) (далее – ОРВ), заключающаяся в использовании в правотворческой деятельности специальных аналитических средств для недопущения неэффективных для бизнеса решений, которые могли бы принять государственные органы¹. Сегодня ОРВ проводится в Австрии, Германии, Дании, Италии, США, Финляндии, Франции, Швеции, Швейцарии. В различных формах данная процедура внедрена и в Казахстане, Кыргызстане, России, Узбекистане, Украине.

Решение проблемы заюридизированности общественных отношений путем разработки процедуры ОРВ, введение которой было обусловлено отчасти технологизацией правотворческой деятельности, а отчасти продвижением интересов бизнеса, есть лишь частное следствие более глобального вопроса, связанного с концептуальным представлением о праве в системе регуляторов общественных отношений. В нововро-

¹ См.: Гуйда Е.П. Организационно-правовой механизм оценки регулирующего воздействия // Право в современном белорусском обществе: сб. науч. тр. / Нац. центр законодательства и правовых исслед. Респ. Беларусь. Минск, 2014. Вып. 9. С. 48–65.

пейской парадигме право рассматривалось как высшее и абсолютное средство общественного бытия. Разумность, нормированность социальной жизни, обеспеченные правовым регулированием, полагались ведущими принципами жизнедеятельности общества. Со вступлением постсоветского пространства в общую мировую систему экономических, культурных и иных отношений уязвимость новоевропейского подхода стала еще более очевидной: право, изначально понятое как высшее регулятивное средство, «нормативный разум», подверглось девальвации и само создало угрозу социальному порядку. По сути, заюридизированность общественных отношений привела к пересмотру критериев эффективности нормативного правового регулирования, взглядов на норму права и ее место в системе социальной регламентации. Например, на Западе вновь актуализировалась идея возвращения к религии, получившая разработку в концепции «постсекулярного»¹. На постсоветском пространстве, в частности в государствах, в которых было весьма заметно восточнохристианское цивилизационно-культурное влияние (Беларусь, Россия, Грузия, Молдова, Украина), вновь стал злободневным вопрос о соотношении правового и нравственного регулирования, правовых и религиозных ценностей и т. д., что выразилось в более тщательном исследовании нормативности права и нормы права.

Традиционно весь понятийно-категориальный аппарат теории правотворчества основывается на двух базовых понятиях – *норма права* и *нормативность права*, центральных для классического юридического дискурса, и в традиционной теории правотворчества они интерпретируются именно в контексте новоевропейской правовой методологии: норма права и нормативность связаны с разумностью природы и законодателя, разумным законом (Ш. Монтескье). На этом основании классический юридический дискурс неявно исключает позицию человека в праве, вытесняет антропологическое содержание юридической деятельности, заменяя его содержаниями нормативного порядка. Заданность нормативной системы права происходит на уровне правотворческой деятельности через выражение воли законодателя. Вышеупомянутая процедура ОРВ, развивающаяся сегодня во многих европейских странах, – это, по сути, контрпрограмма данной новоевропейской установки, так как смысл оценки регуляторного воздействия заключается именно в том, чтобы конкурировать с законодателем в степени обоснованности и убедительности выражения той или иной «воли законодателя» в нормативном правовом акте. Считаем, что ОРВ отражает постклассическую

¹ См.: Хабермас Ю., Ратцингер Й. Дialeктика секуляризации. О разуме и религии. М., 2006. 112 с.

методологию в праве, используя теорию коммуникации в праве, дискурс социального согласия и вырабатывая правотворческое решение не через деятельность официального субъекта правотворчества – высшего законодательного и представительного органа государства, другого субъекта правотворческой деятельности, – а через его диалог с обществом.

Как мы отмечали в гл. 1, в правотворческой деятельности норма права и нормативность понимаются в контексте разработок русскоязычной школы юридической догматики – разумеется, в модификации советской позитивистской школы.

В классических концепциях права *норма права* традиционно считается общеобязательным правилом поведения, выраженным в официальном тексте – тексте нормативного правового акта, иного источника права. Три классические школы правопонимания по-разному интерпретируют источник нормоустановления (трансцендентальный принцип, государство, общество), однако в качестве юридической конструкции норма права рассматривается единообразно.

Под *нормативностью права* в классической общеправовой теории понимается свойство, характеризующее особый способ регулирования поведения людей, порядок регулирования общественных отношений с помощью специальных правил поведения, имеющих общеобязательный характер (норм права). Нормативность – это и признак нормативного правового акта, отвечающего юридической природе норм права и его составляющих. Нормативность правового акта означает распространение специфического – юридического действия данного акта на неопределенный круг лиц и неопределенное количество случаев; предполагает абстрактное изложение содержащихся в нем правовых предписаний (норм права), имеет общеобязательное значение.

Рассмотрение нормы права и нормативности в рамках постклассического подхода предусматривает анализ порядка размещения этих категорий в ином типе правопонимания, отличном от классического. Возьмем за образец антропологический тип правопонимания в качестве постклассического типа правопонимания (см. гл. 2).

Проанализируем специфику влияния базовых положений указанного типа правопонимания на понимание нормы права и нормативности.

Напомним, что *первое положение* антропологического понимания права связано с отказом рассматривать субстанциональную основу права как критерий правовой подлинности. Правовая подлинность не может быть предзадана в качестве некоей сущности, она всегда заключена в правовом бытии, осознаваемом как правовое существование человека.

Однако данное положение не означает, что нормативная система права утрачивает свое качество субстанциональности – она просто перестает выступать в качестве главного в праве (сущности права) и теряет статус правового эталона. Субстанциональность права, заданная через нормы, выраженные в правовых текстах положительного права, обеспечивает субстрат права, однако он не является главным в праве. Данное концептуальное положение очень важно в современных условиях нестабильности законодательства, когда количество принимаемых нормативных правовых актов и вносимых в них изменений с каждым годом увеличивается в любой национальной правовой системе. Это общая тенденция социального развития связана в основном с двумя факторами: расширением глобального рынка, стремительным развитием техники и характерной для нее экспансией в отношении социальной реальности.

Понимание того, что сущность права не может заключаться только в нормативной системе, также помогает правильно отнестись к роли разнообразных научно-исследовательских учреждений и ведомств по обеспечению правотворческой деятельности, которые берут на себя нелегкое бремя методического и научно-исследовательского сопровождения правотворческой деятельности парламента той или иной страны и нередко предопределяют правотворческие решения – по крайней мере, им принадлежит большая часть работы по разработке проектов нормативных правовых актов и проведению юридических экспертиз (в Республике Беларусь эту роль выполняет Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь).

Итак, в антропологическом типе правопонимания норма и нормативная система хотя и выступают в качестве субстанциональной основы права, средства правового регулирования общественных отношений на уровне позитивного права, но не являются критериями главного в праве.

Второе положение антропологического правопонимания связано с переосмыслением места человека в праве при установлении критерия правовой подлинности. Наряду с традиционным юридическим понятием «субъект права» антропология права предлагает понимать человека в энергичной парадигме – в процессе его правового существования. Основной характеристикой человека в праве является понятие правовой субъективации, которое отражает конкретное измерение человеком своего правового статуса и правового положения, в том числе отношение к конкретной юридически значимой ситуации, в которой он оказался. Введение такого образа человека в праве связано с методологическим переосмыслением положения человека в правовой реальности и рас-

смотрением его как субъекта права не только в нормативном пространстве, а в более широко – в правовой реальности в целом.

В данной работе неоднократно отмечалось, что «субъект права» – это лишь юридико-техническое, схематичное отражение человеческого существования в праве; по мнению Г. Кельзена, человек в праве есть лишь комплекс норм, совокупность прав и обязанностей, закрепленных в позитивном праве¹. В человеческом измерении права, определении человека как человека юридическая норма права выполняет связующую роль, что обусловлено и господствующей в классическом юридическом дискурсе новоевропейской методологической установкой, и функциями юридической догматики, которая, это было показано в гл. 1, выступает операциональным языком права.

Однако в правовой действительности поступки человека, его правовое поведение обусловлены не только нормой права, но и многими другими, порой не менее значимыми факторами, на что не раз обращалось внимание еще в социологической юриспруденции XIX в. и обосновывалось школой правового реализма. В этой связи оправданы и критика юридического позитивизма сторонниками социологической школы права, и рассмотрение нормы позитивного права как значимого, но не ведущего фактора правового регулирования, как это было характерно для всех постклассических правовых концепций. Социологическая юриспруденция в качестве первичного фактора правового определяет общественное отношение, взаимодействие между людьми по поводу права. Согласно коммуникативной теории права А.В. Полякова таким фактором является правовая коммуникация, основанная на взаимном признании. Антропология права считает первичным фактором человека в праве и процесс его правовой субъективации.

Таким образом, суть второго положения антропологического понимания права в том, что критерий правовой подлинности переходит из нормы права и пространства нормативности как субстанциональных факторов права к критерию, выражающему динамику правовой жизни через правовое существование.

Третье положение антропологического правопонимания заключается в трактовке правового бытия как совместного правового бытия (со-бытия), правового существования, разделенного с Другим, в котором человек в праве остается, однако в режиме собственного правового существования. Это социальный аспект антропологической концепции права, указывающий на неустранимость личностной автономии правового существования и самотождественность антропологических содержаний в коммуникативных правовых связях.

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 218–219.

Четвертое положение связано с определением критерия правовой подлинности, формируемого на пересечении трех элементов правовой реальности – человека в праве, нормы права и факта правовой жизни. Право, таким образом, – многомерное явление, неразрывно связанное с указанными тремя элементами. Понимание права не может быть сведено к осознанию его как сущности, определенного порядка нормативности в традиционном смысле: оно включает в себя также и правовое существование как неформализуемый критерий правовой действительности. В то же время право не может быть оторвано и от системы нормативности, которая выступает формально-юридическим субстратом права. Факт правовой жизни указывает на событие или ситуацию в связи с юридическим, когда действительно раскрывается правовое – антропологические свойства человека в праве (прежде всего, личностные юридически значимые ценности и свойства нормативной системы права).

Итак, в контексте антропологического типа правопонимания норма права и нормативность права приобретают по сравнению с классическим юридическим дискурсом новое значение, характеризующееся приобретением человекомерного характера.

4.2. Классическая структура нормы права и ее проблематизация.

Новая аналитическая модель нормы права

Антропологическое правопонимание переосмысливает место и роль нормы права и нормативности в правовом регулировании общественных отношений, указывает на необходимость уточнения структуры нормы права.

Во всех трех классических типах правопонимания инструментальный уровень разворачивания права через специальные правила (нормы права), по существу, неизменен: представители всех трех типов правопонимания практически одинаково понимают норму права, когда речь идет о ее (их) реализации в юридической практике. Полагаем, что в антропологическом юридическом дискурсе должна быть переосмыслена структура строения нормы в контексте процессуального развертывания, характера функционирования, усвоения и понимания.

Подобные идеи уже высказывались. Так, в исследовании Ю.А. Гавриловой предпринималась попытка переосмысления строения нормы права в контексте ее толкования по объему¹. Автор показывает, что корректное толкование нормы права требует введения дополнитель-

¹ См.: Гаврилова Ю.А. Толкование права по объему : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. 30 с.

ных слоев нормы права – смыслового поля нормы, смыслового ядра, смысловой периферии, смысловой редукции и других понятий¹, связанных с осмыслением места человека в праве, в данном случае – фигуры толкователя нормы права и его правового мышления. Если развивать мысль Ю.А. Гавриловой (сама автор не выходит в своем исследовании за рамки толкования), то следует говорить о том, что современное понимание нормативной системы права нуждается в выявлении дополнительных аспектов ее правового бытия (действия) не только в процессе толкования, но и в теории нормы права в целом, а также в теории правотворчества и правореализации. Если толкование нормы требует выявления таких сложных элементов, как смысловое поле, ядро, периферия, значит, теоретическая работа по созданию нормы права должна определять эти правовые образования, причем носящих не субстанциальный, а антрополого-правовой, идейно-смысловой характер и неизменно связанных с моделью человека в праве и его деятельностью.

В связи с вышесказанным структура нормы должна содержать, помимо элементного логического строения нормы права, еще и иной тип представления, обусловленный ее антропологическим смыслом. Собственно, это и есть конструкция нормы права в энергийно-правовом дискурсе, дискурсе антрополого-правовом.

С точки зрения антропологии, при построении антропологической структуры нормы права следует учитывать современные лингвистические понятия «знак», «текст», «смысл», «означающее/означаемое», «значение/смысл». Вместе с тем основной методологической установкой антропологии права является стремление удержаться между реальностью знака и смысла. На наш взгляд, полное перенесение нормы права – правил поведения – на антропологический уровень недопустимо, в отличие от, например, психологической либо коммуникативной теории права, где норма права рассматривается в правосознании либо в ментальном пространстве intersubjectivity. В этом случае норма права, несмотря на свои регулятивные возможности, будет лишена своего субстрата, субстанциальной основы, и при таком понимании права будет постоянно возникать проблема фактического обеспечения порядка нормативности.

Также следует признать и невозможность заключить правовой смысл только в знак, текст в его традиционном юридическом значении, так как это, напротив, приведет к сведению права к праву в объективном смысле, то есть внеантропологическому правопониманию.

¹ См.: Гаврилова Ю.А. Толкование права по объему. С. 10–14.

Таким образом, методологическую установку при определении антропологической структуры нормы права и права в целом можно выразить следующим образом: «Право не есть текст (в традиционном понимании), но без текста существование права невозможно». Следовательно, в антропологической концепции права предлагается различать два значения, две составляющие нормы права:

*текстуальное значение нормы права,
смысловое значение нормы права.*

Текстуальное значение нормы права мы понимаем традиционно юридически как документальное знаковое выражение правила поведения в нормативном правовом акте либо ином источнике права.

Смысловое значение нормы права требует его актуализации субъектом понимания, осуществляемой на уровне правового существования, в том числе на основе личностных свойств субъекта. *Правовой смысл* нормы права есть актуализация знакового выражения нормы права субъектом понимания, которая осуществляется на уровне правового существования исходя из личностных свойств субъекта. Более того, правовой смысл нормы права как юридического знака всегда есть способ понимания и схема развертывания правового концепта, в который концентрированно включены идея, ценность конкретной нормы права. Правовой смысл не есть данность текста, нормативно-понятийной реальности, он не поддается формализации, а всегда требует от лица, сталкивающегося с нормой, интерпретационной работы, поскольку «смысловое значение знака – это то, что понимает под ним пользователь данного знака»¹.

Говоря о правовом смысле, мы, разумеется, не игнорируем его традиционное значение как проектного замысла законодателя, выраженного в знаковой форме в тексте нормативного правового акта либо в различных интерпретационных юридических практиках (официальное толкование права и т. д.). Однако применительно к предлагаемой структуре нормы права правовой смысл есть конкретная непосредственная актуальная схема понимания нормы права конкретным лицом, эту норму реализующим в актуальной юридической ситуации.

По сравнению с предложенной моделью правового смысла нормы Ю.А. Гаврилова предлагает более развернутую структуру смысла («смысловое поле») правовой нормы, однако характерно, что смысловое ядро правовой нормы также содержит ценностный концепт нормы. В частности, в структуре смыслового поля правовой нормы как основного объекта интерпретационной деятельности исследователь предлага-

¹ Грицанов А.А. Знак // Новейший философский словарь. Постмодернизм / сост. А.А. Грицанов. Минск, 2007. С. 165.

ет выделять концептуальное смысловое ядро, состоящее из ценностного концепта, закрепленного в нормативно-понятийном слое, и смысловую периферию, представленную предметным, праксеологическим (слоем актуализированной юридической практики), оценочным и символично-ассоциативным слоями¹.

Безусловно, правовой смысл нормы права знаково и проектно кодируется в тексте нормативного правового акта как замысел законодателя, требующий своей актуализации со стороны интерпретатора, который может модифицировать этот проектный смысл, если это позволяют текстуальные границы, или даже образовывать новый правовой смысл вне зависимости от них. Примером может служить практика пленумов Верховных Судов по формулированию новых правовых смыслов, выходящих за рамки текстуальных границ нормы права, в частности Пленума Верховного Суда Республики Беларусь². В любом случае для антропологии права важен тезис о том, что в юридическом смыслообразовании участвует правовой смысл, не только проектно представленный в тексте нормативного правового акта, но и рождающийся на уровне конкретного правового существования лица, эту норму реализующего.

Таким образом, изложенный подход к строению нормы права в антропологическом контексте содержит следующую новацию: *понимать норму права в едином цельном антрополого-текстуальном значении; выделять знаково-текстуальное и смысловое значения нормы права и различать их*. Нельзя не отметить, что смысл нормы права всегда был объектом внимания правоведов и всегда устанавливается в повседневной юридической практике. Возникает вопрос: в чем заключается идея выделения смысла нормы права и в чем ее новизна?

Основная идея выделения смыслового уровня нормы права такова: если на общетеоретическом уровне – не в логическом, а антропологическом контексте – выделять в структуре нормы права такой элемент, как смысловое значение нормы, то необходимо признать не только традиционно выделяемые нормативные текстуальные содержания («смысл, вложенный законодателем», норма объективного права), но и антропологические, энергично-правовые, нехарактерные для понятия классической нормативности права содержания, входящие в нее через человека в право, сопряченного норме. Хотя с позиций традиционной общеправовой теории такой подход может показаться неприемлемым из-за пред-

¹ См.: Гаврилова Ю.А. Толкование права по объему. С. 23–24.

² См.: Дубрава Н.М., Павлов В.И. Судебное правотворчество в контексте теории интерпретации и антропологической концепции права // Юрид. герменевтика в XXI веке / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, Ю.Ю. Ветютнева. СПб., 2016. С. 303–304.

ставления о субъекте лишь как толкователе нормы права, тем не менее в конкретной жизненной ситуации именно человек в праве, столкнувшийся с нормой права и фактом правовой жизни, наделяет норму права конкретным смысловым значением, тем самым он со-[до]-вершает норму, доводит ее до регулятивной целостности.

Несмотря на то что данный теоретический вывод может показаться тривиальным, все-таки есть основания настаивать на значимости обосновываемой позиции.

Предложение выделять смысловое значение нормы права означает не толкование нормы права с целью выявления «смысла нормы права, вложенного в нее законодателем» – этот традиционный момент теории правотворчества и правореализации, разумеется, в антропологии права не игнорируется и учитывается, однако с той поправкой, что, как уже было отмечено выше, извлекаемый в процессе толкования правовой смысл в данном случае носит проектный характер. Антропологический подход к строению нормы права не только воспроизводит проектный смысл законодателя, но и актуализирует правовой смысл как конкретный способ понимания лицом, реализующим право, нормы права и самой конкретной юридически значимой ситуации, подлежащей разрешению.

Это антропологически ориентирует юридическую технику и весь технико-юридический дискурс, поскольку норма права находится уже не только в области объективного права и постфактум истолковывается субъектом права. *Норма права в определенном смысле присутствует и в самом субъекте*: она рассчитана на то, чтобы стать и своего рода нормой субъекта права, его внутренним регулятивным принципом.

Кроме того, в контексте предложенного строения нормы права трудно говорить о праве в объективном смысле слова – так же, как и в рамках коммуникативной или психологической концепции права. Установление смысла нормы права не есть только интерпретация правовой нормы как деятельность постфактум по уяснению и разъяснению ее смысла. Установление смысла нормы права предполагает также и со-[до]-вершение нормы права как целостного правового образования, потенциально и актуально функционирующего в правовой действительности. Ведь если исходить из предложенного строения и понимания правовой нормы, то ее нельзя свести к тексту, документарному выражению правила поведения. Норма права имеет двуединый, антрополого-текстуальный способ существования, именно поэтому в ней знаково-текстуальный и смысловой элементы различно функциональны. Знаково-текстуальная часть нормы является субстратом права, смысловая часть – интеллектуальным, энергично-правовым антропологическим содержанием.

Проблематичность понимания права как объективного права в рамках антропологической правовой концепции обусловлена тем, что признание в норме права ее смыслового значения, включающего в себя и проектный смысл законодателя, и момент личностного правового смысла субъекта юридической практики, приводит к признанию не объективного, а человекомерного характера права – значит, в определенном смысле и его субъектной обусловленности, субъективности (не путать с субъективным правом в рамках классической общей теории права). В правовой жизни это положение было всегда, юридическая практика выработала для этого специальные правовые средства (о них см. гл. 5). Однако в общей теории права данный тезис в предложенном виде не концептуализировался в качестве общеупотребительного (особенно на уровне языка теории права).

Очевидная при таком подходе актуализация антропологических содержаний требует переосмысления многих привычных представлений об объективном праве: воли законодателя, истинного (то есть понимаемого независимо от субъекта) смысла правовой нормы и т. п. – и в рамках теории и практики правотворческой деятельности переносит акцент с исследования проблем совершенствования объективного права на работу с субъектом правореализационной практики.

4.3. Понятие нормативности в праве.

Нормативность в контексте постклассической правовой теории

Нормативность права традиционно понимается как характеристика особого способа регулирования поведения людей через реализацию общеобязательных правил поведения, признак нормативного правового акта, отвечающий юридической природе норм права, его составляющих. Нормативность выражает в праве прежде всего момент должностования как требования определенного поведения¹. Переосмысление понятия нормативности и нормы права в контексте антропологического правопонимания, предпринятое выше, позволило показать значение антропологического подхода к строению нормы права в рамках теории правотворческой деятельности. Рассмотрим более конкретно, каким образом под влиянием антропологического правопонимания изменяется концептуальное содержание нормативности права.

Кратко резюмируем выводы, следующие из предложенной выше структуры нормы права.

Знаково-текстуальная часть нормы права как внеантропологическая реальность, отражающаяся в логической структуре нормы права, охва-

¹ См.: Варламова Н.В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Тр. ин-та государства и права Рос. акад. наук. 2013. № 4. С. 76.

тывает лишь документарное выражение правила поведения в нормативном правовом акте: иными словами, текст закона сам по себе указывает лишь на предметное значение нормы права, то есть на объект правового регулирования в широком смысле. Устанавливаемая правоприменителем логика нормы права в тексте закона, соотношенная с ее текстуальным выражением, распределенная соответственно по трем (двум) логическим элементам (гипотеза, диспозиция, санкция), определяет лишь предметные характеристики правового регулирования. Поэтому трудно говорить о смысловом значении нормы в рамках текста закона – в предметной области правового регулирования – до- и вне лица, осуществляющего работу с нормой права. В законе устанавливается лишь проектный смысл нормы права как замысел законодателя относительного того или иного способа регулирования поведения субъекта права, которому норма адресована. Актуальный же смысл нормы права всегда есть специфический способ ее понимания через явное или неявное обращение к факту правовой жизни, на фоне которого и происходит установление правового концепта нормы, в котором собраны идея и ценность правового предписания.

Таким образом, норма права предстает как совокупность знаково-текстуального и смыслового значений. Данное методологическое положение обуславливает и особое понятие нормативности права.

В общеправовой теории нормативность права обычно выражается через нормативную систему права как совокупность действующих в стране правовых предписаний, пространство нормативности, особый вид реальности (нормативной). В таком контексте нормативность права как система норм представляется автономной правовой областью, частью объективного права. Вследствие реализации права это объективное право трансформируется в субъективное, но нормативная система как совокупность общеобязательных правил поведения рассматривается как реальность внеантропологическая. Субъект правореализации лишь толкует норму права, пытается уяснить ее смысл, вложенный законодателем в текст закона.

Каким образом возможно учесть антрополого-правовые содержания в пространстве нормативности права? Как сделать норму права антропологически содержательной и что это означает в целом?

Судя по строению нормы права, антропологические проявления лица, реализующего норму права, могут быть отнесены не к знаково-текстуальной, а лишь к смысловой части правила поведения. Лицо, столкнувшееся с реализацией нормы права в связи с определенным фактом правовой жизни, придает правовой норме конкретное смысло-

вое значение, исходя из личностных характеристик, присущего именно этому лицу понимания нормы права в ее преломлении к жизненной ситуации. Конечно, правовой смысл всегда формируется на основе проектного правового замысла, отраженного в тексте закона, и способов понимания в рамках официального толкования этой нормы, особенно когда речь идет о профессиональной юридической деятельности. Тем не менее лицо, реализующее норму права в конкретной жизненной ситуации, с помощью правового личностного смысла влияет на итоговую регулятивную функциональность реализуемого правила поведения.

Наделение правовой нормы не проектным, а актуальным правовым смыслом связано непосредственно с волей лица, реализующего право.

Понятие «воля» – одно из ключевых для права, однако в юриспруденции оно используется, как правило, не в антропологическом, а специальном юридизированном значении. Обычно воля в праве рассматривается через сознательную способность субъекта права свободно выражать свои права и интересы¹. По мнению С.И. Архипова, «в правовой воле выражается идея деятельной, рациональной свободы в праве, свободного выражения и самоопределения лица»². В.В. Сорокин понимает под волей субъекта права способность «свободно, с преодолением препятствий осуществлять выбор юридически значимого решения на основе притязаний данной личности и переходить от переживания к практической деятельности»³.

Воля – одно из ключевых понятий в юриспруденции XIX в., оно изучалось в контексте развития учения о субъекте права и субъективном праве, использовалось не в нормативистской, а специфической для пандектистики антропологической интерпретации. Так, классик исторической школы права Ф.К. Савиньи, другие германские пандектисты (Е. Бирлинг, Б. Виндшейд, О.Ф. Гирке) трактовали волю человека как единственный источник субъективного права, следовательно, именно человек полагался субъектом права и источником правового. Такая позиция отражала так называемую волевую теорию субъекта и субъективного права, которая строилась в контексте полемики о природе юридического лица («теория фикции», «реальной союзной личности» и др.)⁴.

В советском правоведении понятие «воля» применялось по отношению к категории «класс» («воля господствующего класса»), тем самым

¹ См.: Фатьянов А.А. Воля как правовая категория // Государство и право. 2008. № 4. С. 8.

² Архипов С.И. Субъект права: теоретическое исследование. С. 48.

³ Сорокин В.В. Правовая психология. Вопросы общей теории. М., 2015. С. 124.

⁴ См.: Венедиктов А.В. Буржуазные теории юридического лица // Избр. тр. по гражд. праву : в 2 т. М., 2004. Т. 2. С. 395–405.

оно было подвергнуто десубъективации, что отразилось и в постсоветской юридической науке. В современном общетеоретическом правоведении понятие «воля» также используется при решении, например, вопросов о сущности права (волевая теория права), источниках права, правосубъектности и т. д.¹ В отраслевых юридических науках понятие воли применяется в уголовном праве (учение о вине), гражданском праве (учение о лицах).

Согласно методологической установке антропологической концепции права воля в праве может иметь два способа выражения:

воля в нормативном выражении;

воля в антропологическом выражении.

Одна «воля» существует в плоскости нормативной правовой реальности – в объективном праве (буквально – в нормах права). Это наиболее часто используемое в юриспруденции специальное понятие. Другой способ выражения воли в праве – воля, проявляемая в области не нормативной, а антропологической правовой реальности (в области правового существования человека в праве). Понятие воли в антропологическом выражении очень близко понятию субъективного права, притязанию в праве как таковому. В советской юриспруденции в контексте учения о субъективном праве воля была одним из наиболее обсуждаемых дискуссионных вопросов, особенно среди цивилистов в рамках учения о правоотношении². Полностью перейти на позицию антрополого-правового понимания воли советские правоведы не могли в силу официального господства позитивистского правопонимания.

Приведем примеры современного использования понятия «воля» в антропологическом и нормативном значениях. Так, С.В. Шевелева, говоря о субъекте преступления в уголовном праве, предлагает различать «волевой элемент форм вины» как исключительно уголовно-правовую,

¹ См.: Керимов Д.А. Психология и право // Государство и право. 1992. № 12. С. 10–20; Рудковский В.А. Теория источников права: дискуссионные моменты // Вестн. Саратов. гос. юрид. акад. 2015. № 6 (107). С. 27.

² Агарков М.М. Обязательства по советскому гражданскому праву. М., 1940. 176 с.; Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М., 1948. 337 с.; Его же. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. 192 с.; Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М., 1950. 367 с.; Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л., 1949. 144 с.; Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958. 185 с.; Матузов Н.И. Личность. Право. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов, 1972. 290 с.; Мицкевич А.В. Субъекты советского права. М., 1962. 211 с.; Назаров Б.Л. Социалистическое право в системе социальных связей. М., 1976. 312 с.; Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л., 1959. 88 с.; Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. 352 с.; Явич Л.С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. М., 1961. 172 с.

нормативную конструкцию и «свободу воли» как психологическое, по сути, антропологическое понятие, однако также имеющее самостоятельное значение в уголовном праве¹. По мнению исследователя, воля как специальное уголовно-правовое понятие «...входит в компонент сознания как психологической категории, тогда как воля как психологическая категория в смысле свободы воли (свободы действия) приобретает в уголовном праве самостоятельное значение», то есть не связывается с составом правонарушения². Свобода воли в уголовном праве, с точки зрения С.В. Шевелевой, есть автономно принятое решение человека выбрать из доступных ему (включая сюда как действие, так и бездействие) один вариант действия и реализацию такого варианта³. Исследователь считает ошибочным мнение тех ученых, которые «волю в формулах умысла и неосторожности... понимают как психологическую категорию, тогда как она является здесь самостоятельным по происхождению уголовно-правовым [нормативным. – В. П.] понятием и с точки зрения психологической... входит в компонент сознания как психологической категории»⁴.

С.В. Шевелева высказывает интересные предложения, однако, на наш взгляд, ошибочно отказывается от использования уголовно-правового понятия «свобода воли» применительно к совершенному преступлению с позиции оценки содеянного и определения меры уголовной ответственности: «Решение человека в предложенном понимании [уголовно-правовое понимание свободы воли] свободно в том смысле, что у него есть выбор между вариантами поведения; свободно ли такое решение в мотивационном плане, плане самооправдания поступка («я не мог поступить иначе») – не имеет значения»⁵. Напротив, представляется, что те или иные характеристики свободного волевого выбора в антропологическом значении в действительности могут влиять на оценку содеянного.

Итак, в контексте учения о правотворческой деятельности антрополого-текстуальное строение нормы права может предполагать два указанных выше способа выражения воли:

волю законодателя;

волю правоприменителя (иного лица, реализующего норму права).

¹ Шевелева С.В. Свобода воли и принуждение в уголовном праве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2015. 48 с.

² Шевелева С.В. Проекция психологических конструкций на толкование свободы воли в уголовном праве // Вестн. Том. гос. ун-та. 2014. № 385. С. 146.

³ Там же. С. 144–148.

⁴ Там же. С. 146.

⁵ Там же. С. 144–148.

Воля законодателя – знаково-текстуальное, нормативное выражение проектного замысла субъекта правотворчества в тексте закона. Очевидно, что нормативная фиксация воли законодателя субстантивирует эту волю, представляя ее в объективном плане как формализованную структуру. Поэтому понятия «воля законодателя» и «смысл правовой нормы, вложенный законодателем» условны, так как воля – это антропологическое проявление. Юридизированное понятие воли представляет собой лишь нормативную проекцию реального человеческого волевого проявления в праве. Предполагая знаково-текстуальный характер юридического понятия «воля», В.В. Сорокин отмечает, что функция таких часто используемых в правоведении понятий, как «воля законодателя», «воля народа», «государственная воля», «воля господствующего класса» и др. «фиктивна, поскольку за этими обозначениями нет соответствующих явлений действительности»¹.

Условный характер понятий «воля законодателя», «общая воля» и т. п. осознавался в юриспруденции и до революции 1917 г., и в советский период, однако понятие воли в праве формулировалось по-разному. Так, С.Н. Братусь утверждал, что «под волей законодателя необходимо понимать не психологические волевые процессы, протекавшие у лиц, обсуждавших и принимавших закон. Эти лица в момент утверждения закона учитывали и могли учитывать лишь определенный круг отношений, к которым закон по мысли законодателя должен был применяться и на которые он был рассчитан. Волей же законодателя, в том случае если закон продолжает действовать и при иных обстоятельствах, следует считать ту *объективную волю господствующего класса* или *общенародную волю*, которая продолжает существовать и после принятия закона, внося в практику его применения такие коррективы, которые вызваны условиями места и времени применения закона, короче – общественно необходимыми обстоятельствами»² (курсив мой. – В. П.). Разумеется, такая позиция не может быть атрибутирована как антропологическая.

Антропология права рассматривает понятие воли в праве как конкретный антрополого-правовой факт, отражающий конкретное содержание человеческого существования в правовой реальности и требующий аналогичных типов трансляции воли. Понятие воли всегда связано с человеком, а не текстом закона. Субстанциально выразить волю невозможно, на что указывал еще Ж.-Ж. Руссо, критикуя институты представительной демократии. Однако даже если мы понимаем условность

¹ Сорокин В.В. Правовая психология. Вопросы общей теории. С. 131.

² Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве: понятие, виды, государственные юридические лица. М., 1947. С. 19.

понятия «воля законодателя», подразумевая под ним намерения последнего, проектно отраженные в логической схеме в тексте закона, то и в этом случае у такого типа правового представления есть серьезный недостаток. Его смысл в том, что воля законодателя формально выражается в тексте за пределами, вне правового смысла – расположения правил поведения в контексте юридически значимой ситуации, конкретного факта правовой жизни. Обсуждая развитие ценностно-правового дискурса, современный американский правовед П. Шлаг отмечает, что для корректного выявления отношения между правовыми ценностями и контекстом, в котором они разворачиваются, необходимо уяснить сам контекст, поскольку «контекст, в границах которого появляется ценность, «может быть построен так, что он будет блокировать, размывать, исключать или даже исказить моральный или политический заряд конкретной ценности»¹. Продолжая настаивать на классической позиции, согласно которой при реализации нормы происходит извлечение «воли законодателя», мы эту формализованную «волю» наделяем собственными смыслами без рефлексии соответствующего момента.

Подобное отношение к понятию «воля законодателя» не означает, конечно, отказа от необходимости проектирования законодателем правотворческого замысла и его отражения в знаково-текстуальной форме. В праве, особенно континентальном, это невозможно. Постмодернистская позиция полного отказа от возможности правотворческого проектирования смысла неконструктивна и не соответствует антропологическому типу правопонимания. Предложенная структура нормы права способствует более точному представлению нормативной системы права, ее места в правовой реальности, реального процесса правового смыслопорождения и реализации права.

Помимо понятия «воля законодателя», в антропологической концепции права не менее важное значение для правотворческой деятельности имеет и воля правоприменителя.

Воля правоприменителя, как и воля любого другого лица, реализующего норму права, представляет собой *акт смысловой актуализации знаково-текстуальной части нормы права правоприменителем (иным лицом, реализующим право), связанный с наделением текста правовым смыслом наряду с наделением смыслом и юридически значимой ситуации, в отношении которой осуществляется приложение нормы права.* Воля правоприменителя, в отличие от воли законодателя, имеет не знаково-проектную, а именно антропологическую, личностную,

¹ Шлаг П. Загальнолюдські цінності у постсучасному світі // Філософія права і загальна теорія права. 2012. № 1. С. 140.

энергично-правовую природу. В то же время воля правоприменителя относительно установления правового смысла определена нормативно-понятийными рамками текста закона и логикой изложения предметного содержания нормы права в логических элементах нормы, которые и являются подлинной прерогативой законодателя.

Следует подчеркнуть, что установление воли правоприменителя – это не только правоприменение в традиционном его понимании, это не относится лишь к области правоприменения как реализации воли законодателя. Наличие смыслового значения нормы права указывает на выявление правового смысла в процессе актуализации нормы права лицом в конкретной ситуации, поэтому правоприменительная воля есть не только процесс правореализации, но и деятельность по довершению процесса нормативной правовой регламентации общественных отношений.

Именно этим во многом объясняется и приоритет юридической практики в правовом регулировании общественных отношений, более динамичный, ориентированный на реальную правовую жизнь, более эффективный характер индивидуальных юридических решений по сравнению с нормативными правовыми актами. Аналогичный вывод был сделан классиком нормативистской теории права Г. Кельзенем в концепции индивидуальных норм, которые он считал органической частью системы источников права. Правда, такой вывод ученый обосновывал не природой индивидуальных правовых решений, а иерархической структурой правопорядка¹.

Теоретический анализ проблемы актуализации правоприменительной воли как значимого фактора работы с правовыми смыслами наряду с волей законодателя, возможно, позволит решить многие проблемы теории и практики сегодняшнего правотворчества, более точно определить критерии их эффективности в ситуации нестабильности законодательства. Аргументация мнения о самостоятельном, творческом характере деятельности по осуществлению права поможет, на наш взгляд, преодолеть трактовку нормативной системы права как обезличенной совокупности норм. Термин «реализация права», отражая централизованность процесса правового регулирования, предельно сжимает, минимизирует значение воли правоприменителя, имманентно присущее данному понятию, самостоятельно создавать правовой смысл.

Обоснование энергично-правовой природы воли лица, осуществляющего право, позволяет в рамках постклассической антропологии права переносить акцент с процесса создания правовых норм на процесс их преломления в области юридической практики, понимаемой как

активная творческая юридическая деятельность, а не реализация некоторых нормативных заданностей. И.Л. Честнов полагает, что «практический поворот применительно к юридической науке – это новое прочтение роли и значения юридической практики и техники как структуры и устройства юридической деятельности»¹. Итак, новое понимание нормативной системы права, функционирование понятий «воля законодателя» и «воля правоприменителя» позволяют считать юридическую практику ведущим фактором правовой жизни.

4.4. Значение постклассических подходов к правотворческой деятельности для современной юридической науки и практики

Постклассическая правовая мысль, в том числе антропологическая концепция права, обращена к смысловому полю осуществления правовой действительности, и в этом одна из особенностей постклассики по сравнению с классической правовой мыслью. В антропологическом дискурсе правовая реальность не только логико-нормативная реальность – в таком виде она не может быть адекватно познана. Однако в антропологическом дискурсе и сама нормативная система права, как мы показали выше, приобретает новый смысл.

Включение в область нормативной системы права антропологических содержаний, а через них и экспликация правового смысла через конструирование новой модели нормы права позволяют акцентировать проблему подлинности правового бытия, реализации тех заданностей, ради которых и существует право, в чем заключается его социальная и онтологическая ценность. В связи с этим есть основания утверждать, что *не столько текстуальное значение нормы права, сколько ее смысловой уровень является залогом правового бытия*. Без анализа процессов смыслопорождения и смысловосприятия правовая жизнь лишается своих аксиологических оснований, перестает выражать онтологическую основу права. Игнорирование смыслового уровня правовой жизни увеличивает в современной правовой действительности вероятность спекуляций на знаковом поле права. В частности, это выражается в явлении *правовой симуляции* – создании таких правовых знаков, «пустых знаков», которые сознательно лишены реального правового смысла, поэтому их в любое время можно наполнить произвольным содержанием. Неартикулированность процесса смыслонаполнения правотворческой деятельности обуславливает высокую вероятность *злоупотребления правом* путем наделения юридического знака значением или противо-

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 290–295.

¹ Честнов И.Л. Постклассическая теория права. С. 487.

положным, или искажающим ту цель, ради которой этот знак создавался. Иногда юридическая деятельность и воспринимается как практика лавирования в знаковом поле права с целью извлечения личной выгоды, что, конечно, противоречит справедливости как руководящему общеправовому принципу.

Представленный подход к проблеме конструирования нормы права в контексте антропологического типа правопонимания нацелен на разработку концептуального аппарата антропологического правового дискурса. Новый язык позволяет увидеть одни и те же правовые явления с иной позиции, в ином контексте. В связи с этим кратко сформулируем *концептуальные методологические положения*, раскрывающие значение постклассической антропологии права *для современной теории правотворческой деятельности*.

1. *Норма права всегда субъектно обусловлена и субъективна*. Правовая норма носит субъективный характер, объясняется не неким искажением, неподлинностью как произвольностью и полной зависимостью ее от субъекта (в противоположность объективности как подлинности), а тем, что норма права целиком и окончательно складывается только при встрече субъекта правовой жизни (лица, реализующего норму права) с нормативным правовым образованием (текстом закона). Вне и до антропологических содержаний субъекта правореализации норма права как таковой не является, поскольку не выражает главное в праве. Норма права в деантропологическом контексте представляет собой нормативное протообразование, норму права в потенциальном смысле – систему законодательства, но не право в его главном выражении.

2. *Норма права неявно содержит в себе образ субъекта права (человека в праве)*. Классический дискурс объективно и формализованно конструирует субъектность в норме, не оставляя места для антропологических содержаний и не учитывая их. Вместе с тем воля лица, реализующего право, направлена не только на производное толкование, но и на воспроизведение правового смысла в контексте разрешения юридически значимой ситуации. Поэтому норма права в процессе должна содержательно открываться юридико-антропологическим содержаниям, оставлять место для субъекта правореализации в актуальной динамике правовой жизни. Это положение нуждается в детальной разработке на уровне теории и техники правотворческой деятельности.

3. *Норма права отчасти может рассматриваться и как норма субъекта права*. Момент встречи знаково-текстуальной части нормы права с антропологическими содержаниями человека в праве, субъекта правореализации, на фоне факта правовой жизни в зависимости от типа нормы

права (регулятивная, охранительная и др.) предполагает сообразование первого со вторым – при условии, что в модели нормы права субъектом правотворчества сознательно предусматривается такое сообразование, а также позиция человека в праве. Производство пространства нормативности, таким образом, происходит не только в тексте закона, но и на уровне смысловой работы субъекта правореализации, человека в праве, хотя извлечение правового смысла и его констатация в правоприменительном решении относится не к нормативности, а к правопорядку. Поэтому норма права в некотором смысле есть и норма самого субъекта права.

В процессе разрешения жизненной ситуации действуют и нормативные свойства знаково-текстуальной части нормы права, и антропологические содержания лица, прежде всего его личностные ценности, позиции и др. Константность антропологической области определения правила поведения в контексте жизненной ситуации создает поэтому не только преимущества, но и риски.

В первую очередь, риск связан с лицом, реализующим норму права, так как довершение нормативного правового регулирования и в целом эффективность решения зависят от степени правовой субъективации данного лица. Этот риск объективен, является правовой данностью и неустранимым условием нормативно-правового регулирования общественных отношений.

4. *Конструкция нормы права предполагает смысловое и текстуальное значения*. Выше было раскрыто понятие правового смысла и знаково-текстуальной части нормы права. Следует лишь указать, что в связи с актуализацией антропологических содержаний в пространстве нормативности должно быть переосмыслено и значение юридической техники в целом для правового регулирования общественных отношений. Техничко-юридические инструменты, какую бы степень развития они ни получили, по своей природе не могут быть единственными и достаточными средствами повышения качества правового регулирования, поскольку они действуют в комплексе с антропологическими содержаниями и зависят от них.

Антропологический подход к правотворческой деятельности имеет потенциал и для совершенствования современной юридической практики. Сформулируем *положения о практическом значении антропологического подхода* к правотворческой деятельности.

1. *Законодатель при создании юридических конструкций, дефинировании понятий и т. п. должен ориентироваться не только на схватывание знаково-текстуального значения нормы, но и на смысловорождающую функцию своей деятельности*. Законодатель создает правило

поведения формально-правовым способом, отвлеченно, с помощью идеализации, поэтому формирование нормы права, определенного правового института на основании анализа практик правовой субъективации в той или иной области правового регулирования должно сопровождаться процедурой учета антропологического содержания субъекта правореализации. Это позволит избежать ошибок в правореализационной деятельности и постоянного внесения изменений в нормативный правовой акт. Типичным примером такого подхода является расширение полномочий лица, применяющего норму права в зависимости от сферы правового регулирования. В целом в мировых правовых системах сегодня наблюдается тенденция расширения диспозитивных начал правового регулирования через наделение лица, реализующего право, большей вариативностью в принятии индивидуального решения по делу.

2. *Юрико-технический способ, позволяющий обеспечить наполнение нормы права антропологическим содержанием, заключается в процессуализации права, придании ему динамического характера, стирании границы между материальным и процессуальным правом. Концептуальным понятием такого подхода может служить термин «право-процесс»¹. Данное положение не означает, что юридическая практика должна совершенствоваться только путем создания более разветвленных юридических процедур либо усовершенствования качества процессуального права (хотя этот подход и должен, на наш взгляд, приветствоваться). Однако в основном данное положение означает, что тип фиксации антропологических содержаний в праве должен осуществляться на процессуальной, динамичной основе, так как важно не то, что зафиксировано в материальном праве, а то, как оно реализуется в правовой жизни. В качестве примера можно указать, что в последние годы в Беларуси, как и на всем постсоветском пространстве, активно развивается институт медиации, который как раз и предполагает процессуальность. В целом в практике правотворческой деятельности сегодня востребованы открытые юридические конструкции, выполняющие роль стабилизации законодательства за счет смещения акцента с материального на процессуальный, со субстанционального на антропологический. В то же время требуются новые подходы к подготовке юридических кадров и разработке концепции юридического образования.*

3. *Правотворческая деятельность должна рассматриваться и осуществляться с учетом специфики антропологических практик определенной цивилизационно-культурной традиции, сформировавшейся и су-*

¹ О термине «право-процесс» см.: Пантыкина М.И. Феноменология правовой жизни: методология и социально-философский аспект исследования. 46 с.

ществующей в рамках правовой системы. Антропологические и социальные практики должны анализироваться в контексте системы социальных ценностей, особенностей цивилизационно-культурного организма, господствующих и периферийных типов антропологических и социальных практик. Наконец, должны быть выявлены типы правовой субъективации в правовой системе как способы формирования и существования правового человека с учетом доминирующих социальных и антропологических ценностей. Так, очевидно, что активное внедрение таких новых для нашей правовой системы правовых положений, как ювенальная юстиция, однополые браки (со всем комплексом «соматических прав») и т. д., не соответствует цивилизационно-культурным особенностям, миропониманию и системе ценностей белорусской правовой системы.

4. *Технически эффективные инструменты правотворчества сами по себе не оцениваются как достаточные средства для повышения качества правового регулирования.* Правотворческая деятельность не должна слепо внедрять технологические инновации, так как перед заимствованием того или иного правового положения из иностранной правовой среды следует тщательно изучать его антропологические составляющие, апробировать их в условиях правового эксперимента, а это можно сделать лишь путем анализа практик правовой субъективации в стране-доноре.

Итак, конструирование нормативного пространства в контексте постклассических правовых концепций, в частности на примере антропологического типа правопонимания, предполагает учет несубстанциальных правовых содержаний в процессе правотворческой деятельности. Антропологический подход к праву предлагает поэтому введение новой структуры нормы права, выделение ее смыслового значения и пересмотр роли лица, реализующего право, в процессе воспроизведения правового смысла.

Рекомендуемая литература

1. Гаврилова, Ю.А. Толкование права по объему : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ю.А. Гаврилова ; ВолГУ. – Саратов, 2008. – 30 с.
2. Гуйда, Е.П. Организационно-правовой механизм оценки регулирующего воздействия // Право в современном белорусском обществе : сб. науч. тр. / Нац. центр законодательства и правовых исслед. Респ. Беларусь ; редкол.: В.И. Семенков (гл. ред.) [и др.]. – Минск : ФУ Аинформ, 2014. – Вып. 9. – С. 48–65.
3. Гурвич, Г.Д. Философия и социология права : избр. соч. / Г.Д. Гурвич ; пер. с фр. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. – СПб. : СПбУ, 2004.
4. Кельзен, Г. Чистое учение о праве / Г. Кельзен : пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лезова. – Изд. 2-е. – СПб. : Алет-Пресс, 2015. – 542 с.

5. Мурашко, Л.О. Правообразование в аксиологическом контексте / Л.О. Мурашко ; науч. ред.: В.И. Шабайлов, О.А. Павловская. – Минск : Право и экономика, 2012. – 281 с.

6. Основы устойчивого развития национальной правовой системы в XXI столетии : методология, теория, практика / В.А. Абрамович [и др.] ; под ред. В.И. Павлова. – Минск : Бизнесофсет, 2016. – 278 с.

7. Павлов, В.И. Проблема трансляции правовых смыслов в условиях взаимодействия правовых систем: опыт энергийно-правовой интерпетации // От классического к неклассическому юридическому дискурсу. Очерки общей теории и философии права / В.И. Павлов ; М-во внутр. дел Респ. Беларусь, учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Респ. Беларусь». – Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2011. – С. 53–65.

8. Поляков, А.В. Нормативность правовой коммуникации / А.В. Поляков // Коммуникативное правопонимание : избр. тр. – СПб. : Алеф-Пресс, 2014. – 575 с.

9. Хабермас, Ю. Диалектика секуляризации. О разуме и религии / Ю. Хабермас, Й. Ратцингер. – М. : Библ.-богосл. ин-т св. апостола Андрея, 2006. – 112 с.

10. Честнов, И.Л. Постклассическая теория права / И.Л. Честнов. – СПб. : Алеф-Пресс, 2012. – 649 с.

11. Шлаг, П. Загальнолюдські цінності у постсучасному світі / П. Шлаг // Філосо. права і загаль. теорія права. – 2012. – № 1. – С. 137–149.

12. Юридическая герменевтика в XXI веке / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, Ю.Ю. Ветютнева. – СПб. : Алетейя, 2016. – 440 с.

Глава 5

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА. ПОСТКЛАССИЧЕСКАЯ МОДЕЛЬ ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

5.1. Теоретико-методологические проблемы реализации права. Концепция юридической практики и ее проблематизация

Юридическая дискурсивная практика: понятие и общая характеристика. Любая концепция правопонимания, любая господствующая на уровне национальной правовой системы установка к пониманию права определяют вопросы правогенеза и реализации права. Одним из центральных методологических вопросов общеправовой теории является вопрос о праве в его практическом выражении.

Практикующий юрист всегда ориентирован на сложившиеся традиции нормативности правопорядка, действующую систему законодательства. Тем не менее для правоприменителя актуален вопрос понимания правовой реальности – в случае несовершенства, несправедливости правовых норм, пробелов в правовом регулировании, произвольного толкования норм уполномоченными лицами и т. п. Рядовой гражданин, носитель обыденного правосознания, при столкновении с подобными случаями реагирует на них (разумеется, не профессионально), исходя из общераспространенных представлений о социальной справедливости, которые нередко разбиваются о фактическую реальность юридической жизненной ситуации, в которой он оказался. В таком случае может действительно оказаться, что та или иная правовая норма, в особенности норма процедурного, процессуального характера, в ситуации практической реализации обнаруживает свое несовершенство не только с точки зрения данного лица, но и как объективная данность: вся правовая система причиняет самой себе вред, потому что гражданин утрачивает доверие к праву и квалифицирует его как ущербное, несправедливое образование. Но что возможно сделать для исправления данной ситуации, приведения ее к должной мере справедливости и возможно ли это на уровне юридической практики?

Традиционный подход к пониманию юридической практики в континентальной системе праве означает, что практика отражает, реализует нормативную разумность системы права, установленные правотворческим органом правовые предписания. Термин «реализация права» указывает на логическую последовательность и иерархическую определенность правового регулирования. В общеправовой теории процесс (механизм) правового регулирования означает, что право сначала создается, а затем реализуется. Это наиболее четко прослеживается в юридическом позитивизме, отождествляющем право и закон, причем правореализационный принцип законности как точной и неукоснительной реализации правовых предписаний основан на классическом, новоевропейском представлении о совершенном разумном законе, о чем шла речь в предыдущих главах. Однако существуют ли механизмы правового регулирования, когда закон адаптируется к разрешаемой жизненной ситуации?

Традиционно это возможно в континентальной правовой системе, но только при условии неприкосновенности нормы права: то есть единственный путь совершенствования правореализации в классическом правовом представлении – это общепринятое толкование права либо правотворчество. Впрочем, в юридической практике сегодня выработано множество разнообразных процедурных механизмов, с помощью которых фактическая, непосредственная правовая регламентация (создание конкретных динамичных юридических правил) переносится с правотворческой деятельности на юридическую практику. Действительно, это одна из современных тенденций правового регулирования. Правила, формируемые в практической деятельности, нельзя назвать нормами права в строгом смысле слова, если иметь в виду позитивистское правопонимание, принятое в юридической практике отношение к норме закона и в целом представление о правовой регламентации. Однако с позиции фактического правового регулирования и регулятивной значимости этих правил для юридической практики такая позитивистская позиция не аргументативна, поскольку с помощью этих правил существенно дополняется правовое регулирование, которое порой сложно назвать обычной реализацией правовых предписаний. Одним из ярких примеров таких механизмов являются обыкновения правоприменительной практики, различного рода методические руководства, разъяснения, указания, рекомендации, устоявшиеся модели деятельности и т. п., которые основательно дополняют (а не только конкретизируют) порядок правового регулирования; создают не предполагаемый законодателем

режим деятельности, не только пассивно реализуя норму права. Такие механизмы активно используются даже в сфере охранительного права¹.

Понимание и процесса реализации права, и юридической практики как таковой изменяется при новой трактовке права. В соответствии с рассмотренным в предыдущей теме подходом к строению нормы права предлагается и особое антропологическое правопонимание правореализации и юридической практики.

Основная особенность антропологического подхода к юридической практике заключается в том, что здесь приоритетны не столько институциональные правовые образования (в частности система законодательства) либо даже система правовых отношений, определенный правовой порядок и т. п.), сколько человекомерные, жизненно конкретные характеристики юридического, на фоне которых функционируют эти институциональные образования. Иными словами, речь идет об анализе практик правового существования человека в праве, которые можно объединить в одно родовое понятие «юридическая дискурсивная практика», о которой отчасти уже говорилось в параграфе 3.2.

В самом общем виде *юридическая дискурсивная практика* – это совокупность языковых практик и внешних к ней проявлений – практик языка юридической рациональности и значимого для понимания текста, связанного с ним юридически значимого поведения, формирующих представление о правовой реальности, саму эту реальность и определяющих способы работы с ней. Исследователь данной проблемы Н.Г. Храмова дает аналогичное определение юридической дискурсивной практики через близкое по смыслу понятие правового дискурса: «Понятие правового дискурса... рассматривается как система, охватывающая не только правовую и языковую, но и социокультурную реальности, находящих свое выражение в информации, обслуживающей правовую сферу коммуникации, речевую деятельность этой сферы, текст и контекст (как социальный, так и ситуативный)»².

Представление правовой реальности через дискурсивные практики является для юриспруденции довольно новым подходом, отличающимся от классического догматического описания права, которое основывается на доминировании субстанциального, нормативно заданного

¹ См.: Попов В.В. Обыкновения правоприменительной деятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. 22 с. ; Павлов В.И. Обыкновения правоприменительной практики как средство преодоления коллизий в праве: антрополого-правовой аспект // Юрид. техн. 2017. № 11. С. 250–257.

² Храмова Н.Г. Правовой дискурс как правовая категория [Электронный ресурс] // Современные проблемы экономики, управления и юриспруденции. Мурманск, 2009. 1 электрон. опт. диск (DVD-ROM).

уровня фиксации и отражения государственно-правовой жизни (эффективность механизма правового регулирования, правопорядок, уровень законности, стабильность законодательства, беспробельность права и пр.). Вот, например, каково традиционное представление нормативности в правореализационной деятельности: «„Юрист-практик“ имеет дело со знаковой, словесно-документальной официальной формой, заключающей в себе общеобязательные нормы; его цель – осуществить их в действительности, поэтому в практической деятельности он не может и не должен производить критику их содержания с позиции политики или философии права, ставить эти нормы под сомнение, за исключением лишь случая их формально-логического противоречия вышестоящим нормам. „Социальные факты“ интересуют практикующего юриста лишь в их связи с модельными юридическими фактами, содержащимися в гипотезах и диспозициях норм права. Практическая юридическая деятельность отправляется от норм должного поведения, объединенных логико-семантическими связками в юридические конструкции, система которых образует профессиональный „горизонт сознания“ всех носителей правоприменительной функции»¹.

Следует отметить, что в данной характеристике догматически представлены как сама нормативность, так и субъект правоприменения, которому, в отличие от антропологического понимания человека в праве, вменяется только сугубо «профессиональный горизонт сознания правоприменительной функции». Очевидно, что перед нами редукция правоприменительной деятельности и попытка свести ее к автоматизму. Так, в контексте «профессионального сознания правоприменительной функции» это сознательная методологическая установка на вытеснение из юридического дискурса любых юридически значимых антропологических содержаний и отказом от рассмотрения правовой действительности через понятие правовой жизни, что свойственно для позитивистско-нормативистского дискурса. Подобное узкое понимание субъекта правоприменения возможно лишь в случае опосредования правоприменительной деятельности техникой, которая сегодня все активнее используется для правового регулирования. Однако и технические средства в правоприменении все равно, как правило, сопровождаются обработкой полученных данных конкретным лицом, осуществляющим правоприменение.

В отличие от классического понимания юридической практики ее трактовка через призму дискурсивных практик – это не только то, что формально задано, но и то, что существует в реальном динамическом

¹ Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. С. 455.

поле различных конкретных юридических практик, в том числе практик правового существования конкретных лиц. Использование дискурсивного подхода к пониманию юридической практики помогает увидеть и понять реальные, ускользающие из-под власти формально-юридической идентификации юридически значимые события, тем не менее составляющие динамику правовой жизни. В реальной ситуации правореализации юридически значимая деятельность разворачивается не от нормы права, а от факта правовой жизни. Даже в специальной юридической деятельности (например, в процессуальной деятельности судьи, следователя, адвоката) юридическая практика воспринимается под воздействием весьма широкого поля локальных социокультурных и антропологических явлений, не говоря о непосредственной реализации права конкретным гражданином. Субъект правореализации никогда не работает исключительно в пространстве нормативности, более того – именно глубокое осознание юридически значимой ситуации обеспечивает эффективность правореализационного решения. Однако даже в самой нормативной системе права имеются технические инструменты, которые обуславливают антропологическую детерминацию в осуществлении права – это относительно определенные и альтернативные конструкции правовых предписаний, оценочные понятия, принципы права, правовые перечни и т. д.

Таким образом, использование понятия «юридическая дискурсивная практика» позволяет сместить акцент в понимании юридической деятельности с нормы права на ситуацию правового существования человека в праве, причем сама норма права, как было показано выше, в антропологической концепции права приобретает новый, антропологически обусловленный смысл.

Вопросы соотношения понятий «юридическая дискурсивная практика» и «юридическая практика». Основное отличие традиционного понятия «юридическая практика» от понятия «юридическая дискурсивная практика/практики» заключается в том, что в поле юридических дискурсивных практик как практик правового существования человека происходит не столько реализация, сколько становление, довершение нормативной системы права, создание нормативного пространства правовой регламентации. Этот тезис соответствует основной методологической позиции антропологической концепции права: главное в праве всегда человекомерно, выявляется в контексте и в связи с правовым существованием человека в праве. Еще раз обратим внимание, что юридическая дискурсивная практика есть не просто практика конкретизации правовых предписаний, их правоприменительного толкования – это преимущественно опыт формулирования, довершения,

интерпретации правил в конкретной юридически значимой ситуации. В данном случае нам близка вышеупомянутая позиция Г. Кельзена об индивидуальных нормах права¹.

Методологическое значение дискурсивного подхода к юридической практике заключается также и в том, что он дает возможность представить правовое регулирование не как юридизацию, но, напротив, как максимально возможную открытость права по отношению к социальности и человеку, жизненной фактичности разрешаемой ситуации. В этом снова усматриваются мотивы антропологического подхода к праву, согласно которому в разрешении жизненных ситуаций право должно ориентироваться не только на восприятие ситуации сквозь «юридические очки», но и на наиболее точное представление правовой жизни. Это не означает, однако, что при таком подходе сугубо юридический элемент, маркирующий в классических концепциях правопонимания жизненное как юридическое именно через норму права в ее традиционном значении, вытесняется некой неопределенностью. Текст закона остается юридическим субстратом, но, повторим, при этом лишается статуса сущности, главного в праве, правовой подлинности. Если вопрос только в дифференциации юридического и неюридического или в задаче сохранять юридическое «в чистоте» от влияния иных факторов социальной жизни, то эту роль выполняет норма права в ее знаково-текстуальной части, выражающейся в источнике права.

Усиленное внимание к проблеме дифференциации юридического и неюридического обусловлено философско-правовой идеологией Нового времени, формированием светской модели власти, политики и права. Но для человеческого существования в праве главное в том, как сделать право человекомерным, чтобы оно «воспринимало» и «видело» человека не в качестве формальной структуры, «субъекта права», а как личность, существующую в правовой реальности. Нередко правоведы упускают, что в фактической социальной жизни нет деления «юридическое/не юридическое», за исключением специфических по своей природе юридических отношений наподобие судебного, административного процессов, и то они всегда происходят в общественном контексте и наполнены социально-антропологическим содержанием, влияющим на выносимое решение.

Таким образом, в понятие юридической дискурсивной практики включены не только институциональные юридические структуры – нормы права, юридические процедуры и т. д., которые, безусловно, важны как элементы правовой реальности, но, главным образом, существую-

щий в правовой реальности человек – реальное лицо, выступающее в статусе истца, ответчика, правоприменителя, правонарушителя и проч. Человекомерность права эксплицирует правовое существование человека в праве в каждом факте правовой жизни, которая и должна выступать критерием в разрешении юридического дела, осуществления права, главного в праве. Человекомерность права не подрывает его регулятивные свойства, которые не только сохраняются, но и усиливаются за счет приближения правового воздействия к разрешаемой ситуации правового регулирования – к жизненному, фактическому. Собственно, в этом и заключается цель переосмысления понятия «юридическая практика».

Структура юридической дискурсивной практики. Использование понятия юридической дискурсивной практики не только смещает акцент в понимании осуществления права с нормы права на правовое существование человека в правовой реальности, но и подчеркивает те элементы правовой реальности, которые обычно в классическом юридическом дискурсе не анализировались и не учитывались. Речь идет о структуре юридической дискурсивной практики.

Юридическая дискурсивная практика может быть рассмотрена в совокупности следующих структурных элементов:

- 1) *практика языка юридической рациональности;*
- 2) *сопровождающее ее юридически значимое поведение;*
- 3) *человек в праве (агент юридического дискурса);*
- 4) *нормативная система права.*

Всякая юридическая дискурсивная практика также разворачивается на фоне *господствующего типа юридической рациональности* в рамках национальной правовой системы, где ведущим агентом формирования такого типа рациональности выступает, как правило, государство. Господствующий тип юридической рациональности (чаще всего официальный) хотя и не является структурным элементом юридической дискурсивной практики, тем не менее выступает контекстом ее осуществления, довольно серьезно влияя на первый элемент дискурсивной практики – язык юридической рациональности.

Остановимся на характеристике элементов юридической дискурсивной практики.

Под *практикой языка юридической рациональности* понимается *сложившийся и господствующий в той или иной области правореализации, сфере юридической деятельности либо даже определенном органе, подразделении тип отношения к нормативной системе права, который имеет свои основания не столько в формально-юридическом, сколько в текстовом (языковом) выражении, нередко выявляющемся*

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 290–295.

посредством особого слоя юридического контекста. Этот слой юридического контекста состоит из высказываний, восприятий, образа действий, выявления руководящих установок, подразумеваний, «обычно принятого», организационных, рекомендационных, координирующих и иных действий, имеющих ненормативную природу, – то есть всего того, что не поддается формально-юридической фиксации, однако, как правило, обязательно сопровождает нормативную систему права, выступая значимым фактором юридической деятельности. Именно язык через систему речевых актов, иных правовых коммуникаций наиболее полно характеризует правовой текст (не путать с традиционным понятием текста закона) как знаковую среду осуществления права, а также широкий социокультурный контекст, на фоне которого существует факт правовой жизни. Практика языка юридической рациональности, таким образом, показывает реальное действие нормативной системы права, вскрывая подлинное состояние правовой действительности, обнаруживая его в том виде, как его воспринимает конкретный человек в праве, оказавшийся в юридически значимой ситуации.

Язык юридической рациональности дает точное представление о порядке осуществления той или иной юридической деятельности как социального факта, конкретного факта правовой жизни. Язык юридической рациональности формируется ведущими агентами той сферы юридической деятельности, в рамках которой этот язык функционирует; в правоприменении – это уполномоченные правоприменительные органы, должностные лица, которые создают дискурс правоприменения.

Юридически значимое поведение как форма сопровождения языковых практик представляет собой *конкретные действия (либо бездействие), обеспечивающие воплощение языка юридической рациональности по поводу юридически значимой ситуации, подлежащей разрешению.* Юридически значимое поведение как форма сопровождения языковых практик может быть двух видов: 1) не связанное с нормативной системой права; 2) связанное с нормативной системой права.

Действия по воплощению языка юридической рациональности, непосредственно не связанные с нормативной системой права, – это организационные, управленческие, технические и иные мероприятия, которые направлены на формирование правовой действительности под влиянием доминирующего языка юридической рациональности. Например, это деятельность по реализации методических разъяснений, рекомендаций, указаний о порядке конкретных юридически значимых действий в том или ином случае без изменения нормативно-правового порядка и наряду с ним.

Действия, непосредственно связанные с нормативной системой права, представляют собой влияющие на правореализацию акты юриста-практика. Наиболее часто это деятельность по смысловому наполнению знаково-текстуальной части правовой нормы тем или иным правовым смыслом на основе определенной дискурсивной установки либо это выполнение указаний вышестоящего органа, рассчитанных на их обязательное восприятие вне зависимости от наличия нормативных оснований, согласия ведущих агентов в той или иной сфере правоприменительной деятельности и т. д. Нередко при этом правовое смыслопорождение знаково-текстуальной части правовой нормы возникает не в результате анализа знаковой среды нормы права, а в силу интерпретации языка рациональности и господствующей установки. В этом случае возможна ситуация и логического выхода правового смысла, порожденного субъектом правоприменения, за рамки текстовой части правовой нормы. Разумеется, что это прямо влияет на порядок правового регулирования, создавая правовые смыслы на основе господствующего языка юридической рациональности.

Человек в праве, или агент юридического дискурса, – это лицо, которое, выполняя определенную нормативную функцию, статус, роль (позицию субъекта права), воплощает через эту роль господствующий язык юридической рациональности в конкретной разрешаемой им юридически значимой ситуации. Человек в праве в контексте юридического дискурса выступает актором юридического дискурса – носителем и активным агентом формирования и реализации языка юридической рациональности.

Степень воплощения человеком в праве установок юридической рациональности может быть различна, поскольку она связана с его личными антропологическими содержаниями, прежде всего личностными ценностями. Главное в человеке в праве применительно к юридической дискурсивной практике заключается в обладании тем или иным лицом в сфере права конкретными антропологическими содержаниями – поскольку во многом именно они обуславливают дискурсивный порядок, согласие или сопротивление лица этому порядку, критерии, по которым это лицо осуществляет свою юридическую деятельность с учетом доминирующей юридической рациональности и т. д. От человека в праве, таким образом, во многом зависит эффективность осуществления права. Как мы указывали в параграфе 3.4, для права важна ориентация человека в праве на личностный способ правового существования, ключевым ориентиром которого является справедливость как личностная и социальная ценность.

Нормативная система права (пространство нормативности) применительно к понятию юридической дискурсивной практики рассма-

тривается как *система правовых предписаний, действующая в рамках национальной правовой системы или той или иной области правореализационной деятельности*. В данном случае нормативная система права может быть понята как система объективного права.

Нормативная система права в контексте юридической дискурсивной практики определяется как объект, на который воздействует человек в праве; по сути, это правовое явление, существующее наряду с господствующим языком юридической реальности, нередко однопорядковое и даже иногда конкурирующее с ним по степени регулятивной значимости. В юридической дискурсивной практике нормативная система может быть подчинена языку юридической рациональности, может существенно дополняться, трансформироваться под влиянием дискурсивной практики, однако при этом именно она служит основанием легально разрешаемой юридически значимой ситуации как ситуации, разрешенной на правовой основе.

Дискурсивное представление юридической практики отличается от обычного понимания этой области правовой реальности. Вместе с тем и в традиционных подходах можно встретить довольно обстоятельное описание юридической практики. Так, отечественный правовед В.Н. Бибило выделяет следующие ее элементы: «1) Объекты юридической практики – материальные и нематериальные блага, предметы и явления, служащие удовлетворению общественных и личных потребностей; 2) субъекты юридической практики – участники правоотношений, которые своими действиями создают юридическую практику; 3) юридические действия – внешнее выражение поведения субъектов юридической практики; 4) средства юридической практики – предметы и явления, с помощью которых обеспечиваются достижение определенных целей и получение соответствующих результатов; 5) способы осуществления юридической практики – наличие условий и предпосылок деятельности; 6) результаты юридической практики – итоги юридической деятельности, позволяющие удовлетворить интересы человека, групп людей или общества в целом, складывающиеся путем отбора юридических действий, наиболее полезных, целесообразных и имеющих перспективное значение; 7) формы юридической практики – внешнее проявление юридической практики, сконцентрированное в процедуре принятия решений и их документальном оформлении»¹. Сопоставление элементов юридической дискурсивной практики и юридической практики в классическом понимании показывает, что основное различие между ними заключается в том, как понимаются право и порядок правовой регламентации.

¹ Бибило В.Н. Проблемы юриспруденции : избр. тр. Минск, 2010. С. 125.

Таким образом, анализ практик языка юридической рациональности, сопровождающего их юридически значимого поведения, агента юридического дискурса и нормативной системы права приводит к выводу, что исследование практического осуществления права через дискурсивные практики выявляет и формально-юридическую, и фактическую стороны права, и те критерии его реализации, которые ускользают при традиционной интерпретации юридической практики. Дискурсивная юридическая практика дает понимание фактической правовой жизни как она есть и существенно дополняет традиционное и достаточно формализованное понимание реализации права как точного и неукоснительного соблюдения правовых предписаний (законность) с позиции конкретного правореализационного хода. В антропологии права традиционное обращение к классическому понятию юридической практики осуществляется с оговоркой, поскольку такая практика всегда имеет в виду отслеживание реализации уже нормативно заданного правового порядка. В нем отсутствуют как таковые фигура самого практика (человека в праве, или агента дискурса), язык господствующей юридической рациональности и подчиненное ему поведение, что, на наш взгляд, приводит к недостаточному уровню понимания правовой действительности.

5.2. Классические подходы к юридической ответственности. Перспективная и ретроспективная модели юридической ответственности

Специальная деятельность компетентных государственных органов по реализации мер юридической ответственности, с одной стороны, направлена на защиту правопорядка, обеспечение стабильного функционирования права, в связи с чем со стороны общества и государства повышаются требования к качеству этой деятельности. С другой стороны, она связана с ограничением прав и свобод граждан, и в случае ее недостаточной эффективности, непродуманных подходов к построению института юридической ответственности, ошибок подрывается социальный порядок в силу неоправданного применения репрессии и, таким образом, формируемого у гражданина недоверия к праву и государству.

Достижение целей действия права связано с глубоким пониманием юридической практики и связанных с ней правовых явлений. Поэтому на основании подходов к юридической практике, выработанных в постклассической юридической методологии в целом и антропологической концепции права в частности, рассмотрим классические подходы к юридической ответственности, критически проанализировав традиционные подходы к ответственности, сопоставив их с новыми постклассиче-

скими правовыми концепциями. В частности, будут использованы разработки постклассической антропологии права как методологического основания для исследования традиционных подходов к юридической ответственности. Это даст возможность более отчетливо выявить различие между классической и постклассической методологиями относительно теории юридической ответственности. Укажем на специфику соотношения общих правовых концепций и частных правовых теорий.

Рассмотренные в гл. 2 энергийно-правовой дискурс и антропология права, иные постклассические правовые концепции к праву представляют собой методологический язык, который, не будучи прямо отраслевым или прикладным методом, тем не менее может выступать методологическим основанием для построения юридической теории среднего уровня. Однопорядковой (то есть частной правовой) теории юридической ответственности в рамках постклассического правоведения пока не выработано, поэтому сопоставляться будут разноуровневые теории – общая и частная.

Всякая частная правовая теория о той или иной составляющей правовой реальности, в том числе в рамках отрасли права (теория субъекта права, теория правоотношения, теория квалификации преступления, теория доказывания и т. д.), помимо ее направленности на разработку конкретного отраслевого инструментария, базируется на определенном общеметодологическом фундаменте. Классический подход к юридической ответственности в качестве такового использует новоевропейский юридический дискурс, выработанный в западноевропейских философских системах периода буржуазных революций. Гуманистическое направление в охранительном праве, которое сформировалось в Новое время (Ч. Беккариа, Ч. Ломброзо и др.) под влиянием общих идей данной эпохи, также использовало дискурс субъекта права и принципы рациональности, разумности нормы, закона и т. д. Показательно, что в ключевом трактате Ч. Беккариа, посвященном уголовному праву, изложено новое понимание субъекта уголовного права, что было обусловлено положениями новоевропейского правового дискурса – идеями закона, жесткой связанностью судьи логическим силлогизмом в судопроизводстве, противопоставлением человека и общества государству (идея общественного договора), ограничением верховной власти, разделением властей. Несмотря на, казалось бы, общий гуманистический пафос этих идей, в трактате зафиксированы базовые характеристики новоевропейской модели человека: индивидуализм, утилитаризм, эгоизм, отрицание традиций, возвеличивание человеческой природы вне зависимости от ее фактического нравственного состояния, снижение роли государства в регулиро-

вании общественных отношений и т. д. Ч. Беккариа считает, что «верховная власть, говорящая от имени всего общества, компетентна принимать законы общего характера, обязывающие всех. Но она не может судить о том, нарушил ли кто-либо общественный договор...»¹; воспроизводит идею И. Бентама о том, что законы должны быть подчинены интересу индивида и его утилитарному благу, рассматриваясь «исключительно как наивысшее счастье для максимально большего числа людей»².

Новоевропейская правовая методология в связи с формированием модели человека в области охранительного права внесла, таким образом, в нее те же общие особенности, о которых мы говорили выше и которые в итоге привели к антропологическому кризису.

Постклассический подход к юридической ответственности строится на принципах, соответствующих постклассической методологии юридической науки. Поэтому классические подходы к юридической ответственности, как уже было отмечено выше, будут выявляться в результате юрико-антропологического анализа проблемных мест классического подхода, чтобы впоследствии наметить перспективы разработки постклассической модели юридической ответственности, определить специфику создания отраслевого инструментария для охранительных отраслей права, различных специальных юридических понятий и конструкций. Задача непосредственного определения понятий и конструкций того или иного вида юридической ответственности должна решаться уже по преимуществу представителями отраслевых юридических дисциплин – специалистами уголовного права, уголовного процесса, административного права и т. д.

Первое проблемное положение классической модели юридической ответственности заключается в том, что данная модель разработана на институциональной основе. Все основные конструкции юридической ответственности направлены на обеспечение нормативного механизма реализации юридической ответственности, то есть реализацию нормы охранительного права. Само правонарушение в этой модели понимается формально и нормативно, как нарушение правовой нормы субъектом права – правонарушителем. С этим связывается эффективность ответственности и законность как принципы ее осуществления, целевая направленность и критерий оценки ее реализации.

Создание постклассической модели юридической ответственности на базе антропологии права обуславливается спецификой энергийно-правового дискурса, антропологического типа правопонимания и пред-

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М., 2004. С. 73.

² Там же. С. 64.

ставления юридической практики. Поскольку в основоустройство энергично-правового дискурса положена вполне определенная идея о субъекте права как о человеке в правовой реальности, а критерием главного в праве в антропологическом типе правопонимания признается не норма права и механизм ее реализации, а событие встречи человека в праве с нормой права и фактом правовой жизни, то концепция юридической ответственности изначально *конструируется не на институциональной, а на антропологической основе.*

Чтобы практически осуществлять право, приоритетными должны быть не институциональные, а человекомерные содержания, именно поэтому феномен юридической ответственности в антропологии права также рассматривается не столько через институты, устанавливаемые государством для наказания правонарушителя, сколько *через выявление связи феномена ответственности с правовым существованием человека в праве.* В этом и заключается главный принцип энергично-правового анализа юридической ответственности, что не означает отказа от институционального содержания юридической ответственности, но требует выдвижения в качестве базового методологического ориентира именно антропологический компонент.

Второе проблемное положение классической модели юридической ответственности связано с ее телеологией, правовым смыслом и социальным назначением. Рассмотрение юридической ответственности в таком аспекте в рамках антропологии права, как уже было отмечено выше, предполагает ее человекомерное представление – не как институциональное, процедурное, технико-юридическое обеспечение реализации норм права, обеспечивающих применение к правонарушителю мер ответственности, а как реакция, ответ человека в праве перед правовым порядком, правовой системой. Суть юридической ответственности не в механизме (процедуре) реализации правовых норм, устанавливающих юридическую ответственность, а в том, что это *«ответ» человека в праве* перед правовым порядком, правовой системой. В точном этимологическом смысле слова человек от-веч-ает (веч-[ать] – от ст.-слав. корня *вѣтъ* – «совет, договор»; ср.: вече; др.-греч. «решение, воля, совет»)¹, позиционируя себя перед правовым порядком, правовой общностью, обществом. Смысл слова «ответ» – ответ правонарушителя – это речь, [с]казание, вы-[с]казывание себя по отношению к праву, волевая реакция на запрос, требование, обращение права и правового порядка к субъекту.

¹ Фасмер М. Этимологический словарь русского языка [Электронный ресурс]. URL: <http://etymolog.ruslang.ru/index.php?act=contents&book=vasmer> (дата обращения: 18.10.2015).

При этом ответ лица понимается не как претерпевание неблагоприятных мер карающего типа уже после совершения правонарушения, что соответствует классической модели юридической ответственности, но само правонарушение – это состоявшийся ответ такого рода, ответ в форме нарушения права.

Иными словами, антропологический подход к праву в отличие от классической модели ответственности предполагает более широкое раскрытие феномена юридической ответственности как юридической фиксации реакции человека в праве в процессе его правового существования на запрос права и правового порядка, в том числе реакции, включающей в себя и совершение правонарушения. В антропологии права юридическая ответственность может, таким образом, определяться как процесс правового существования человека в праве (в аспекте определенной расположенности его к правовому порядку), выявляемый через совершение правонарушения. Признать ответственность лишь как претерпевание лицом карающих мер юридического воздействия после правонарушения согласно антропологии права недостаточно, поскольку в этом случае лицо рассматривается в институциональной форме, через отношение к правовому порядку только после совершения правонарушения.

Следовательно, юридическая ответственность в контексте процесса правового существования человека в праве в аспекте определенной расположенности его к правовому порядку предполагает изучение практик правового существования лица в трех временных параметрах:

- а) до совершения правонарушения;*
- б) после совершения правонарушения;*
- в) в момент совершения правонарушения.*

Традиционно правовое существование лица до, в момент и после совершения правонарушения фиксируется через юридические модели – конструкции, которые моделируют поведение лица, формализуя его поведение в нормах права (при этом фиксация может выражаться различно).

В классической модели юридической ответственности момент до совершения правонарушения юридического значения не имеет; с позиции реализации ответственности важен сам факт совершенного правонарушения; правовое существование лица до совершения правонарушения не учитывается или, по крайней мере, не влияет на квалификационную деятельность, так как сами конструкции ответственности – конструкция правонарушения, его состава и т. д., – не рассчитаны на то, чтобы это учитывать. Учет правового существования именно посредством включения его в юридические конструкции ответственности (а не, например, в перечень значимых обстоятельств, которые могут быть учтены, а мо-

гут и не приниматься во внимание судом – например, смягчающие или отягчающие ответственность обстоятельства) следует признать принципиальным, он обязывает рассматривать правонарушение как целостный процесс правового существования.

Момент, или событие непосредственного совершения правонарушения, предопределяется охранительной нормой права и юридической конструкцией состава правонарушения, которая создает формальную модель противоправного деяния. В рамках этой модели каждому элементу определена своя точная функция, вне которой иные юридически значимые содержания не имеют значения для реализации юридической ответственности. Например, лицо, совершившее правонарушение, с позиции состава воспринимается через формальное представление о его деликтоспособности и вине. Лицо, пострадавшее от преступления, вообще не имеет самостоятельного места в составе правонарушения¹, что и предполагает институциональный подход к юридической ответственности. Значит, участие лица, пострадавшего от правонарушения, уменьшается и с позиции охранительного правоотношения, хотя понятно, что именно это лицо – центральная фигура и ориентир для охранительного права с точки зрения восстановления субъективного права этого лица.

Момент после совершения правонарушения предопределяет претерпевание правонарушителем карающих мер воздействия, при этом реакция лица, нарушившего право, и его расположение к правопорядку как акт воли не имеют значения, кроме определенных поощрительных и компенсационных мер, применяющихся за положительное посткриминальное поведение. В юридических конструкциях, которые обеспечивают реализацию юридической ответственности (в основном это также состав правонарушения), не учитывается процесс правового существования субъекта после правонарушения. По крайней мере, это не предполагается с позиции квалификации противоправного деяния – а это главный момент и интерес ответственности для лица, совершившего правонарушение.

За последнее десятилетие в охранительных отраслях права, особенно в уголовном праве и процессе, количество правовых норм поощрительного и компенсационного характера, направленных на учет и фиксацию в квалификационной деятельности постпротивоправного поведения, увеличилось. В качестве примера можно привести уже упоминавшийся и

¹ См.: Павлова Л.В. Понимание и содержание правового статуса потерпевшего (пострадавшего) в уголовном праве // Актуальные проблемы совершенствования уголовного законодательства Республики Беларусь на современном этапе / под ред. Д.В. Шаблинской. Минск, 2015. С. 146–174.

активно развивающийся в Беларуси институт медиации, в том числе и в сфере охранительных отраслей права¹, хотя он в основном направлен не на замену, а на компенсацию недостатков формализованного представления правонарушения. К этой же сфере принадлежат и новые разработки в сфере юридической конфликтологии, в которых предпринимается попытка переосмысления правонарушения – рассмотреть его не как социально опасное деяние, а как социальный и юридический конфликт².

Несмотря на отдельные новации в сфере юридической ответственности, она традиционно понимается как реализация правовых норм, вследствие чего человек в праве (правонарушитель, а порой и пострадавшее от правонарушения лицо) выступает в роли элемента обеспечения функционирования механизма ответственности.

Таким образом, в отличие от классической модели ответственности, антрополого-правовая модель состоит в том, чтобы рассмотреть телеологию, направленность и эффективность реализации ответственности не только через институциональную реализацию процедуры ответственности, но, главным образом, раскрыть расположение и процесс реакции человека в праве по отношению к правопорядку в смысле личностного конститутивного отношения к правовым параметрам, в которых ему приходится существовать. *Юридическая ответственность, понимаемая как реакция субъекта на правовой порядок, правовое сообщество как социальное целое, должна извлекаться не только из факта нарушения правила поведения, но и из структуры и основоустройства самого человека в праве и его правового существования. Установление юридической ответ-*

¹ Каменков В.С. Медиация в уголовном праве и уголовном процессе в Беларуси и иных странах (аналитический обзор) (по состоянию на 15.12.2014) [Электронный ресурс] // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс. Беларусь»; «О медиации» [Электронный ресурс]: Закон Республики Беларусь от 12.07.2013 № 58-3 (ред. от 05.01.2016). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс. Беларусь»; Мелешко В.В. Медиация в уголовном процессе Республики Беларусь (по состоянию на 08.06.2016) [Электронный ресурс] // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс. Беларусь»; Шилин Д.В. Перспективы введения медиации в уголовный процесс (по состоянию на 23.01.2015) [Электронный ресурс] // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс. Беларусь».

² См.: Павлов В.И. Юридические конфликты: теоретико-методологические аспекты разрешения в процессе применения права: дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 2006. 121 с.; Павлов В.И., Федчук И.Л. Роль конфликта в совершении административного правонарушения в сфере семейно-бытовых отношений // Науч. тр. Акад. упр. при Президенте Респ. Беларусь. Вып. 8. 2006. С. 367–378; Павлов В.И. Философия преступления: преступление как следствие нравственного падения человека // Проблемы борьбы с преступностью и подготовки кадров для органов внутренних дел Республики Беларусь: тез. докл. Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. Дню белорус. науки (Минск, 25 янв. 2008 г.). Минск, 2008. С. 155–158.

ственности должно быть связано с оценкой правового существования не только в связи с совершенным лицом правонарушением.

Третье проблемное положение классической модели юридической ответственности связано с сопоставлением двух ее традиционных разновидностей с антрополого-правовым пониманием юридической ответственности.

В классической модели ответственности выделяют ретроспективную (негативную) модель юридической ответственности и перспективную (позитивную) модель юридической ответственности, которая в последние десятилетия приобрела наибольшую популярность¹. В частности, российские ученые отмечают, что «соблюдение требований уголовного закона его адресатами (правомерное уголовно-правовое поведение) влечет за собой положительную, основанную на уголовном законе оценку (одобрение) со стороны государства и (факультативно) поощрение, то есть *позитивную уголовную ответственность*»² [курсив наш. – В. П.].

Различие между ретроспективной и перспективной моделями юридической ответственности имеет методологическое и даже парадигмальное значение, поскольку в них усматривается различная телеология ответственности. В ретроспективной модели ответственность понимается как кара за уже совершенное правонарушение, соответственно главным ориентиром устанавливается соблюдение законности как точного и неукоснительного исполнения норм ответственности в ходе ее реализации. В перспективной модели ответственность понимается как стимул правомерности и главной целью определяется соблюдение субъектом уголовно-правового запрета и поощрение со стороны общества и государства такой формы поведения.

Сравнение содержания юридической ответственности в антропологии права и указанных моделях юридической ответственности показывает, что последние основываются на классическом институциональном понимании ответственности, то есть когда в цепи «*правонарушитель – охранительная правовая норма – карающий государственно-правовой институт*» акцентируются второй и третий элементы, а первый и, казалось бы, главный элемент – правонарушитель как человек в праве, личность в аспекте ее реакции на правопорядок – остается лишь объектом, пассивно претерпевающим элементом. Тем не менее перспек-

¹ См.: Носкова Е.А. Позитивная юридическая ответственность / под общ. ред. Р.Л. Хачатурова. Тольятти, 2003. 144 с.; Цишковский Е.А. Позитивная и перспективная юридическая ответственность в системе социального контроля: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2003. 186 с.

² См.: Российское уголовное право. Общая часть / под ред. В.С. Комиссарова. СПб., 2008. С. 121.

тивная модель юридической ответственности все же в большей степени учитывает антропологические содержания ответственности, так как в ней подчеркивается не кара, а предшествующее правонарушению поведение субъекта (хотя такое методологическое смещение в рамках традиционных понятий теории юридической ответственности может привести к определенному противоречию при использовании понятийно-категориального аппарата. Представляется, что в рамках этой концепции упускается важнейшее значение факта правонарушения, составляющего суть теории юридической ответственности, в результате чего возникает опасность нивелирования охранительной функции права. В традиционной ретроспективной модели ответственности правонарушение если и понимается институционально как претерпевание кары за нарушение нормы права, но все же оно является центральным понятием правового анализа и не упускается из него.

Для антропологического подхода к праву *правонарушение* также центральное понятие, хотя понимается иначе – как факт негативного личностного отношения к правопорядку, обусловленный нравственно упречными личностными юридически значимыми содержаниями, проявляющимися в процессе правового существования и выразившимися в нарушении норм права.

Несмотря на различного рода компенсационные и поощрительные меры, применяемые к правонарушителю, тем не менее, в силу свойств самих юридических конструкций, которые составляют инструментальное обеспечение юридической ответственности, аксиологическим центром традиционного подхода к ответственности остается не человек в праве, а факт нарушения правовой нормы, на фоне которого позиция человека в праве не представляет существенного значения. Действительно, классический подход к юридической ответственности с позиции квалификации правонарушения не нуждается в правонарушителе как человеку в праве, как личности: правонарушителя как человека в праве определяют лишь с позиции его пригодности, то есть деликтоспособности, и используют как одно из оснований для разворачивания институциональных практик юридической ответственности. Правонарушитель далее выпадает из поля зрения, не включается в работу по реализации, «взвешиванию» аргументов для достижения эффективности юридической ответственности, которая, в сущности, уже предопределена формализованной моделью состава правонарушения. В составе правонарушения место правонарушителя как человека в праве предопределено субъектом правонарушения как элементом состава.

Таким образом, в традиционном подходе к юридической ответственности несложно усмотреть признаки классической юридической рациональности, основанные на объективированном представлении о человеке как рациональной субстанции, разумной сущности, которая может быть исправлена, восстановлена в разумности институциональным путем – актом наказания через норму ответственности в юридическом процессе.

В традиционной институциональной модели юридической ответственности, равно как и в классическом юридическом дискурсе в целом, используется понятие субъекта права как субъекта правонарушения, но в силу объективной необходимости выяснения особенностей противоправного поведения субъекта все же фиксируются определенные юридически значимые антропологические характеристики правонарушителя: Например, при формулировании состава правонарушения и разработке нормы права устанавливаются форма вины, мотивы, цели и т. д. Однако в соответствии с логикой институциональной модели юридической ответственности эти антропологические черты подлежат формализации: они задаются через норму права и/или правила квалификации правонарушения. Конечно, это обычный формально-юридический подход к выражению антропологических содержаний. Вместе с тем внедрение в охранительные отрасли права вышеуказанных медиативных процедур, иных частно-правовых элементов представляется методологической новацией, позволяющей уйти от формального представления антропологических содержаний в нормативной системе.

Как мы говорили в предыдущей главе, формализация юридически значимых антропологических содержаний является редукцией человекомерности права, поскольку основоустройство человека в праве с позиции антропологического подхода конституируется в проявлениях изначально неформализованного, энергийного типа – в практиках правовой субъективации, юридически значимых личностных свойствах человека. В традиционной модели юридической ответственности эта особенность компенсируется криминалистической и криминологической поддержкой квалификационной деятельности (например, в части криминологической характеристики лица, совершившего правонарушение), описанием специфики его преступного и постпреступного поведения и т. д. Однако в классической модели ответственности данная информация не включается и не может быть включена полноценно как составной элемент юридической конструкции в формализованную модель состава правонарушения. Она является косвенной и фактически не влияет на реализацию охранительной нормы права, потому что само правонарушение понимается как факт нарушения закона. На основа-

нии этого можно сделать вывод, что невозможность проникновения личностных антрополого-правовых содержаний в институциональное строение юридической ответственности обусловлена методологическими особенностями классического подхода к юридической ответственности, окончательно сложившегося на основе новоевропейского юридического дискурса.

Институциональный характер традиционной модели юридической ответственности связан и со своеобразием понимания преступления, дискурсом преступления, который сформировался на основе классической юридической рациональности. М. Фуко в своей работе «Рождение биополитики»¹ показал, что восприятие человека в праве в качестве субъекта в эпоху Нового времени обусловило и качественное изменение понимания преступления. Феномен преступления, его сущность не изучались – приоритетным стал анализ запрещенного законом деяния, то есть институциональный анализ. По мнению М. Фуко, уголовная политика деформировалась: уголовная система стала смотреть не на преступника, а на формализованное действие². Юристы-практики сосредоточились не на человеке, нарушившем право, а на схеме формализованного действия, под которую подпадало поведение этого человека. Формирование данной уголовной политики, основанной на данной новоевропейской парадигме, привело к тому, что сегодня «уголовный кодекс не дает никакого сущностного, качественного, морального определения преступления»³.

Не будет преувеличением сказать, что аналогичная ситуация наблюдается сейчас и в уголовном законе, и уголовно-правовой доктрине. Поскольку в уголовно-правовых исследованиях сущность преступления не подвергается антрополого-правовому анализу и рассматривается лишь формально – как запрещенное установленным законом деяние, – постольку и сама уголовно-правовая реальность воспринимается как исключительно нормативная система, совокупность формализованных уголовно-правовых запретов. Уголовно-правовая доктрина и все иные отраслевые теории ориентированы на нормативистский тип правопонимания, формирующий соответствующее правовое представление и исследовательские подходы. Все остальные ненормативные факторы уголовно-правовой реальности, даже если теоретически и включаются в работу, тем не менее не значимы для исследователя прежде всего из-за того, что они не попадают в процесс квалификации преступления из-за отсутствия их нормативных аналогов в виде уголовно-правовых

¹ Фуко М. Рождение биополитики. 448 с.

² Там же. С. 313.

³ Там же. С. 315.

конструкций. Например, сегодня это касается осмысления а) проблемы формирования объекта уголовно-правовой охраны (он основывается на понятии конкретного блага, ценности, на которые посягает правонарушитель, и т. д.); б) проблемы понимания формально-юридических и фактических взаимосвязей между различными лицами в уголовном праве в отношении уголовно-правовых норм и совершенного противоправного деяния; в) проблемы роли лица, пострадавшего от преступления, в механизме уголовно-правового регулирования; г) вопросов фактического конститутивного отношения лица к содеянному в сравнении с формализованным понятием вины в конструкции состава преступления и т. д.

Описанный М. Фуко методологический разрыв между понятием преступного и формализованным понятием преступления как деяния, нарушающего закон, имевший место в новоевропейской методологии, обусловил и постепенное вытеснение криминологии как науки о преступлении из квалификационной деятельности в охранительных отраслях права (в частности, в уголовном праве) в сферу дескриптивной, второстепенной и отделенной от уголовного права науки о преступлении, а еще в XIX в. изначальный смысл уголовно-правового регулирования полагался именно в синтезе фактического и нормативного, этического и формально-юридического, квалификационного, жизненного факта и его отражения в норме¹. Криминологические знания о преступности и преступлении на этапе становления классического уголовного права могли быть включены в регулятивную юридически значимую деятельность – особенно это касается системы континентального права. Однако многочисленные попытки обоснования в XIX в. различных концепций преступности (Р. Гарофало, Ч. Ломброзо, Г. Тард, Э. Ферри и др.) не привели к включению криминологического знания в процесс уголовно-правового регулирования, в том числе из-за господства догматического правового языка права. Впрочем, в континентальном праве Западной Европы антропологическое понимание преступного было учтено в некоторых пенитенциарных концепциях – например, в скандинавской теории аболиционизма (Г. Бианки, Н. Кристи, Т. Матисен, Л. Хюльсман).

На наш взгляд, криминология как наука о преступлении должна быть не просто средством описания преступного, *ее важно включить в процесс квалификации и построения деятельности по реализации юридической ответственности*; криминология должна стать составной частью общей теории уголовного права. Как уголовно-исполнительное право, так и криминология должны составлять единый познавательный ком-

¹ См.: Лепс А. Современная диалектическая криминология (новый взгляд на изучение криминологии) / под ред. И.Л. Честнова. Таллинн, 2016. 104 с.

плекс, так как это взаимодополняемые дисциплины. Однако для этого необходимо методологически переориентировать традиционную модель юридической ответственности с институциональной на антропологическую и разработать новые юридические понятия ответственности, которые выступили бы альтернативой либо стали бы средством совершенствования традиционных юридических конструкций ответственности.

5.3. Юридическая ответственность в контексте антропологической правовой теории

На основании выявленных отличительных особенностей классической и антропологической моделей юридической ответственности рассмотрим основные теоретические положения последней. Безусловно, конкретный отраслевой инструментальный предпочтительнее разрабатывать в рамках соответствующей отраслевой теории ответственности, что требует работы с фактически данным нормативным пространством в рамках той или иной правовой системы. Вместе с тем можно использовать теоретические положения антропологической концепции юридической ответственности, которые напрямую связаны с созданием конструкций в рамках отраслевой теории ответственности. Всего нами выделено шесть таких положений. Охарактеризуем их.

1. Антрополого-правовая концепция юридической ответственности использует не институциональное, а антропологическое методологическое основание: телеология юридической ответственности, все понятия и конструкции ответственности (прежде всего, понятия правонарушения, его состава и самой ответственности) не столько отражают формальное понимание нарушения права как нарушение нормы закона, сколько сориентированы на само лицо, человека в праве, совершившего правонарушение, а также и иных лиц, попадающих в поле реализации ответственности в юридическом процессе (потерпевший от правонарушения, свидетель и т. д.).

Человекомерность ответственности означает методологическое включение в модель ответственности человека в праве, взятого в личностных структурах, которые формируются практиками правового существования относительно юридически значимого поведения. Нормативно человекомерность ответственности достигается путем введения новых понятий юридической ответственности, правонарушения и содержательного понятия лица, нарушившего закон.

Юридическая ответственность, как указывалось выше, – это *претерпевание правонарушителем определенных мер карающего воздействия на основании рассмотрения противоправного деяния не только*

в аспекте нарушения закона, но и как факта негативного личностного отношения к правопорядку, обусловленного нравственно упречными личностными юридически значимыми содержаниями, проявляющимися в процессе правового существования. В антрополого-правовом смысле правонарушение поэтому рассматривается не только как факт нарушения нормы права, то есть не только как формальное понятие совершения деяния, запрещенного законом.

Правонарушение в антрополого-правовом смысле – это факт негативного личностного отношения к правопорядку, обусловленный нравственно упречными, личностными юридически значимыми содержаниями, проявляющимися в процессе правового существования и выразившимися в нарушении нормы права. Степень нравственно упречных личностных содержаний может быть различна, однако с позиции квалификации она должна влиять на дифференциацию юридической ответственности в силу следующей закономерности: чем менее упречны нравственные содержания, тем меньше мера ответственности. Конечно, речь идет, главным образом, об умышленных правонарушениях, однако правонарушения, совершенные по неосторожности также должны быть, на наш взгляд, дифференцированы по этому же критерию. Отдельную категорию должны, безусловно, составить те виды правонарушений, в которых отсутствуют моменты осознания противоправности, предвидения и желания лицом негативных последствий (противоправная небрежность).

Следовательно, *правонарушитель* – это не только формальный субъект правонарушения, «субъект» как элемент состава правонарушения, но и *лицо, допустившее личностное негативное отношение к правопорядку на основании определенных упречных практик правового существования, выразившееся в факте нарушения нормы права*. Личностные качества правонарушителя в контексте правопорядка в целом и конкретного факта совершения правонарушения проявляются, таким образом, в системе уголовно-правовых и криминологических характеристик – в составе правонарушения как признаки, позволяющие учитывать их в квалификационной деятельности. Негативный характер практик правовой субъективации обусловлен ценностными структурами личности, которые должны найти отражение в составе правонарушения или иной квалификационной модели, фиксирующей момент до, во время и после совершения правонарушения, что выражается в итоговом вменении лицу того или иного правонарушения.

2. Антропологический подход рассматривает временные параметры юридической ответственности в контексте процесса правового суще-

ствования человека в праве, нарушившего закон, в аспекте определенной расположенности к правопорядку в трех временных фазах: до, в момент и после совершения правонарушения. Так, антрополого-правовая концепция юридической ответственности, помимо самого факта правонарушения (момента его совершения), учитывает еще два дополнительных временных параметра: а) отношение человека в праве к правопорядку до совершения им правонарушения и б) отношение человека в праве к правопорядку после совершения им правонарушения, в момент институционально-правовой реализации мер юридической ответственности по отношению к нему.

Центральным моментом юридической ответственности является факт нарушения права, поэтому и его фиксация, и реакция правоохранительных органов на нарушение права возможны лишь после совершенного правонарушения. Утверждая обратное, упуская такой факт из вида, сторонники позитивной юридической ответственности совершают, на наш взгляд, принципиальную ошибку.

Итак, фактическая деятельность по реализации юридической ответственности в антрополого-правовой концепции осуществляется после совершения правонарушения. Вместе с тем момент «до совершения правонарушения» в плане отношения человека в праве к правопорядку на основании практик правовой субъективации должен быть юридически учтен, то есть включен в квалификационную деятельность.

3. Момент «до совершения правонарушения» правонарушением не является, он создает риск нарушения ключевого принципа охранительного права «*nullum crimen, nulla poena, sine lege*» («без закона нет ни преступления, ни наказания»), тем не менее его фиксация и юридико-аналитическая работа с практиками правового существования до совершения правонарушения весьма принципиальны в целях превенции и повышения эффективности юридической ответственности через более точное познание личности правонарушителя и его правонарушающего поведения в отношении к правопорядку. Исключение же объективного вменения в данном случае может быть достигнуто через разработку базовой юридической конструкции для квалификации, которая включала бы в себя этот предшествовавший правонарушению момент. Он должен быть не механическим переносом предправонарушающего поведения на содеянное, но исключительно антропологической характеристикой правонарушения, которая, однако, могла бы стать одним из условий квалификации содеянного на уровне закрепления в юридической конструкции. Это, во-первых, позволит более точно учитывать вид и меру наказания лица, конкретно обеспечивая справедливость и эффективность

юридической ответственности, социализируя личность и после применения мер юридической (уголовной, административной и др.) репрессии; во-вторых, получить типологическую характеристику тех практик правовой субъективации, негативно влияющих на правопорядок.

Доминирующая сегодня субъективная модель вменения хотя и предполагает, в отличие от объективного вменения, непосредственную связь содеянного с его осознанием, тем не менее также выражается не непосредственно через фактическое сознание правонарушителя, не психологически, а через его формализованную модель в норме права и образуемый ею состав правонарушения.

Предлагаемый учет предправонарушающего поведения, выражающийся в оценке как такового правового существования лица, нарушившего право, весьма близок к оценочной теории вины (А.А. Герцензон, Н.Д. Дурманов, В.Г. Макашвили, Б.С. Утевский, А.Я. Эстрин), отдельные положения которой, на наш взгляд, обладают эвристическим потенциалом и могут быть переосмыслены в свете антропологической концепции права. При обсуждении вопроса об использовании положений оценочной теории вины на фоне господствующей психологической теории вины нельзя забывать, что критика оценочной теории в советском правоведении велась с позиций марксистско-ленинской методологии: вина понималась исключительно в классово-политическом значении, с позиции господства идеи советской социалистической законности, подчинения частного – публичному, субъективного – объективному и т. д. Критике подвергались методологические постулаты и концепции, которые и сегодня господствуют во многих западноевропейских правовых системах, а также в Республике Беларусь. Например, критика Н.В. Ляссом, Б.С. Маньковским, другими советскими правоведками оценочной теории вины, концепции мер социальной безопасности, этических учений И. Канта и Н. Гартмана носила выраженный идеологический характер¹. А ведь эти концепции, в том числе и оценочная теория вины, нравственно-правовые идеи названных германских ученых о свободе, воле и т. д. и сегодня не теряют своей актуальности в западноевропейских правовых системах.

В современной юридической литературе изучается предправонарушающее поведение, акцентируется необходимость более глубокого взгляда на правонарушение через правовое существование правонару-

¹ См.: Лясс Н.В. Критика финальной концепции «двойной» функции уголовного права // Правоведение. 1969. № 5. С. 104–109; Маньковский Б.С. Реакционная неокантианская теория «финального уголовного права» // Совет. государство и право. 1959. № 4. С. 97–106.

шителя¹. Наиболее последовательно о важности применения положений оценочной теории вины говорят отечественный правовед С.Е. Данилюк², российские ученые С.В. Скларов, Д.А. Чаньшев³. Более умеренную позицию занимает И.О. Грунтов⁴, с радикальной критикой всех концепций вины выступает В.П. Шиенок⁵.

В качестве примера научного анализа предправонарушающего поведения можно привести уже упоминавшиеся работы С.В. Шевелевой, которая предлагает новые подходы к реформированию состава преступления на основе использования понятий «свобода» и «воля» в рамках анализа субъективной стороны состава преступления. Применительно к оценке содеянного исследователь рассматривает временной момент «до совершения преступления», ссылаясь на так называемую теорию предшествующей вины⁶, которая, надо сказать, в уголовном праве формально противоречит теории причинности и положению о проявлении вины в момент совершения преступления.

Вопрос о теории предшествующей вины применительно к неосторожному гражданско-правовому деликту был поставлен еще Б.С. Антимоновым в 50-х гг. XX в., хотя с ним не были согласны большинство цивилистов⁷. Речь шла о том, чтобы попытаться рассмотреть вину не только как отношение лица к совершению деликта в момент его совершения, но как целостный процесс, включающий в себя, помимо настоящего, и такое отношение субъекта, которое предшествует совершению правонарушения⁸. Несмотря на дискуссионность и гражданско-правовой характер концепции Б.С. Антимонова, в ней можно выделить и некоторые, на наш взгляд, конструктивные идеи по поводу теории юридической ответственности в целом: в частности, ученым более точно оцениваются

¹ См.: Хужин А.М. Невинное поведение в праве: методология, теория, практика. М., 2012. 336 с.; Шевелева С.В. Свобода воли и принуждение в уголовном праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2015. 48 с.; Юрчак Е.В. Теория вины в праве. М., 2016. 160 с.

² См.: Данилюк С.Е. Конституционный принцип презумпции виновности и уголовно-правовые проблемы вины // Теоретические и прикладные проблемы применения уголовного закона: сб. науч. тр. / под ред. Э.А. Саркисовой. Минск, 2011. С. 37–66.

³ См. обзор: Грунтов И.О. Принцип личной виновной ответственности в уголовном законодательстве. Минск, 2012. С. 20–24.

⁴ Там же. С. 6–34.

⁵ См.: Шиенок В.П. Методологический анализ категории «вина» в современной юриспруденции // Очерки гуманистической методологии национальной юриспруденции. Минск, 2016. С. 77–89.

⁶ См.: Шевелева С.В. Уголовно-правовое значение субъективного элемента свободы воли // Актуал. проблемы рос. права. 2015. № 11 (60). С. 159–165.

⁷ См.: Антимонов Б.С. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М., 1950. С. 102; Антимонов Б.С. Основания договорной ответственности социальных организаций. М., 1962. С. 72–74.

⁸ Там же. С. 73–75.

последствия совершенного правонарушения, вскрываются подлинные причины правонарушающего поведения, что позволяет более эффективно воздействовать на правонарушителя. Интересна идея Б.С. Антимонова и о том, что вина, несмотря на принцип необходимости ее соответствия моменту правонарушения, фактически очень часто имеет длящееся состояние; применительно к совершенному правонарушению она как бы переходит из прошлого в настоящее¹.

С.В. Шевелева применила эту идею к уголовному праву. Говоря об уголовно-правовой оценке деяния, совершенного в состоянии опьянения, исследователь указывает, что «по УК РФ „предшествующая вина“ не ограничивает свободу воли в последующем преступном поведении и, следовательно, не исключает ответственности...² ... Проблема в том, что содержание объективного и субъективного компонента свободы воли в „предшествующей вине“ распространяется на последующие поведенческие акты, т. е. *компоненты свободы воли оцениваются по прошлому волеизъявлению*. Выбор варианта поведения, то есть *свободу воли, виновное лицо реализует как бы ранее*, употребляя вещества, оказывающие влияние на психику и сознание»³ (курсив наш. – В. П.).

Очевидно, что под «предшествующей виной» С.В. Шевелева понимает некоторое упречное поведение преступника, предшествующее самому преступлению и в итоге влияющее на преступное произволение – например, «добровольное введение себя в состояние опьянения». Что касается совершения преступления в состоянии аффекта в результате правомерного действия потерпевшего, исследователь справедливо настаивает на необходимости учета этого момента в уголовно-правовой оценке из-за отсутствия предшествующей вины⁴. Однако, на наш взгляд, здесь С.В. Шевелева использовала не теорию предшествующей вины, а иное основание для такого вывода – концепцию «взаимной вины» преступника и потерпевшего от преступления⁵.

Что касается «предшествующей вины», то речь идет исключительно об упречном правовом существовании преступника до момента совершения преступления и учета, уголовно-правовой оценки этого мо-

¹ См.: Антимонов Б.С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. М., 1962. С. 74.

² Шевелева С.В. Уголовно-правовое значение субъективного элемента свободы воли. С. 163.

³ Там же. С. 163.

⁴ См.: Шевелева С.В. Уголовно-правовое значение субъективного элемента свободы воли. С. 163.

⁵ См.: Канашина О.А. Об уголовной ответственности с учетом взаимной вины // Вестн. Самар. гос. ун-та. 2013. № 5 (106). С. 199–203; Сидоров Б.В. Поведение потерпевших от преступления и уголовная ответственность : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 1998. С. 16.

мента. Согласно вышеназванным тезисам в рамках антропологии права правовое существование в моменте «до совершения правонарушения» должно подвергаться правовому анализу с позиции не только «вины», предшествующей правонарушению, но и состояния, предшествующего правовой жизни лица в целом, причем как отрицательного, так и положительного способа правового существования, что также должно получить уголовно-правовую оценку. По данному вопросу Е.А. Симонова высказывается следующим образом: «Например, лицо совершает преступление, устанавливается виновное психическое отношение к его совершению, есть все признаки конкретного состава преступления, предусмотренного УК РФ, в его деянии, соответственно – основание уголовной ответственности, однако, имея опыт работы с маргинальным контингентом, судья убежден, что именно для этого лица совершенное им преступление нетипично, вся предшествующая его жизнедеятельность подтверждает отсутствие у лица асоциальных установок, соответственно – допустимо в отношении него иное, не связанное с уголовной ответственностью, решение»¹. В данной позиции налицо оценочное отношение к преступнику (оценочная теория вины), наиболее перспективные положения которой, на наш взгляд, должны найти отражение не только в «убеждении судьи», но и в уголовно-правовых конструкциях.

4. Для нормативного, то есть квалификационного учета в юридической ответственности различных временных моментов правового поведения человека в праве, отражения в ней юридически значимых антропологических характеристик должна быть разработана специальная юридическая конструкция, конфигуративная матрица правонарушения по аналогии с классическим составом правонарушения. Возможно, будет приемлемым и усовершенствование существующей конструкции состава правонарушения. В новую конструкцию, на наш взгляд, необходимо ввести:

а) юридически значимые антропологические характеристики лица – то есть внутренние структуры личности, отражающие личностную систему ценностей в процессе правового существования лица в его отношении к правопорядку, – аналог субъективной стороны правонарушения;

б) более широкое понятие субъекта – лица, совершившего правонарушение (аналог субъекта правонарушения), в котором отражается момент «до совершения правонарушения» как антропологический аспект, характеризующий лицо.

¹ Симонова Е.А. Вина в уголовном праве и законодательстве России // Соврем. разновидности рос. и мировой преступности: состояние, тенденции, возможности и перспективы противодействия : сб. науч. тр. Саратов, 2005. С. 395–398.

Иными словами, конструкция состава правонарушения подлежит совершенствованию именно в плане усиления субъективных признаков.

5. Антрополого-правовая концепция юридической ответственности дает возможность пересмотреть и трактовку объекта правонарушения, отразив в ней конкретное благо, на которое негативно воздействует правонарушитель. Здесь имеют значение введение в составы правонарушения и правоотношения лица, потерпевшего от правонарушения; переход от формального представления объекта как отношений, охраняемых законом, к конкретному выявлению охраняемого законом блага.

6. Учитывая сложность задачи, связанной с включением в квалификационную деятельность антропологических содержаний и различных временных параметров правового существования лица, связанных с правонарушением, новая конструкция состава правонарушения должна иметь процессуальную правовую природу – например, по аналогии с процедурой медиации, являющейся по природе процессуальным институтом. В нормах материального права вряд ли возможно зафиксировать правонарушение и модель его состава в такой динамичной и антропологической по своей природе конфигурации, особенно в части субъективных признаков правонарушения, что было предложено в п. 5. Иными словами, конструкция состава должна стать межотраслевой, что будет способствовать сближению охранительного материального и процессуального права.

Таким образом, эффективность юридической ответственности в антрополого-правовом подходе детерминирована целостным пониманием правонарушающего поведения, степенью полноты антропологического анализа лица, нарушившего право, а не только формально-юридическим определением правонарушения как нарушения запрещенного законом деяния. Телеологию, правовой смысл и социальное назначение данного института антропология права связывает с принципом человекомерности права, так как в современном правопорядке человек, его права и свободы признаются высшей ценностью общества и государства.

Список рекомендуемой литературы

1. Бибило, В.Н. Проблемы юриспруденции : избр. тр. / В.Н. Бибило. – Минск : Право и экономика, 2010. – 470 с.
2. Канашина, О.А. Об уголовной ответственности с учетом взаимной вины / О.А. Канашина // Вестн. Самар. гос. ун-та. – 2013. – № 5 (106). – С. 199–203.
3. Марчук, В.В. Теория квалификации преступления / В.В. Марчук ; учреждение образования «Акад. М-ва внутр. дел Респ. Беларусь». – Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2014. – 339 с.

4. Мелкевик, Б. Философия права в потоке современности / Б. Мелкевик. – СПб : Юрид. кн., 2009. – С. 527–545.

5. Михайлов, А.М. Генезис континентальной юридической догматики / А.М. Михайлов. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 496 с.

6. Носкова, Е.А. Позитивная юридическая ответственность / Е.А. Носкова ; под общ. ред. Р.Л. Хачатурова. – Тольятти : ВолГУ, 2003. – 144 с.

7. Российское уголовное право. Общая часть / под ред. В.С. Комиссарова. – СПб. : Питер, 2008. – 720 с.

8. Фуко, М. Рождение биополитики. Курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1978–1979 учебном году / М. Фуко ; пер. с фр. А.В. Дьякова. – СПб. : Наука, 2010. – 448 с.

10. Хужин, А.М. Невинное поведение в праве: методология, теория, практика / А.М. Хужин. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 336 с.

11. Цишковский, Е.А. Позитивная и перспективная юридическая ответственность в системе социального контроля : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е.А. Цишковский. – Н. Новгород, 2003. – 186 с.

12. Шевелева, С.В. Уголовно-правовое значение субъективного элемента свободы воли / С.В. Шевелева // Актуал. проблемы рос. права. – 2015. – № 11 (60). – С. 159–165.

КЛАССИЧЕСКИЕ И ПОСТКЛАССИЧЕСКИЕ ПОДХОДЫ К УЧЕНИЮ О ПРАВОВОМ ОТНОШЕНИИ

Учение о правоотношении является наиболее досконально разработанным правовым учением в рамках классической общей теории права. Внимание теоретиков права к правоотношению не было в XIX–XX вв. случайным: именно в правоотношении право находит свое жизненное выражение, проявляет свою регулятивную силу, поскольку право предназначено для воздействия на поведение людей, объективно существующих в состоянии взаимного расположения. Хотя в дореволюционный период теория правоотношения была довольно распространена, составляла разделы учебников по общей теории и энциклопедии права, наиболее детально она была разработана именно в советский период, что обусловлено определенными факторами. Заметный вклад в развитие теории правоотношения внесли такие советские ученые, как Н.Г. Александров, С.С. Алексеев, А.П. Дудин, В.А. Кучинский, В.Н. Протасов, Ю.Г. Ткаченко, Р.О. Халфина, Л.С. Явич и др.

Вместе с тем теория правоотношения в методологическом плане не только средство познания правовой реальности, но и ее предел, граница, не позволяющая более глубоко проникнуть в правовую жизнь. За правоотношением стоит и юридическая конструкция, и тот путь, который прошла теория за два столетия, когда были существенно изменены акценты в ее понимании. Сегодня правоотношение в его устоявшейся версии – это юридическая данность, через которую понимается правовая реальность и в правотворческой, и в правореализационной деятельности. Одновременно правоотношение становится практически единственным возможным способом осмысления правовой реальности, права в динамическом аспекте. Все это прямо связывает проблему правоотношения с эффективностью права, поскольку в зависимости от того, как понимается право в динамике конкретных взаимодействий субъектов права, во многом определяются и дальнейшие пути совершенствования права и способов работы с ним.

Несмотря на господство теории правоотношения в отраслевых юридических дисциплинах, сегодня можно встретить и критичное отноше-

ние к теории правоотношения, точнее, неудовлетворенность степенью ее продуктивности. Так, исследователь учения о правоотношениях Н.А. Бутакова отмечает, что влияние марксистско-ленинской идеологии на долгие годы предопределило многие правовые конструкции: «До сих пор преобладает трактовка правоотношений как законоотношений, что явилось прямым результатом насаждения позитивизма как единственно правильного представления о праве»¹. В самом деле, догма как связующий элемент работы с положительным правом привносит в процесс правового регулирования совершенно определенный тип понимания права.

Далее мы рассмотрим состояние теории правоотношения в постсоветский период, проследим ее методологические трансформации, изложим постклассические подходы к правоотношению и раскроем антрополого-правовой подход к теории правоотношения.

6.1. Теория правоотношения в постсоветской общей теории права: актуальные проблемы в связи с новой методологической ситуацией

Постсоветская юриспруденция, расставшись с советской идеологией и свойственным ей методологическим монизмом, но восприняв основные положения советской теории правоотношения, исследовала эту категорию в условиях методологической свободы: анализировались наследие дореволюционного периода развития юриспруденции и современные постклассические методологические разработки, предложенные мировой наукой в XX в.

Сегодня правоотношение уже более не рассматривается в связи с производственными отношениями и идеей выражения в правоотношении общенародной воли господствующего класса, как это было в советский, особенно довоенный период. Современные правоведы все чаще видят в правоотношении как юридической конструкции тот исконный смысл, который был ему придан еще во времена Р. Иеринга. Н.Н. Тарасов в связи с этим отмечает, что сегодня «традиционно „двухфокусное“ институциональное представление права „отношение – норма“ требует... перевода в „трехфокусный“ вид „отношение – конструкция – норма“»².

Следует вспомнить, что Р. Иеринг относил конструкцию к так называемой высшей юриспруденции, которая призвана дополнить естественный взгляд субъекта на правовые установления законодателя, усилив их научным подходом. Как мы уже отмечали в гл. 1, в формально-

¹ Бутакова Н.А. Правоотношения в структуре правовой действительности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006. С. 6–7.

² Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. С. 245.

догматической юриспруденции (юридическом концептуализме) впервые был введен именно такой способ представления правовой реальности и работы с ней. Идейным источником для формирования формально-догматического метода выступило римское право и длительный период его рецепции в Западной Европе, что и зафиксировано в естественно-историческом методе¹. Так, согласно Р. Иерингу, юридическая конструкция представляет собой «обработку правового материала в смысле естественно-исторического метода. Юридическая конструкция, таким образом, является пластическим искусством юриспруденции, предмет и цель ее – юридическое тело»². По сути, «юридическое тело» – это абстракция, то же самое, что советский теоретик и методолог права А.М. Васильев называл правовой категорией – предельным по уровню обобщения фундаментальным абстрактным понятием теории правове-дения³. Элементы догматической юриспруденции имели место в советской правовой науке, это подтверждает позиция Л.С. Явича по проблеме общерегулятивного правоотношения, которое он недвусмысленно называет «конструкцией», отождествив с теоретической правовой абстракцией⁴. А.Ф. Черданцев также понимает под конструкцией определен-ного рода абстрактную гносеологическую категорию, модель познания, инструмент, средство познания правовых явлений⁵. Сама логика и механизм создания конструкций в догматике фактически тождественны механизму образования аналогичных понятий в общей теории права. Н.Н. Тарасов даже предлагает универсализировать значение юридиче-ских конструкций, придав им статус основных единиц мыслимости пра-ва, тем самым возрождая проект юридической догматики в виде, если можно так выразиться, неодогматики, неопозитивизма⁶.

Нельзя недооценивать значение догматики для формирования совет-ской общей теории права, тем более с учетом влияния дореволюционной правовой мысли на советское, особенно довоенное правове-дение. Не-смотря на критику советскими правоведами формально-догматического метода⁷, именно от его теоретико-методологического аппарата они от-талкивались, разрабатывая марксистско-ленинскую теорию права, по

¹ См.: Иеринг Р. Юридическая техника. С. 80.

² Там же.

³ См.: Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки си-стемы категорий теории права. М., 1976. С. 58.

⁴ См.: Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. С. 209.

⁵ См.: Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции. М., 2015. С. 227–230.

⁶ См.: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. С. 261–262.

⁷ См.: Васильев А.М. Правовые категории. С. 54.

существо, продолжали применять его, пусть и в модифицированном виде. Н.Н. Тарасов прав в том, что формально-догматический метод, в отличие от рационализма естественно-правовой школы, является основным методологическим средством именно для юридического по-зитивизма¹. В связи с этим утверждением нельзя не заметить сходство в средствах инструментального обеспечения формально-догматической юриспруденции и советской теории права.

Действительно, для юридического концептуализма базовым инстру-ментом в разработке конструкций были средства формальной логики, а не, как настаивали советские правове-ды, логики диалектической, при-званной постоянно удерживать связь теоретических понятий со сферой производственных отношений; тем не менее первый закон юридической конструкции по Р. Иерингу заключается именно в ее «совпадении с по-ложительным материалом»², то есть с нормами права, выраженными в правовоположениях – текстах нормативных правовых актов. В связи с этим не лишена основания позиция, согласно которой в правоотноше-нии юридическая конструкция рассматривается «инженерным посред-ником» между законами общественных отношений и особенностями функционирования отношений в сфере права³.

Безусловно, правоотношение, понятое как юридическая конструк-ция (а сегодня такое понимание преобладает), имеет эвристический по-тенциал и служит познавательным целям общеправовой теории и юри-дической практики. В чем это выражается?

Во-первых, в конструкции как способе представления правовое от-ношение выступает юридической абстракцией, способной структуриро-вать правовые положения (конкретный нормативный материал) в целях их упорядочения, сведения в общности, классификации и т. д. Это по-зволяет различать правоотношение и то, что им не является, обеспечи-вая полноту определения всякого юридически значимого взаимодей-ствия между лицами.

Во-вторых, правоотношение выполняет аналитическую функцию, представляя реальное взаимодействие людей по поводу права как слож-ное сочетание разнородных элементов (состав), каждый из которых в свою очередь также являет собой конструкцию вторичного типа, поэто-му правоотношение как познавательная единица может рассматривать-ся как своего рода «конструкция конструкций».

В-третьих, правоотношение как терминсистема, знак, слово неред-ко входит в нормативно-правовую область, законодательство, становясь

¹ См.: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. С. 241.

² Иеринг Р. Юридическая техника. С. 82.

³ См.: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. С. 245.

составной частью его правоположения, то есть легальной догмой права. В таком случае правоотношение начинает выполнять еще и регулятивную роль, функцию нормативно-правового упорядочения общественных отношений, хотя законодатель порой использует термин «правоотношение», не придавая ему специального конструктивного смысла. Как мы отмечали в гл. 1, включение юридических конструкций в законодательство (в том числе и правоотношения) не характеризует позицию классического концептуализма XIX в. Напомним, что Р. Иеринг не предусматривал возможность законодательного конструирования¹.

Вместе с тем интенсивное развитие в XX в. общей теории права в части ее конструктивистского потенциала обусловило: а) возникновение юридической техники и интерес к ней как средству обеспечения правотворческого процесса; б) особое внимание к лингвистическим средствам выражения, фиксации фактических отношений в языке законодательства. Уточним, что эта конструктивистская тенденция связана именно с советской общетеоретической правовой наукой, хотя она критически воспринимала «буржуазные теории» юридического концептуализма, нормативизм Г. Кельзена, юснатурализм и социологическую теорию права. По этому поводу Н.Н. Тарасов справедливо отмечает, что юридический концептуализм как искусство создания юридических конструкций именно в советском правоведении был сведен к юридической технике – прикладному разделу общей теории права, который отвечает за технико-юридическое оформление правовых актов². Однако ученый оптимистично оценивает этот путь нормативного конструирования, полагая его одним из перспективных современных средств организации нормативного материала, наделяя нормативные легальные конструкции потенциалом реальных способов воздействия на содержание и организацию правотворчества³.

Несмотря на все сближения, которые сегодня можно усмотреть в достижениях советской общеправовой теории, касающихся правоотношения и юридического концептуализма, современная теория правоотношения, основывающаяся, конечно, на советском наследии, стоит перед решением ряда вопросов методологического характера, которые пока еще не прояснены и, более того, даже точно не сформулированы. Так, наслоение советской общей теории права на догматическую юриспруденцию, рождение юридической техники и пересмотр места юридических конструкций в правовой гносеологии создают проблемы, которые

¹ См.: Иеринг Р. Юридическая техника. С. 82.

² См.: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. С. 241.

³ Там же. С. 262.

не рассматривались в советском правоведении и которые, на наш взгляд, требуют решения. Укажем на две главные из них.

1. Отказ советского правоведения от догматической юриспруденции как полноценной правовой концепции и переориентирование ее юридико-технического потенциала в область юридической техники привели к освобождению от запрета, наложенного Р. Иерингом, отцом немецкого концептуализма, на законодательное конструирование. Повторим еще раз: по Р. Иерингу, догма разрабатывалась не для фиксации законодателем жизни в правоположениях, а исключительно в целях систематизации докторами права правового материала, причем догма по своим конструктивным особенностям не предназначалась для прямой, непосредственной характеристики правовой жизни. Следовательно, сегодня догматика как часть общей теории права – юридическая техника – должна иметь собственную, отличную от Иеринговой, концептуальную схему: если законодатель осуществляет легальное конструирование, то не впадает ли он в ошибку в связи с работой над сырым правовым материалом и как тогда подходить к толкованию такого рода правоположений-конструкций в случае их доктринального разнообразия?

Особенно часто подобные вопросы ставят сегодня специалисты отраслей права, поскольку, сталкиваясь с легальным отраслевым понятием-термином «правоотношение» в законодательстве, они затрудняются определить его точное доктринальное значение в рамках своей отрасли. Это касается не только понятия правоотношения, но и других понятий-конструкций, когда законодатель начинает конструировать те или иные понятия на фоне разнообразных подходов ученых к тому или иному термину. В частности, речь идет о таких понятиях-конструкциях, как «состав преступления» (получивший в некоторых правовых системах форму легальной дефиниции, хотя сегодня эта конструкция имеет различные научные интерпретации), «право» (приобретшее форму легальной дефиниции, например, в Законе Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»). Однако можно сказать, что позитивистское по смыслу определение права в данном законе противоречит конституционно-правовому положению о высшем ценностно-правовом критерии правового: ст. 2 Конституции Республики Беларусь определяет, что «человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства» (то есть Конституция устанавливает не позитивистское, а естественно-правовое, антропологическое основание правового).

2. Если юридический концептуализм предложил через теорию юридических тел удвоение правовой реальности, введя догму права как «вто-

рой этаж» работы с правовым материалом (правоположение + догма права), при этом четко учитывая данную методологическую операцию, то современная правовая наука и практика создали тройное опосредование правовой реальности: правовой материал как первичное представление о нормативном должностовании (правиле) облекается в легальную догму права в рамках нормативного правового акта (что является требованием юридической техники), затем попадает в поле доктринальной догмы права, что можно выразить следующим образом: «Правоположение + легальная догма права + доктринальная догма права». Безусловно, концептуалисты создавали свою теорию в ситуации непрерывающего авторитета римского права и приоритета «*communis opinio doctorum*» (мнения «докторов права»), что отражалось и на теории, и на практике (например, значение известного «кодификационного спора» о Германском гражданском уложении между Ф.К. Савиньи и А. Тибо). Сегодня применение техники права стало приоритетом не столько «докторов права», сколько субъектов правотворческой деятельности, особенно официальных правотворческих органов, что в целом связано с усилением роли государства в процессе создания и толкования правовых норм.

Более того, очевидна и следующая тенденция: легальная догма вытесняет догму доктринальную, хотя последняя всегда служила идейным источником для первой, и такое положение дел представляет определенную опасность. Она выражается в том, что тройное опосредование отрывает от жизни правоположения и одновременно создает проблемы с созданием и толкованием права: правотворческая техника и ее правила вынуждают законодателя заключать правовую жизнь в юридические конструкции и соотносить их со всем полем легальной догматики. Также объективно возникает проблема конкуренции легальной и доктринальной догм права, что порой приводит к скрытому конфликту между правотворческой позицией и доктриной. Так, это касается включения актов Верховного Суда Республики Беларусь (постановлений Пленума Верховного Суда Республики Беларусь) в число нормативных правовых актов (ст. 2 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»), хотя в теории давно устоялась точка зрения на критерии нормативности правового акта: постановления Пленума Верховного Суда признаются, как правило, не нормативными правовыми актами, а актами нормативного толкования, да и ст. 1 указанного закона четко устанавливает критерий в понятии нормативного правового акта.

Приоритет легальной догмы перед доктринальной сказывается и на научных исследованиях, поскольку ученые, особенно специалисты отраслевых юридических наук, основываются, как правило, именно на ле-

гальной догматике и считают необходимыми реализовать свои научные результаты в сфере легального нормативного конструирования.

Возникает вопрос: не слишком ли усложняет экспансия юридической техники сам процесс правового регулирования общественных отношений и не закрывается ли от нас реальная правовая жизнь все более растущим числом технических средств правового регулирования? Представляется, что наложение легальной догмы права на сформулированное правило поведения и одновременное вписывание его в юридическую конструкцию приводит к сложностям в понимании правовой жизни – со стороны и профессионалов, и граждан-неспециалистов. И главное, кто определил правила и критерии такого рода тройного опосредования и двойного конструирования? Где пределы нормотворческой техники и обоснование соотношения ее с доктриной?

Эти вопросы прямо связаны и с правоотношением. Эта теория, в технико-юридическом плане доведенная практически до совершенства в части описания элементного состава правоотношения, анализа различного рода нюансов и т. д., конечно, является одной из полновесных, однако и она не лишена тех же задач, о которых мы только что сказали. В рамках классической теории правоотношения остаются неразрешенными те проблемы, которые достались ей в наследство от советской общеправовой теории.

6.2. Проблемные положения классической теории правоотношения

Проблемы классической теории правоотношений подробно рассмотрим, анализируя пять положений.

1. В своем диссертационном исследовании о правоотношениях Н.А. Бутакова справедливо замечает, что «трактовка правоотношений в юридической литературе во многом предопределяется типом правопонимания. Наиболее наглядно это проявилось в социологической концепции права, которая непосредственно связала понимание права с правоотношениями, рассматривая его, прежде всего, как систему правоотношений. В современных условиях элементы социологического подхода к праву активно используются в новых концепциях права – либертарной, коммуникативной, диалогической и др.»¹

В советской теории права учение о правоотношении формировалось в рамках советского позитивистско-нормативистского (этикетистского) типа правопонимания. Основным понятием, которое осталось в теории правоотношения после отказа от методологического монизма советско-

¹ Бутакова Н.А. Правоотношения в структуре правовой действительности. С. 9.

го периода, является понятие «общественное отношение», которое в указанный период выводилось из базового понятия «производственные отношения». Понятие «общественное отношение», присутствующее в современной конструкции правоотношения, создает представление о правовой реальности как о социальном целом – общественном феномене, доминирующем над личностным, персонально коммуникативным явлением, поэтому *антропологическое (человекомерное, личностно акцентированное) прочтение отношения между людьми по поводу права затруднительно*. Более того, мощное советское учение об обществе и общественных отношениях, поглощающее личность и личностное отношение как проявление свободного, открытого, уникального начала, сформулировало в правовом мышлении методологический стереотип, согласно которому право имеет дело в основном с обществом в целом, а не отдельными лицами¹. Вся догматика теории правоотношения, которая оттачивалась советскими теоретиками права, работает на постоянное воспроизводство объективирующего представления об общественном аспекте действия права. Например, советский и современный отечественный правовед В.А. Кучинский, который и сегодня придерживается нормативистско-позитивистского типа правопонимания и диалектико-материалистического метода в праве, в своей капитальной монографии о правоотношении утверждает, что «в условиях правового государства, обеспечения конституционной законности недопустимо противопоставление неких правовых отношений действующему законодательству и не могут иметь под собой научных оснований попытки оправдать такое противопоставление»². Эта позиция не может не вызывать удивление, поскольку понятие «правовое государство» здесь явно уравнивается с понятием «действующее законодательство», что в рамках юснатурализма, социологической концепции права, коммуникативной правовой теории исключается, да и в аутентичном нормативизме требует соответствующего объяснения.

Это еще раз подтверждает, что современная теория правоотношения требует более открытого соотнесения с тем или иным типом правопонимания. Как мы покажем далее на примере отдельных современных подходов к правоотношению, подобная работа в современной юридической науке начинает проводиться.

2. Конструктивные особенности правоотношения, представленные в классическом правовом мышлении как должные и объективные характеристики познания реальности права, вынуждают исследователей

¹ См., например: Кучинский В.А. Личность, свобода, право. Минск, 1969. С. 20–23.

² Кучинский В.А. Современное учение о правовых отношениях. Минск, 2008. С. 69.

объяснять правопорядок и общетеоретически, и на уровне конкретного отраслевого регулирования по аналогии с изложением фактических правовых связей в соответствии с элементарным составом правоотношения, полагающимся в качестве универсального. Нередко эти общетеоретические разработки и дискуссии не имеют практического значения, не влияют на отраслевое правовое регулирование, которое в последнее время все чаще развивается автономно.

Следует сказать и о проблемах абсолютного и общерегулятивного правоотношения, смысловой дифференциации понятий «правовой статус» и «правовое положение», а также об объекте охранительного правоотношения. Последнее особенно характерно для уголовного и административного права, где конструкция состава правонарушения пересекается с конструкцией правового отношения, особенно в части определения влияния объекта как элемента состава правонарушения на возникновение охранительного правоотношения.

Сегодня все более широкое распространение получает подход, согласно которому объект правонарушения рассматривается не как конкретное охраняемое законом правоотношение, а как определенное благо, ценность, интерес (жизнь, здоровье, половая свобода и пр.) в том смысле, в котором объект правовой охраны, равно как и субъективное право, понимались в XIX в. в немецком концептуализме и российской юриспруденции. Например, в уголовном праве распространена точка зрения, согласно которой «под объектом уголовно-правовой охраны следует понимать не общественные отношения как таковые, а блага и интересы, охраняемые уголовным законом, а под объектом отдельного преступления – блага и законные интересы, в отношении которых осуществлено преступное посягательство или была создана угроза осуществления такого посягательства»¹. Также высказывается мнение, что объект преступления – это «те блага (интересы), на которые посягает преступное деяние и которые охраняются уголовным законом»². Аналогичных позиций придерживались в свое время известные ученые Ф. Лист и Н.С. Таганцев, работы которых сегодня все чаще привлекают специалистов по уголовному праву.

Так, Н.С. Таганцев, находясь под влиянием Р. Иеринга, использовал концепцию «права как интереса» (разработана немецким правоведом в поздний период деятельности), полагая интерес главным объектом уголовно-правовой охраны и в норме объективного права, и в нарушаемом

¹ Корякина Е.А. Жизнь человека как объект уголовно-правовой охраны : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011. С. 7.

² Наумов А.В. Российское уголовное право : курс лекций : в 2 т. Общая часть. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2004. Т. 1. С. 180.

субъективном праве. Ученый обосновывал свою позицию следующим образом: «Посягательство на норму права в ее реальном бытии есть посягательство на правоохранный интерес жизни, на правовое благо. Этим определением преступного деяния, думается мне, не только устанавливается внешний, юридически характеристический признак преступного деяния, но и правильно выясняется его юридическая сущность. <...> Такими правоохраняемыми интересами могут быть: личность и ее благо – жизнь, телесная неприкосновенность, личные чувствования, честь, обладание или пользование известными предметами внешнего мира; проявление личности вовне, свобода передвижения и деятельности в ее различных сферах; возникшие в силу этой деятельности известные отношения или состояния – их неизменяемость, ненарушимость; различные блага, составляющие общественное достояние, и т. п.»¹.

Не соответствует классической доктрине правоотношения и концепция Г.П. Новоселова, в которой объектом уголовно-правовой охраны определено конкретное лицо, человек («люди как объект преступления»²).

Следует заметить, что теоретики уголовного права, отказываясь от доктрины правоотношения применительно к объекту преступления, выражают свое отношение к пониманию не только учения о правоотношении, но и права в целом – права в объективном и субъективном смыслах. Так или иначе признавая сущностью охраняемого уголовным законом права не правоотношение, а фактическое правовое благо или интерес, они явно нарушают гармонию общетеоретического учения о правоотношении и учения о регулятивном уголовно-правовом отношении, причем эти отраслевые концепции объекта правовой охраны активно используются в нормотворческой деятельности, и это не мешает им быть продуктивными, несмотря на их конфликт с общим учением о правоотношении.

3. Проблема теории правоотношения возникает в связи с концепцией охранительных правоотношений, связанных с пониманием механизма осуществления юридической деятельности после совершения правонарушения³. Данная проблема не решена до настоящего времени и в рамках теории правоотношения вряд ли может быть решена в принципе.

¹ Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Общая часть. 2-е изд., пересмотр., и доп. СПб., 1902. Т. 1. С. 84.

² См.: Новоселов Г.П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. М., 2001. 208 с.

³ Подробно о подходах к данному виду отношений в уголовном праве см.: Марчук В.В. Когнитивные аспекты уголовно-правового отношения // Правоведение. 2011. № 4. С. 199–210.

На особенность публично-правового отношения обращалось внимание еще немецкими и российскими учеными XIX в. Так, Г.Ф. Шершеневич справедливо указывал на цивилистическую природу учения о правоотношении и некорректность прямого переноса этой конструкции на публично-правовые отношения, в особенности на охранительные правоотношения¹. Несмотря на критику этих воззрений еще до революции², идеи Шершеневича не были лишены резона: если в частноправовом отношении имеет место фактическое отношение между лицами и, следовательно, корреспондирующая связь прав и обязанностей является наличной, то в публично-правовом, охранительном отношении и само отношение, и сама связь – более идеализации, абстрактные конструкты. Фактичность, наличность в сфере охранительного права принадлежит именно правонарушению, а не правоотношению, поэтому основное внимание в сфере правовой охраны обращается на обязанности компетентных органов. Об этом же говорил и Н.М. Коркунов: «В публичном праве ярче и определеннее всего выступают именно правообязанности; они точно определены по содержанию, они возлагаются всегда на точно определенных лиц. Напротив, публичные права представляются, так сказать, лишь отражением обязанностей и предоставляются неопределенному кругу лиц, могущих в том быть заинтересованными»³.

Как известно, в советской теории права институт юридической ответственности – родовая разработка для отраслевых учений об ответственности – основывался на учении об охранительном правоотношении. Советские ученые закрепили схему, в соответствии с которой «проблема правовой ответственности в любой отрасли права есть проблема правоотношения, порожденного правонарушением как определенным юридическим фактом. Правовую природу ответственности (уголовной, административной, гражданской) невозможно понять вне правоотношения»⁴. А.М. Васильев подчеркивал, что «отношения юридической ответственности – момент (сторона, вид) правовых отношений. Логически это подытоживается тем, что в функциональных понятийных рядах понятия юридической ответственности и ее видов выступают как моменты конкретизации категории „охранительное правоотношение“»⁵.

Сегодня охранительное правоотношение, связанное с совершением правонарушения, в целом понимается как правовая связь между госу-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 575.

² См.: Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. 3-е изд. СПб., 2001. С. 232–233.

³ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 2-е изд. СПб., 2004. С. 180.

⁴ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М., 1973. С. 585.

⁵ Васильев А.М. Правовые категории. С. 236.

дарством в лице его компетентного органа, применяющего к правонарушителю установленные меры юридической ответственности, и правонарушителем, который должен претерпеть неблагоприятные ка-raющие последствия.

Доктрина охранительного правоотношения испытывает сложности уже на основании того, что выше мы говорили, касаясь проблемы объекта правовой охраны. Охранительное правоотношение как объяснительная схема обеспечения охранительно-правового регулирования вынуждает постоянно искать и находить непротиворечивую правовую связь в качестве ядра правопорядка. Но какое значение имеет эта связь, если нарушается конкретное правовое благо, интерес лица, потерпевшего от преступления? Если принять доктрину охранительного правоотношения в качестве универсальной схемы, то мы должны обосновать, что после или даже в момент совершения правонарушения правоприменительный орган должен, насколько это возможно, восстановить не конкретное благо, а нарушенную правонарушителем правовую связь (нарушенное правоотношение – объект правонарушения). Причем нужно показать, в чем она заключается, как выражается; продемонстрировать, как правонарушение запускает процесс реализации самого юридического взаиморасположения, характеризуемого как материальное (уголовно-правовое, административно-правовое) правоотношение между компетентным государственным органом и правонарушителем. Если в данном отношении оттолкнуться от юридической практики, то проблематичность, если не сказать ущербность, этой схемы охранительного правоотношения станет еще более очевидной. Если к этой проблеме с охранительным правоотношением применить субъектный, антропологический подход (например, волевою теорию субъективного права в части субъективной обязанности), то объяснение правовой связи между государством и правонарушителем может вообще показаться надуманным.

Так, с позиции материально-правового конфликтного охранительного отношения понятие «воля правонарушителя» после совершения правонарушения по самой конструкции этого отношения является фиктивным: в охранительном материальном правоотношении позиция правонарушителя как субъекта права в отношении своей воли отсутствует как таковая, она вынесена за пределы самой юридической конструкции, так как у него в строгом смысле слова нет даже обязанности претерпевания, поскольку последняя всегда предполагает возможность ее неисполнения, то есть предполагает волевой момент, акт свободного выбора. В действительности лицо, совершившее правонарушение, просто испытывает одностороннее государственно-правовое воздействие, порядок реализа-

ции которого возложен на компетентный государственный орган; если говорить проще в терминах самой конструкции правоотношения, лицо, субъект правонарушения, фактически является объектом. Именно поэтому в материально-правовом смысле правонарушителя трудно поставить в позицию стороны охранительного материально-правового отношения.

Другое дело – процессуально-правовые отношения, процедурные правовые связи, которые сами по себе не обладают материально-правовой функциональностью и направлены лишь на обеспечение определенных параметров процедуры в зависимости от принятой в данной правовой системе концепции реализации юридической ответственности и отношения к правонарушителю. Именно поэтому уголовный, административный процессы могут позволить себе дрейфовать к цивилистическим моделям ответственности – моделям компенсационного, договорного типа без особого ущерба для своего юридического существа, что и подтверждает развитие в последние годы уже упоминавшегося нами института медиации. Однако в этом случае, конечно, страдает или изменяется уже другой параметр – эффективность правовой регламентации и состояние правопорядка, поскольку, как известно, процесс – это право в состоянии неопределенности. Уголовное право по своей правовой природе не может принципиально измениться даже при обильном насыщении его началами диспозитивности, которые тем не менее выполняют второстепенную роль.

Сегодня в отраслевых исследованиях возникают и альтернативные решения проблемы охранительных правоотношений через использование постклассической методологии. Так, белорусский правовед В.В. Марчук предлагает рассматривать охранительные уголовно-правовые отношения в когнитивном аспекте: «Должностные лица правоприменительных органов в рамках данного правоотношения должны в первую очередь произвести „когнитивную репрезентацию“, то есть выстроить на основе собранных фактических данных уголовно-правовую конструкцию, характеризующую произошедшее событие как преступление определенного вида»¹. Лицо, совершившее общественно-опасное деяние, ученый относит к субъекту и объекту когнитивного охранительного уголовно-правового правоотношения одновременно: «Лицо, совершившее общественно-опасное деяние, может выступать как в качестве участника уголовно-правового отношения, так и в качестве объекта этого отношения»². В данном случае понятно, что предлагаемое ученым «когнитивное уголовно-правовое отношение» не является охранитель-

¹ Марчук В.В. Когнитивные аспекты уголовно-правового отношения. С. 202.

² Там же. С. 209.

ным уголовно-правовым отношением в смысле классической теории правоотношения.

Таким образом, при исследовании проблемы правоотношений следует постоянно помнить о цивилистической природе доктрины правоотношения и проблематичности ее реализации в сфере публичного, особенно охранительного права. На наш взгляд, нет смысла любой целью заключать все юридически значимые действия в форму правоотношений и пытаться искусственно подогнать их под эту конструкцию. Оправданной представляется цель непротиворечивого объяснения правовой реальности в рамках одной системы, однако если такая процедура вынуждает строить искусственные, сугубо интеллигентные связи, посылки, и тогда неясно, в чем заключается методологическая продуктивность такого подхода. В публичных отраслях права, например в уголовном праве, действуют другие закономерности, хотя в зависимости от модели отношения к правонарушению как таковому, как мы говорили выше, эти закономерности могут дрейфовать в сторону и частнопровых взаимосвязей, что не в последнюю очередь обусловлено различными парадигмами истины в праве и процессе, а также другими методологическими позициями.

4. Еще одну методологическую трудность классическая теория правоотношения стала испытывать в связи с возникновением нового междисциплинарного направления в рамках правоведения – юридической конфликтологии¹. Основной смысл юридической конфликтологии заключается в рассмотрении упречных юридически значимых ситуаций как юридических конфликтов. Привлекательность юридической конфликтологии, активно развивающейся в постсоветской правовой науке, связана с высокой эффективностью применения этого подхода на практике.

Методологическая новизна введения понятия «юридический конфликт» связана с тем, что оно было концептуализировано не догматически, а эмпирически. Методология юридического конфликта возникла на стыке наук – конфликтологии, психологии, социологии и пр. – из опыта конкретных практик, в этих науках исследуемых; полученный результат обобщался на платформе правоведения².

Таким же образом была разработана и структура юридического конфликта. Ядро юридического конфликта – внутренние процессы противостояния субъектов права, точнее, лиц в правовой реальности, прежде

¹ См. подробно: Павлов В.И. От классического к неклассическому юридическому дискурсу. Очерки общей теории и философии права. Минск, 2011. С. 189–269.

² См.: Павлов В.И. Юридические конфликты: теоретико-методологические аспекты разрешения в процессе применения права. 121 с.

всего их антропологических свойств – противоречивых юридически значимых интересов, целей, мотиваций и пр. Разумеется, в соответствии с этим в юридической конфликтологии были сформулированы цели и критерии эффективности: разрешение и предупреждение конфликта, достижение социального согласия и правопорядка.

Основная привлекательность конфликтологической методологии в праве обусловлена тем, что она идет от практики, не акцентирует внимания на догматических аспектах права, имеет прямой доступ к правовой жизни. Изначально юридическая конфликтология рассматривалась как средство повышения эффективности правового регулирования общественных отношений. В отличие от тяжеловесного догматического аппарата общеправовой теории конфликтологический путь разрешения упречных правовых ситуаций казался более легким, быстрым и эффективным. Однако постепенно выяснилось, что уровень энтузиазма по поводу возможности широкого использования этой методологии в праве (в основном в правоприменительной деятельности) заметно снизился. На наш взгляд, это связано с причинами идеологического характера (ведь в 90-х гг. XX в. конфликтологическая парадигма неоправданно преподносилась как абсолютно универсальный и прогрессивный западный опыт) и спецификой самой методологии юридической конфликтологии. В частности, правоведы совершенно некритично восприняли понятие «юридический конфликт», отождествив его с такими традиционными юридическими понятиями, как «правонарушение», «преступление», «правоотношение (упречное, спорное правоотношение)». Понятие «юридический конфликт» нередко стало использоваться как синоним этих традиционных понятий в отраслевых исследованиях, однако этот шаг был методологически ошибочным.

В этом можно убедиться, если проанализировать структуру юридического конфликта, сопоставив ее, например, со структурой правоотношения. Если в юридическом конфликте основным элементом является его субъективная сторона, представляющая собой личностные мотивационные содержания юридически значимого противоборства, то в правоотношении таковым выступают субъективные юридические права и обязанности, которые согласно теории правоотношения хотя и относятся к понятию права в субъективном смысле, но не имеют ничего общего с личностными мотивационными проявлениями. В отличие от учения о правонарушении, традиционное учение о правоотношении исключает в принципе антропологический анализ из состава правоотношения. В юридической конфликтологии, напротив, именно на этом и основана процедура разрешения конфликта: правовой (юридически значимый)

интерес сторон конфликта как явление сознания и воли приобретает в юридической конфликтологии самостоятельное значение и выступает важнейшей доминантой поведения сторон в юридическом конфликте¹.

Вместе с тем потенциал конфликтологической методологии в праве представляется весьма высоким, что и подтверждается современной тенденцией включения в законодательство уже упоминавшегося института медиации, соглашения о сотрудничестве («делка о признании»), иных альтернативных процедур. В связи с этим отметим, что на постсоветском пространстве начинается вторая волна использования конфликтологических процедур в праве, прежде всего на уровне законодательства, в то время как в первой половине 1990-х гг. юридическая конфликтология развивалась лишь на уровне правовой доктрины². Однако это требует корректировки теории правоотношения – применительно к проблеме включения внутреннего, антропологического элемента в состав правоотношения.

5. Последняя проблема теории правоотношения – проблема методологических границ и познавательных пределов конструкции правоотношения.

Безусловно, следуя логике классического правового представления и рассматривая право с позиции выявления его сущности и различения правового и неправового, главным в праве выступают права и обязанности, которые и составляют центральный элемент правоотношения. Однако такой подход к познанию правовой реальности не всегда продуктивен. Для определения того или иного параметра в правовой реальности не всегда необходимо обязательно раскрыть правоотношение как нормативную правовую связь: во-первых, она может и не быть столь очевидной и значимой для установления той или иной правовой позиции (как мы уже говорили о проблеме использования конструкции правоотношения в охранительных отраслях права); во-вторых, можно использовать и другие понятия и категории, более полно и содержательно раскрывающие тот или иной параметр правовой реальности.

Полагаем верной позицию тех авторов, которые настаивают на цивилистических корнях теории правоотношения и ее непротиворечивости только в рамках частноправовой сферы. Что касается публично-правовой сферы, в особенности связанной с охранительным правом, то для ее правового познания и совершенствования могут быть использо-

¹ См.: Павлов В.И. Юридические конфликты: теоретико-методологические аспекты разрешения в процессе применения права. С. 45.

² См.: Юридическая конфликтология – новое направление в науке: «Круглый стол» журнала «Государство и право» // Государство и право. 1994. № 4. С. 3 – 23; Юридическая конфликтология: в 3 ч. / отв. ред. В. Н. Кудрявцев. М., 1995. 316 с.

ваны и иные методы, нежели конструкция правоотношения. Речь идет преимущественно о сфере правоприменения, которая с трудом поддается полному описанию через правоотношение по понятным причинам: положение уполномоченного органа в сфере правоприменения исключительно; корреспонденция прав и обязанностей здесь хотя и имеет место, но вторична по отношению к самому существу правоприменительной деятельности. Этому органу предписан правовой приоритет, выражающийся в наделении правоприменительного органа полномочиями императивного характера именно потому, что наиболее значимые процедуры и практики по применению права к конкретной юридически значимой ситуации, подлежащей правоприменительному разрешению, этот орган осуществляет самостоятельно вне каких-либо наличествующих правовых связей, отношений в отличие, например, от гражданско-правовой сферы. Поэтому не лишена основания попытка исследовать право в сфере правоприменения с помощью понятия «юридическая деятельность», а не конструкции «правоотношение»¹.

Разумеется, мы не хотим сказать, что правоприменительный орган действует вне права и традиционно понимаемого правоотношения. В научной литературе выделяется даже особый вид правоотношений в правоприменительной деятельности – правоприменительное отношение². Однако нормативно определенная обязанность в этом правоотношении указанного органа осуществлять деятельность таким-то образом выступает не конкретно содержательным, а, скорее, рамочно-регулятивным условием этой деятельности. Правоприменительные отношения дают, как правило, только общее описание пределов деятельности вследствие ее специфики, необходимости постоянно соотносить норму права с конкретной жизненной ситуацией. Более того, такое самостоятельное действие правоприменительного органа обусловлено и объективной необходимостью: наиболее значимые правоприменительные действия невозможно осуществить сугубо операционально и процедурно вне процесса *самостоятельной юридической деятельности*, что исторически обусловило разработку механизмов наделения этого органа обязанностями (правообязанностями), вменения ему ответственности за эту деятельность, установления контроля и надзора за ее осуществлением.

Интересно, что современная тенденция создания условий для прозрачной властной юридической деятельности неоднозначна, поскольку

¹ См., например: Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. Саратов, 1989. 140 с.; Шагиев Б.В. Юридическая деятельность и ее система: проблемы теории и практики. М., 2014. 192 с.

² См.: Галаган И.А., Василенко А.В. К проблемам теории правоприменительных отношений // Государство и право. 1998. № 3. С. 12–19.

ку она нацелена на обеспечение собственного интереса подчиненного субъекта, что в принципе противоречит существу властно-правовой деятельности. Особая ответственность государственного органа, должностного лица в том и заключается, что он несет персональную ответственность за самостоятельное совершение юридически значимых действий и не разделяет ее ни с кем, что обеспечивается презумпцией доверия уполномоченному органу, должностному лицу. В этом и состоит специфика государственно-властной деятельности в процессе применения права.

К самостоятельно осуществляемым видам юридической деятельности по применению права, которые фактически разворачиваются вне конкретных правовых связей, следует отнести:

- 1) оценку фактических обстоятельств дела;
- 2) толкование нормы права;
- 3) юридическую квалификацию;
- 4) усмотрение в праве;
- 5) преодоление пробела в праве;
- 6) разрешение юридической коллизии;
- 7) вынесение правоприменительного акта.

Продуктивно ли использовать конструкцию правоотношения в ходе познания и описания этих видов деятельности? Сомнительно. Субъективное право в рамках правоприменительных правоотношений маркирует эту деятельность лишь как правовую и определяет границы ее протекания. Очевидно, что орган проводит эту деятельность в рамках определенных рамочных правоотношений, однако это не объясняет механизм действия права, разворачивания юридической практики. Данные виды деятельности являются самыми важными для правоприменения – следовательно, познать их можно не путем обнаружения корреспонденции прав и обязанностей разных субъектов, а в результате определения правовых параметров автономного осуществления этой деятельности.

Еще более сложная проблема в части попытки применения конструкции правоотношения обнаруживается в специфической и необходимой публично-правовой деятельности – например, оперативно-розыскной, которая реализуется в рамках закона. Более того, именно в этой сфере деятельности особенно важно соблюдение нормативных правовых предписаний. К сожалению, последовательное применение модели правоприменительного (например, оперативно-розыскного отношения) к многообразным типам взаимодействий участников оперативно-розыскной деятельности не всегда удается хотя бы в силу совершенно специфиче-

ческих принципов этой деятельности (имеется в виду принцип конспирации, негласного проведения оперативно-розыскных мероприятий)¹.

Таким образом, правоотношение как конструкция имеет пределы в объяснении действия права в сфере правоприменения. Можно сказать, что правоотношение операционально не предназначено для вскрытия существа этой юридической деятельности, и это понятно, ведь данная юридическая конструкция рассчитана в первую очередь на анализ соответствующей деятельности по образу цивилистической практики, в рамках которой учение о правоотношении и сформировалось. Следовательно, одна из основных проблем теории правоотношения заключается в ее локальной методологической продуктивности и необходимости обозначения познавательных границ.

Завершая обзор проблем классической теории правоотношения, подчеркнем, что повышение познавательных возможностей практической и реальной эффективности учения правоотношения возможно лишь при условии методологического углубления данной теоретической конструкции, рассмотрения условий правомерности и корректности самого процесса заключения того или иного правового явления в форму конструкции и т. д. Однако не представляется возможным достичь этого, не выходя за рамки определенного методологического представления. В связи с этим следующий параграф будет посвящен рассмотрению альтернативных (постклассических) подходов к современной теории правоотношения.

6.3. Постклассические концепции правоотношения

Было бы ошибочно полагать, что в современной юридической науке не предпринимаются попытки пересмотра традиционного учения о правоотношении. Выше мы уже приводили предложение В.В. Марчука ввести новую конструкцию когнитивного охранительного уголовно-правового отношения в рамках уголовного права. Однако в теории правоотношения до сих пор руководствуются положениями, разработанными еще в советский период. Тем не менее в современной теории права высказываются идеи, весьма отличающиеся от традиционного понимания правоотношения. Как правило, все они основаны на постклассической методологии юридической науки. Рассмотрим некоторые из них.

Уже в 80-х гг. XX в были предложены довольно радикальные для советской доктрины правоотношения методологические решения, не

¹ См.: Гайдельцов В.С. Сущность и особенности оперативно-розыскных правоотношений // Правоотношения: теоретические и практические проблемы / под ред. В.А. Кучинского. Минск, 2014. С. 181–190; Козелецкий И.В., Пашкеев М.А. Структура оперативно-розыскных отношений // Правоотношения. С. 190–199.

получившие, однако, всеобщего научного признания. Так, советский правовед А.П. Дудин рассматривал правоотношение в совокупности двух элементов – объективной и субъективной сторон, причем если под первой он понимал «правовое бытие», то под второй – «правосознание» («правовую психологию»). «Правоотношение имеет две противоположные стороны: формально-правовую, юридическую или субъективную, и содержательно-правовую, общесоциологическую, объективную. Если формально-правовая сторона правоотношения (правовое сознание) характеризует право с точки зрения многообразия особых форм его проявления как гражданское, трудовое, уголовное, семейное и так далее, где находит свое выражение правовая психология, то содержательно-правовая сторона правоотношения, правовое бытие, напротив, характеризует это многообразие с точки зрения единства сущности, где находит свое выражение экономика. Диалектическое единство этих противоположностей как единство многообразия, их синтез только и дает истинное, полное, конкретно-всеобщее объяснение права, его действительное понятие»¹.

По существу, концепция А.П. Дудина возвращалась к иеринговому понятию права как интереса, тем самым пытаясь возродить антропологическое, субъектно-правовое начало: «Разве связь между названными лицами (субъектами правоотношения) возникла на основе юридических норм, а не на основе их взаимных интересов? Не нормы права, а интересы диктуют людям определенные поступки, а нормы права определяют границы, форму, но не содержание поведения, выступая в качестве меры, масштаба»². Ученый ставил довольно резкие для советской доктрины правоотношения вопросы, но верные методологически. В правоотношении, прежде всего, «необходимо объяснить причину связи „снизу“, то есть показать действительную причину и действительное содержание связи, – а не видимость, отражение, форму (!) – реальную связь интересов и потребностей людей в обществе, а уж из этой причины вывести субъективно-правовую связь как следствие»³. По мнению А.П. Дудина, понять правоотношение можно только через правовое бытие, а не через субъективные права и обязанности⁴.

Представитель постклассического правоведения И.Л. Честнов также настроен критически к антропологическим содержаниям конструкции правоотношения. Так, он утверждает, что «если понимать элементы правоотношения, в частности, субъектов как деперсонифицированных лиц,

то различие между объективным правом и правоотношением исчезает»¹. Затрагивая традиционную проблему субъективного права в правоотношении, ученый отходит от нормативной трактовки субъективного права в правоотношении: «На наш взгляд, критерий отличия субъективного права от объективного должен пролегать в другой плоскости, а именно – в степени конкретизации нормы права – общего правила поведения. Субъективное право в таком случае представляет собой конкретизацию нормы права применительно к субъекту, обстоятельствам места и времени и другим аспектам ситуации. То есть оно принадлежит не субъекту как таковому (даже ограниченному специальной дееспособностью в конкретной норме права), а именно этому определенному человеку. В конкретной ситуации, характеристики которой подпадают под гипотезу соответствующей нормы права, этот человек может, обязан или ему запрещено определенное поведение. Именно поэтому субъективное право относится не к норме права, а образует содержание правоотношения»².

Кроме того, И.Л. Честнов вслед за дореволюционным правоведом С.А. Муромцевым отмечает, что нередко правоотношение как форма общественного отношения предшествует норме объективного права; по крайней мере, сам генезис правоотношения показывает, что конкретные лица, вступающие, выражающие намерения вступить в отношения только по факту, уже соотнобразывают свое поведение с нормами объективного права³. От себя добавим, что нередко эти лица даже не подозревают о каких-либо отношениях или не интересуются в принципе их наличием, при этом они уверены, что действуют в поле юридического дозволения.

Исследователь Н.В. Разуваев настаивает на необходимости разработки новой теоретической модели правоотношения, которая позволила бы «продемонстрировать социально-философскую и общесоциологическую закономерность бытия таких отношений, которые, не будучи урегулированными нормами права, являются тем не менее в своем сущностном аспекте правовыми»⁴. Автор дает, по сути, антропологическое решение этой задачи, подчеркивая роль сознания субъекта права в отношении, равно как и во всякой социальной деятельности: «Сознание... выступает, если можно так выразиться, первичным регулятором общественных отношений, предшествующим их нормативной регуляции. Более того, именно сознание является условием, без которого в принципе невозможна никакая нормативная регуляция»⁵. Таким

¹ Дудин А.П. Диалектика правоотношений. Саратов, 1983. С. 53.

² Там же. С. 49–50.

³ Там же. С. 50.

⁴ Там же. С. 52.

¹ Теория государства и права : учебник. СПб., 2006. С. 233–235.

² Там же. С. 233–234.

³ Там же. С. 233–235.

⁴ Разуваев Н.В. Нормы права и правоотношения в антропологической перспективе // Социокультурная антропология права / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. СПб., 2015. С. 435.

⁵ Там же. С. 436.

образом, с точки зрения Н.В. Разуваева, «основным признаком правовых отношений является не наличие регулирующих их норм права, а соотносимость, скоррелированность с правосознанием и правовыми ценностями участников данного отношения... <...> ...правоотношением мы можем назвать такое общественное отношение, которое сами его участники воспринимают как правовое (отличая его от моральных, политических, а также любых иных социальных отношений), оценивая как собственное поведение, так и поведение других субъектов сквозь призму юридических ценностей – свободы, формального равенства, справедливости и т. п.»¹

Сегодня наиболее обоснована и, с нашей точки зрения, завершена в рамках определенного типа правопонимания альтернативная концепция правоотношения А.В. Полякова. Как мы уже упоминали в гл. 2, в концепции этого ученого право понимается как «правовая коммуникация»². Хотя право понимается А.В. Поляковым как «система нормативных правовых отношений»³, эти отношения существенно отличаются от общепринятого понятия правоотношения в традиционной теории права. Полагаем, что корректнее называть эти правоотношения «коммуникативными правоотношениями», чтобы подчеркнуть их связь с коммуникативной теорией права.

Правовая коммуникация требует наличия трех компонентов: правовых текстов (знаковое выражение права), субъектов права и реальной деятельности субъектов права. Субъекты права интерпретируют правовые тексты и совершают юридически значимую деятельность – такова условная схема правовой коммуникации.

Люди живут в обществе, в определенном состоянии взаимных и общественных отношений, поэтому, как замечает А.В. Поляков, они вынуждены соотносить свое поведение друг с другом, что и является коммуникацией. Однако такое соотношение носит в концепции А.В. Полякова смысловой характер. Общественные отношения порождают «правовые тексты» – своеобразные институционализованные знаковые, то есть всегда интерпретированные сознанием субъекта формы (причем как государственные, так и негосударственные) – обычаи, мифы, договоры, нормативные правовые акты, правоприменительные акты и т. д. Эти формы, получая общественное признание членов общества, воспринимаются субъектами как обязательные правила поведения – нор-

¹ Разуваев Н.В. Нормы права и правоотношения в антропологической перспективе. С. 437.

² См.: Поляков А.В. Общая теория права. С. 277–278.

³ Там же. С. 748.

мы права (когнитивные нормы права)¹. Именно поэтому в концепции А.В. Полякова норма права не текстуальна (в традиционном значении текста), а всегда «ментальна и intersubъективна»², она отличается от традиционно понимаемого источника права, который может и не порождать норму права в коммуникативном смысле. Таким образом, согласно А.В. Полякову обязательность такой нормы обусловлена не властным принуждением какого-либо социального образования (не говоря уже о принуждении государства), а социальной легитимацией, взаимным признанием членами общества такой нормы в качестве обязательной: она может совпадать, а может и не совпадать с выражением власти на уровне общества и государства.

На этом основании ученый и выделяет «официальные (государственно конституированные) правовые отношения» и «социальные правовые отношения»³, которые, разумеется, в принципе различны; причем норма права, возникающая в процессе коммуникации субъектов, фактически равна коммуникативному правоотношению – по крайней мере, они очень близки⁴.

Правовая коммуникация, или коммуникативное правоотношение, носит нормативный характер и является источником нормативности⁵. Поэтому под правовой нормативностью А.В. Поляков понимает не систему установленных государством общеобязательных правил поведения, образующих в традиционной теории правоотношения объективное право, а совокупность правовых текстов, получивших социальное признание общества и интерпретирующихся как сфера должного в процессе правовой коммуникации как коррелятивного соотношения прав и обязанностей⁶. Как отмечает ученый, «право в рамках такого подхода рассматривается как феномен, имеющий не государственную, а институциональную и intersubъективную природу»⁷, поэтому субъективное право совпадает в вышеназванной концепции с правом объективным.

Итак, А.В. Поляков определяет правоотношение следующим образом: «Это такое коммуникативное социальное отношение, субъекты которого соотносят свое поведение с принадлежащими им общезначи-

¹ См.: Поляков А.В. Общая теория права. С. 649–651.

² Поляков А.В. Нормативность правовой коммуникации // Правоведение. 2011. № 5. С. 44.

³ Поляков А.В. Общая теория права. С. 756.

⁴ См.: Поляков А.В. Нормативность правовой коммуникации. С. 44.

⁵ Там же.

⁶ Там же. С. 35.

⁷ Там же. С. 27.

мыми (общепризнанными) коррелятивными (взаимообусловленными) правами и обязанностями»¹.

Говоря о структуре коммуникативного правоотношения, ученый использует традиционный ряд элементов – субъекты, объект, содержание и форма², хотя, если быть последовательным, разработка столь сложного изложения нормы, нормативности и субъективного/объективного права требует, конечно, обоснования нового строения коммуникативного правоотношения. Только понимание нормы права через интерпретацию правового текста приводит к введению такого элемента в структуру правоотношения, который описывал бы внутренний процесс восприятия смысла правового текста подобно тому, как это попытался сделать В.В. Марчук в концепции когнитивного охранительного уголовно-правового отношения.

Таким образом, в целом постклассические концепции правоотношения основываются на соответствующем типе правопонимания, в них переосмыслены традиционные юридические понятия «нормативность права», «норма права», «объективное право», «субъективное право», «источник права» и др. Структура правоотношения в постклассических правовых теориях обусловлена не общественными отношениями, а поведением конкретных лиц в зависимости от юридически значимых целей, мотивов, подробностей. В рамках постклассической методологии права формируется учение о правоотношении, соответствующее антропологической концепции права.

6.4. Правоотношение в антропологической концепции права: методологические особенности и понятие антрополого-правового отношения

Антропологический подход к праву, как было показано в гл. 2, основан на понимании права через процесс правового существования человека в праве, исследуемого в аспекте его встречи с нормой права и фактом правовой жизни. Принцип человекомерности права, центральный для антропологии права, предполагает концентрирование на личностных структурах человека в праве, его месте в аспекте разворачивания различных юридических конструкций и т. д. Однако это может дать основание неверному отождествлению антропологической концепции права с солипсизмом – к усмотрению правового бытия не в отношениях между людьми, не в обществе, а в отдельно взятом человеке, субъекте права, рассматриваемого независимо от любых социальных связей. В связи с этим антропология права не отказывается от того значения и места в

¹ Поляков А.В. Общая теория права. С. 759.

² Там же. С. 760.

структуре правовой теории, которое занимает в ней правоотношение как отношение между лицами по поводу права. Подчеркнем, как уже было показано в вопросе об антропологическом типе правопонимания (параграф 2.3), что совместное правовое бытие в антропологическом смысле расценивается не как самоцель, а как условие, необходимое для постижения процесса правового существования. Несмотря на то что правовое бытие, правовая жизнь в целом анализируются в антропологии права через практики правового существования, базовые первичные источники формирования правового, однако опыт правового существования, личностные юридически значимые содержания наиболее часто воплощаются через взаимодействие с другими лицами – от конкретного гражданско-правового отношения до государства в лице определенного должностного лица, представителя правоприменительного органа.

Несомненно, выступая ключевой формой реализации права и будучи одновременно его теоретической основой, правовое отношение может быть представлено по-разному, в том числе и относительно вопроса правогагена.

Как мы уже отмечали ранее, в антропологии права отношение между лицами в праве не главное в праве, не цельное институциональное образование, а динамичная форма, воспроизводящаяся конкретными правовыми существованиями отдельных правовых лиц («право есть со-бытие правовых существований»). Антропология права в первую очередь изучает положение человека в праве, а не правоотношение как институциональное образование, которое в строгом смысле антропологическим понятием не является, хотя и включает в себя элемент субъекта права. Антрополого-правовой подход к правоотношению различает, с одной стороны, единичное правовое существование человека в праве, тем самым концентрируясь на человекомерности при анализе правовых связей, а с другой стороны, сами правовые связи как институциональные образования (догматические конструкции).

Правоотношение в классической теории представляет собой связь между субъектами права формально-правового, нормативного типа, связь через субъективные права и обязанности – подобная характеристика общей теории правоотношения досталась ей в наследство от догматической юриспруденции. Конструктивная особенность правоотношения, следовательно, заключается в том, что она не позволяет перейти к практико-ориентированным моделям, типам правовых связей, что обусловлено специфическим методом традиционной общеправовой теории. Сегодня такой переход, полагаем, более чем актуален. Проблема повышения эффективности права, на наш взгляд, связана именно с

преодолением узкодогматического взгляда на правовую реальность, что наглядно демонстрирует вопрос о соотношении понятия юридического конфликта и правоотношения, о котором мы говорили выше.

Формализация связи в правоотношении предполагает рассмотрение субъектов права в качестве правовых абстракций, или, по крайней мере, «нормативных лиц», хотя в правовой жизни это всегда конкретные люди, даже если речь идет о правоотношениях между организациями (последнее наиболее наглядно проявляется в случае судебного спора между организациями). Эти абстрактные лица в конструкции правоотношения вступают в такие же абстрактные правовые связи, определенные субъективным правом, обусловленным нормой права объективного. В самой структуре правоотношения личностные содержания субъектов к совершаемому исключены – их заменяют модели прав и обязанностей, которые принимают эту функцию на себя.

Таким образом, формализация в правоотношении как юридической конструкции делает субъект правоотношения своего рода объектом, необходимым элементом этой юридической конструкции, не более. С.И. Архипов по этому поводу справедливо отмечает, что «исходя из идеи первичности субъекта права можно утверждать, что не субъект права является элементом правовых отношений, наоборот, правовые отношения, связи „принадлежат“ субъекту права; субъект – эта та ось, вокруг которой формируются правовые связи, отношения»¹.

На формализацию правоотношения повлияли идеи римского права, воспринятые через немецкую догматическую юриспруденцию: формализация строилась на сугубо цивилистической, договорной правовой основе, а условия договора, естественно, не предполагают раскрытия мотивов и установок субъекта. Более того, известно, что римская правовая почва формировалась вне христианского контекста, поэтому она и не вобрала в себя богословские представления о лице, которые, как мы уже говорили выше в контексте вопроса формирования учения о личности в праве, существенное значение придают личности, ее волевому аспекту. Вместе с тем внутренние антропологические проявления – например, психические явления (вина, мотивация, цели, установки и т. д.) – присутствуют в сфере не частного, а публичного права – в составе правонарушения.

Сопоставляя общую методологическую установку традиционного учения о правоотношении с задачами антропологической концепции права, можно сделать вывод, что теория правоотношения говорит лишь о юридических связях, но не о правовом существовании и правовой субъективации, на которые и направлено внимание антропологии права,

¹ Архипов С.И. Субъект права: теоретическое исследование. С. 76.

хотя в этом, собственно, и заключается формально-юридический метод и его практичность.

Антропология права ориентируется именно на выявление человекомерности в любых правовых образованиях, в том числе и в модели правоотношения. Методологическая установка к правоотношению заключается в следующем: *выявить максимально приближенную к опыту правового существования позицию лиц, находящихся в правоотношении. В правовом отношении важны не только корреспондирующие субъективные права и обязанности сторон, но и процессы правовой субъективации, раскрывающие правовой смысл и ценностные характеристики юридической связи субъектов, в том числе и применительно к субъективным правам и обязанностям.*

В связи со сказанным важно привести мнение Н.В. Разуваева о месте ценности в формировании правового отношения, так как правовая субъективация, как мы указывали в гл. 2, и синтезирует на личностном уровне нравственное и правовое, ценности и юридическое должноствоование. Так, по мнению ученого, «не только в частном праве... но и в ряде отраслей публичного права юридические нормы органично вырастают из правоотношений. Это в свою очередь означает, что и здесь нормы права как правилу поведения общего характера генетически предшествуют действующие в рамках этих отношений юридические ценности и создаваемые на их основе индивидуальные нормы», причем «индивидуальные нормы, регулирующие поведение участников того или иного конкретного правового отношения, еще не могут рассматриваться в качестве норм права в строгом смысле этого слова»¹.

Хотя мы и понимаем юридическую ценность иначе, ее акцентирование подчеркивает *практическую и этическую ориентацию антропологии права*, то есть особое внимание к человеку в его юридических практиках, в том числе и направленности его *нравственного, ценностного позиционирования*, которое отсутствует в традиционной модели правоотношения. Однако следует понимать, что применительно к понятию правовой субъективации в правоотношении речь идет не о нравственности в смысле внешнего нормирования поведения людей (общественная мораль), а о внутренней ценностной установке субъекта, вытекающей из структур его личности, которые и проявляются в его позиционировании в правовом отношении. Несмотря на то что в концепции коммуникативного правоотношения А.В. Полякова ценностно-смысловое содержание

¹ Разуваев Н.В. Нормы права и правоотношения в антропологической перспективе. С. 463.

процесса интерпретации не рассматривается субъектами правового общения, однако очевидно, что такие содержания существуют.

Таким образом, использование понятия правовой субъективации применительно к конструкции правоотношения способствует углубленному пониманию реального протекания правового взаимодействия, преодолевает формализм поверхностного изображения обмена взаимными правами и обязанностями, вводит через личностные структуры ценностно-правовое измерение правоотношения, а также требует выделения в качестве признака и, возможно, элемента правоотношения *внутреннего расположения субъектов в правоотношении* – вероятно, в случае более доскональной проработки этого вопроса.

Следует сказать и о возможной критике изложенной здесь позиции, касающейся антропологического понимания правоотношения, – прежде всего с точки зрения проблемы нормативности и юридического долженствования.

В параграфе 2.3, посвященном антропологическому типу правопонимания, были описаны особенности антропологического подхода к праву, в частности переход от взгляда на право как сущностного образования к его анализу в практиках правового существования. Так, в рамках антропологической концепции право не только и не столько мир объективного долженствования, мир правовых норм, но, главным образом, мир правового бытия, взятого одновременно во всех аспектах его проявления – его антропологической связанности, нормативности, погруженности в правовую жизнь, динамизме, процессуальности, современности, конкретности, ситуативности. Подчеркнем, однако, что антропологическое понимание права как правового бытия не исключает аспекта нормативной системы права, понимаемой весьма близко его традиционной трактовке как объективного права – за исключением разве что двухэлементного понимания нормы права в ее знаково-текстуальном и смысловом значениях (см. параграф 4.2); признания за такой системностью не главного в праве, а его юридического субстрата, субстанции права (см. параграф 2.3). Следовательно, в антропологии права не устраняется классический момент юридического долженствования, который тем не менее не позволяет смещать акцент в понимании правоотношения только и преимущественно в сторону нормативной системы права.

Антропологический анализ конструкции правоотношения позволяет:

а) описать правовую связь сторон правоотношения более полно, нежели только через права и обязанности, основываясь на понимании права как правового бытия;

б) показать в правоотношении влияние личностных структур человека в праве на принятие им юридически значимых решений;

в) более полно раскрыть все возможные факторы, влияющие на реализацию конкретного варианта поведения в рамках правоотношения;

г) раскрыть не нормативно обусловленные, но юридически значимые антропологические содержания (в частности, правовые ценности);

д) получить более эффективную, действенную модель правоотношения, особенно в случае упречного правоотношения для разрешения правовой ситуации.

Наглядным примером продуктивности подобного подхода к решению проблемы методологических границ правоотношения служит идея использования понятия юридической деятельности в качестве альтернативы понятию правоотношения.

Возможность использования понятия (даже конструкции) юридической деятельности для анализа, например правоприменительной практики, возникает благодаря антропологической методологической установке на подчеркивание значимости единичного существования человека в праве в его деятельности в рамках правоприменительных отношений. Основной акцент в познании юридически значимых ситуаций, в которых отсутствует конкретная правовая связь (например, в охранительных материально-правовых отношениях) переносится с правоотношения на юридическую деятельность субъекта права, различные юридические практики, осуществляемые лицом в правовой ситуации.

Как мы уже отмечали, хотя правоотношение и задает рамочное условие юридической деятельности, однако антропология предлагает в этом случае рассматривать не столько сугубо нормативное, сколько комплексное антропологическое содержание деятельности человека в праве, притом что оно подчинено юридической деятельности, целям правового регулирования и обнаруживает себя в личном ценностном позиционировании через такие процедуры, как правоприменительное усмотрение, толкование права, применение аналогии в праве и т. д.

Таким образом, понятие юридической деятельности по сравнению с правоотношением более функциональное; это аналитическое средство познания и инструмент правоприменительной практики. Не случайно, видимо, специалисты отраслевых и прикладных юридических дисциплин рассматривают правовые параметры правоприменения в основном в аспекте деятельности, а не правоотношения¹.

¹ См.: Баев О.Я. Конфликты в деятельности следователя (вопросы теории). Воронеж, 1981. 159 с.; Богданов Е.В. Правосудие как деятельность по управлению конфликтом // Право и демократия: сб. науч. тр. Минск, 2001. Вып. 11. С. 231–243.

На основании вышеизложенного сформулируем теоретические положения антрополого-правового подхода к правоотношению.

1. *В соответствии с антропологическим типом правопонимания правоотношение является не институциональным, а антропологическим образованием, представляющим собой не только юридическую связь прав и обязанностей, но и совместное правовое бытие, включающее в себя практики правового существования и личностные правовые ценности.*

Такое понимание правоотношения отличается от традиционного тем, что в антропологии права правоотношение не только формально-правовая, абстрактная связь, но и личное правовое отношение – как сопоставление двух (трех и более – в зависимости от отношения) актов правового существования. Традиционно правоотношение – это форма или вид общественных отношений, где приоритет отдается субъективным правам и обязанностям как производным от объективного права. В антропологии права правоотношение не столько абстрактная нормативная связь, сколько сам человек в праве в его конкретном расположении к другому лицу: истоком отношения в праве, понимаемом как правовое бытие, является не столько норма объективного права, сколько встреча двух лиц, двух правовых существований по поводу права на фоне факта правовой жизни.

2. Правоотношение в рамках антропологического типа правопонимания можно назвать *антрополого-правовым отношением*, или правоотношением в антрополого-правовом значении, под которым следует понимать *правовое общение двух и более лиц по поводу права и на основании нормы права относительно факта правовой жизни, рассмотренное посредством практик их правового существования, указывающих на восприятие юридической связи этими лицами, в том числе в части их ценностно-правового расположения к собственным взаимным субъективным юридическим правам и обязанностям, которые они в данном отношении реализуют в фактическом поведении.*

Обратим внимание, что в приведенном понятии антрополого-правового отношения фактическое взаимодействие сторон определяется не только через норму права, но и практику их правового существования, ценностное позиционирование сторон относительно своих взаимных субъективных юридических прав и обязанностей.

Трансформации подходов к правоотношению наблюдаются и в позиции субъекта правоотношения. В традиционной модели правоотношения субъект играет лишь нормативную роль в юридической конструкции, он – нормативный элемент структуры правоотношения, поэтому с позиции понимания права как правового бытия его позиция с антропологической точки зрения значения не имеет. На это можно, конечно, воз-

разить, что право как область юридического должно иметь дело только с миром нормативного должностояния и заниматься правовой онтологией, правовым бытием. Однако антропология права не приемлет эту позицию, так как полагает право частью личного правового существования и социокультурного мира. Более того, включение правовых ценностей в правовую действительность возможно лишь путем неформализованного учета человека в праве в правоотношении. Причем, как видно из приведенного определения, в антрополого-правовом отношении роль нормативной системы права не исключается.

3. *Традиционное различие юридического и неюридического содержания во взаимодействии между субъектами не принципиально в антропологии права: юридически значимые содержания исследуются, во-первых, через практики правового существования, в том числе через выявление личностных правовых ценностей в их отношении к субъективным правам, обязанностям и другой стороне отношения (двусторонне-нормативный момент правовой субъективации); во-вторых, через норму права как юридического субстрата фактической правовой связи между лицами. Понятие правового существования человека в праве, центральное в антрополого-правовом подходе, одновременно включает в себя и антропологическую, и нормативную составляющие. В антрополого-правовом отношении лицо представляется и с точки зрения его конститутивной реакции, расположенности к конкретной юридически значимой ситуации, в которой оно оказалось (в том числе своему правовому статусу и положению).*

4. В антропологическом типе правопонимания главное в праве усматривается не в сущности права, а в правовом бытии (ситуации встречи человека в праве с нормой права и фактом правовой жизни), поэтому в антрополого-правовом отношении *главным и первичным, начальным во времени выступает, как правило, не столько норма объективного права, которая содержит модель поведения субъектов правоотношения и обеспечивает юридизацию отношения, его юридический субстрат, сколько тип правовой субъективации этих лиц, включающий в себя и их ценностное позиционирование, расположение к взаимным субъективным юридическим правам и обязанностям и друг к другу в конкретной юридически значимой ситуации.*

Как неоднократно отмечалось в литературе, нередко лица, вступая в разнообразные правоотношения, вовсе не задумываются о своих субъективных правах и обязанностях. Они, как правило, могут даже и не предполагать о существовании нормы объективного права, а действуют на основании общих способов правового существования – своих лич-

ностных структур, типов расположения к правопорядку, которые в этом случае приобретают юридическую значимость из-за их проявления в области юридикации, обеспеченной правом в объективном смысле. Качество юридического придает правоотношению именно норма объективного права, что особенно очевидно в случае препятствия развитию отношения, его дефектности. Но фактором возникновения и развития правоотношения выступает все же правовая persona, человек в праве, если, конечно, рассматривать правоотношение с позиции не догматики, а правового опыта, правовой жизни.

Поэтому при антропологическом понимании права сама по себе апелляция к норме объективного права не имеет принципиального значения. Выше мы уже говорили о значении нормы права и правоотношения в нормативном смысле применительно к охранительной правоприменительной деятельности – о недостаточности конструкции правоотношения для раскрытия сути этой деятельности и переходе к понятию юридической деятельности. В сфере частного права, где конструкция правоотношения продуктивна, в большинстве жизненных ситуаций не норма объективного права конституирует свойство правоотношения как нормативного в смысле его восприятия как обязательного, а потребности правового существования этих лиц. На практике обращение к конструктивным особенностям правоотношения происходит, как правило, в упречных ситуациях – при совершении правонарушения, создании препятствия для развития правоотношения и т. д.; совершении сложной юридически значимой деятельности, требующей усиленного внимания к субъективному праву/обязанности (например, правозащитная деятельность).

5. Норма объективного права не является главным фактором возникновения и развития антрополого-правового отношения, но в правовой реальности она все же выполняет, напомним, функцию основы в формально-юридическом выражении. Антропологический подход к пониманию права исходит из того, что этой основы недостаточно для выражения главного в праве, обнаруживаемого только в правовом бытии – моменте встречи человека в праве с нормой права по поводу факта правовой жизни. Однако *антрополого-правовое отношение все же нуждается в норме объективного права, которая дает возможность субстанциального обеспечения юридического должностования относительно правового бытия в целом и правового отношения в частности*. Что касается правового качества этих норм и их правовой природы, то в антропологии права возможно выделить идеальные образцы, модели, лично ориентированные практики правового существования, нацеленные на справедливость как главное правовое благо; эти модели

фиксируются в нормативных правовых положениях, которые и являются качественными критериями правового/неправового в отношении нормы права (подробно о справедливости как базовой антрополого-правовой ценности см. параграф 3.4).

Таким образом, завершая рассмотрение учения о правовом отношении в контексте и классической, и постклассической правовой методологии, отметим, что основная потребность в анализе правоотношения не как институционального образования, а как личного антрополого-правового отношения обусловлена современным запросом на максимально жизненное, практическое понимание правовой реальности и действия права. Изучение правовой реальности вне принципа человекомерности права затрудняет решение этой задачи, потому что процесс правового существования – неустранимый фактор правовой жизни и ее телеологической определенности.

Рекомендуемая литература

1. Александров, Н.Г. Трудовое правоотношение / Н.Г. Александров. – М. : Юридическое изд-во Минюст СССР, 1948. – 336 с.
2. Васев, И.Н. Субъективное право как общетеоретическая категория / И.Н. Васев. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 192 с.
3. Васильев, А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права / А.М. Васильев. – М. : Юрид. лит., 1976. – 264 с.
4. Дудин, А.П. Диалектика правоотношений / А.П. Дудин. – Саратов : Саратовский ун-т, 1983. – 121 с.
5. Кечекьян, С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе / С.Ф. Кечекьян. – М. : АН СССР, 1958. – 185 с.
6. Коркунов, Н.М. Лекции по общей теории права / Н.М. Коркунов. – 2-е изд. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 430 с.
7. Кучинский, В.А. Современное учение о правовых отношениях / В.А. Кучинский. – Минск : Интегралполиграф, 2008. – 320 с.
8. Марчук, В.В. Когнитивные аспекты уголовно-правового отношения / В.В. Марчук // Правоведение. – 2011. – № 4. – С. 199–210.
9. Муромцев, С.А. Определение и основное разделение права / С.А. Муромцев. – 2-е изд., доп. – СПб. : СПбГУ, 2004. – 224 с.
10. Муромцев, С.А. Что такое догма права? / С.А. Муромцев. – М. : Тип. А.И. Мамонтова и К^о, 1885. – 35 с.
11. Пашуканис, Е.Б. Общая теория права и марксизм / Е.Б. Пашуканис. – 3-е изд. – М. : Изд-во Коммунист. акад., 1927. – 128 с.
12. Петражицкий, Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л.И. Петражицкий. – СПб. : Лань, 2000. – 608 с.
13. Поляков, А.В. Правовые учения советского времени / А.В. Поляков // История политических и правовых учений : учебник. – СПб. : СПбГУ, 2007. – С. 838–851.

14. Разуваев, Н.В. Нормы права и правоотношения в антропологической перспективе / Н.В. Разуваев // Социокультурная антропология права / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. – СПб. : Алеф-Пресс, 2015. – С. 419–501.

15. Тарановский, Ф.В. Энциклопедия права / Ф.В. Тарановский. – 3-е изд. – СПб. : Лань, 2001. – 560 с.

16. Тарасов, Н.Н. Методологические проблемы юридической науки / Н.Н. Тарасов. – Екатеринбург : Изд-во Гуманит. ун-та, 2001. – С. 241–263.

17. Толстой, Ю.К. К теории правоотношения / Ю.К. Толстой. – Л. : ЛГУ, 1959. – 88 с.

18. Халфина, Р.О. Общее учение о правоотношении / Р.О. Халфина. – М. : Юрид. лит., 1974. – 352 с.

19. Черданцев, А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции / А.Ф. Черданцев. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2015. – 320 с.

20. Шершеневич, Г.Ф. Общая теория права / Г.Ф. Шершеневич. – Вып. 1. – М. : Изд. бр. Башмаковых, 1910. – 805 с.

21. Явич, Л.С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений / Л.С. Явич. – М. : Госюриздат, 1961. – 172 с.

22. Gsovsky, V. Soviet Civil Law; Private Rights and Their Background Under the Soviet / V. Gsovsky // The American Political Science Review. – Vol. 43. – № 3. – P. 595–596.

АНАЛИТИЧЕСКИЙ СЛОВАРЬ ОСНОВНЫХ ТЕРМИНОВ И ПОНЯТИЙ АНТРОПОЛОГИЧЕСКОЙ КОНЦЕПЦИИ ПРАВА

Словарь построен по алфавитному, а не по смысловому принципу; распределение понятий соответствует порядку изложения материала, что позволит в лаконичной форме познакомиться с понятийно-категориальным аппаратом и антропологической концепцией права, и в целом постклассическим правоведением.

Тип научной рациональности – совокупность общепринятых представлений, высказываний, способов понимания науки, в рамках которой в определенный культурно-исторический период предопределяется формирование и становление тех или иных систем знания.

Эта характеристика распространяется и на два других термина, предложенных в эпистемологии М. Фуко, – **дискурсивная формация** и **эпистема**, которые совпадают по смыслу.

Тип правопонимания – сформированная в рамках определенной правовой концепции теоретико-методологическая модель, отражающая «главное в праве» (сущность права), процесс правогенеза, признаки права и его социальное назначение.

Тип правопонимания – матрица интеллектуального освоения правовой реальности; влияет практически на все стороны правового познания, явно или скрыто воздействуя на понимание каждого элемента правовой реальности (нормативность права, процесс правотворчества, правовые ценности и т. д.).

Классический тип научной рациональности – стадия исторического развития науки (XVII–XVIII вв.), когда познавательные усилия ориентированы исключительно на объект, а реальность описывается и объясняется исключительно вне субъекта, средств и операций его деятельности; это необходимое условие получения объективно-истинного знания о мире.

Цели и ценности науки, определяющие в этот период стратегии исследования и способы фрагментации мира обусловлены доминирующими в культуре мировоззренческими установками и ценностными ориентациями, но классическая наука не осмысливает этих детерминации (В.С. Степин).

Неклассический тип научной рациональности – стадия исторического развития науки (XIX в.), когда в познавательной операции учитыва-

ются связи между знаниями об объекте и характером средств и операций деятельности.

Экспликация этих связей – условие объективно-истинного описания и объяснения мира; связи между внутринаучными и социальными ценностями и целями по-прежнему не являются предметом научной рефлексии, хотя имплицитно определяют характер знаний, что именно и каким способом мы выделяем и осмысливаем в мире (В.С. Степин).

Постнеклассический тип научной рациональности – стадия исторического развития науки (XX – начало XXI в.), когда поле познавательной рефлексии расширяется, научные знания об объекте соотносятся со спецификой средств, операций деятельности и с ценностно-целевыми структурами человека, как субъекта познания.

На данной стадии развития науки эксплицируется связь внутринаучных целей с внеучными социальными ценностями и целями (В.С. Степин).

Эпистема – совокупность связей, в конкретную историческую эпоху объединяющая дискурсивные практики, предоставляющие место наукам и любым возможным формализованным системам, прежде всего системам знания (М. Фуко).

Эпистема – способ, в соответствии с которым на каждом историческом этапе становится возможным и совершается движение научности и формализации; как поле дискурсивных практик, она призвана показать исторически меняющиеся структуры, определяющие условия возможности мнений, теорий, наук.

Дискурс (дискурсия, дискурсивная практика, дискурсивный ансамбль, дискурсивная формация) – имплицитная структура, задающая последовательность словесных знаков, правила научной речи как безусловное данное познания на том или ином историческом этапе развития науки (М. Фуко).

Дискурс, как правило, скрыт от исследователя; это не подлежащая оспариванию структура говорения, признаваемая за истинно данное. Исследование дискурса показывает, по каким исторически конкретным правилам образуются объекты тех или иных наук; как строятся высказывания и задаются понятия; каким образом совершаются выборы тех или иных мыслительных ходов (Н.С. Автономова).

Разработка любой правовой концепции происходит в рамках определенных дискурсов, выполняющих роль общеметодологических установок, содержащих самые общие, предельные основания познания правовой реальности. Дискурсы являются данностью для правоведа, однако при смене типов научной рациональности, во время крупных социально-политических событий эти основания познания правовой реальности нередко модифицируются.

Правовая концепция (теоретико-правовая концепция, теория права) – завершенная система теоретико-правового знания, обладающая собственным терминологическим и понятийно-категориальным аппаратом, представляющая собственное понимание правовой реальности и ее основных составляющих, определяющая основные способы работы с ней.

Наиболее известные правовые концепции, сформировавшиеся к концу XIX – началу XX в. и наиболее распространенные в современной юриспруденции, – это естественно-правовая концепция, концепция юридического позитивизма, социологическая теория права.

Классические правовые концепции – системы теоретико-правового знания, которые сформировались на базе новоевропейской правовой методологии, использующие в качестве рабочего инструментария язык традиционной юридической догматики.

Это известные методологические подходы, разработанные учеными при осмыслении актуальных событий политической и правовой практики в Западной Европе и США в XVII – XVIII вв. и в первой половине XIX в. – непосредственно в процессе европейских буржуазных революций; это их теоретический фундамент или последующее их обоснование. Новой методологической основой классических правовых концепций по сравнению со средневековой религиозной эпистемологией выступили в первую очередь методы рационализма (Р. Декарт) и эмпиризма (Ф. Бэкон).

Ядро классических правовых концепций – конституционно-правовые доктрины о гражданском обществе и общественном договоре; концепция либерализма и учение о правах человека; учение о разделении властей и правовом государстве.

Классические правовые концепции, несмотря на разное политико-правовое содержание, используют традиционный язык континентальной юриспруденции – юридическую догматику.

Постклассические правовые концепции – системы теоретико-правового знания, сформированные на базе философских учений XX в., которые или отказались от ведущих принципов новоевропейской методологической программы, или существенно пересмотрели их.

В основном разработаны на базе феноменологии, герменевтики, коммуникативной теории, антропологии, фундаментальной онтологии, постструктурализма, постмодернизма, юридической лингвистики; в той или иной степени основаны на идее критики классической рациональности и методологическом переосмыслении классических правовых концепций. В качестве рабочего аппарата постклассические правовые концепции используют язык традиционной юридической догматики, однако предпринимают попытки создать собственный язык.

Обладают общими родовыми характеристиками, обусловленными особенностями постклассической методологии; разрабатываются в рамках постклассического правового дискурса; используют специальные понятия современной философии («дискурс», «диалог», «коммуникация», «понимание», «смысл», «интенциональность», «интерпретация», «интерсубъективность», «бытие», «сущее» и др.) и методологически терпимы к ним.

Первые постклассические правовые концепции русскоязычной юриспруденции конца XX – начала XXI в. – это феноменолого-коммуникативная концепция права А.В. Полякова, социолого-антропологическая концепция права И.Л. Честнова, онтология права С.И. Максимова, герменевтическая концепция права А.И. Овчинникова, экзистенциально-гуманистическая, логико-лингвистическая концепция права Ю.Е. Пермякова, философия права В.П. Малахова и др.

Антропологическая концепция права (антропология права, антропологический подход к праву) – постклассическая правовая концепция, разработанная на основе новой модели человека в праве; ориентирована на познание права через человека в праве и процесс его правового существования.

В отличие от традиционной антропологии права как юридической этнологии, изучающей разнообразие правовых культур и традиций, постклассическая антропология права является теоретико-правовой концепцией, претендующей на объяснительные

возможности правовой реальности. В отличие от классической общей теории права, которая изучает закономерности развития и функционирования права как институционального явления, антропология права познает право через существующего в правовой реальности человека.

Главное понятие антропологии права – «человек в праве»; основные методы познания правовой реальности – юридико-антропологический анализ, деконструкция догматических понятий и конструкций; метод генеалогического исследования догматических понятий и конструкций общеправовой теории. Принцип аналитической работы с правовой реальностью – это принцип человекомерности права.

Принцип человекомерности права – главное исходное положение антропологической концепции права, которое означает представление права и правовой реальности только в связи с существующим и действующим в ней человеком.

Обеспечивает представление правовой реальности в перспективе антропологической переориентации всех правовых, по преимуществу институционально оформленных правовых явлений, когда антропологический элемент постигается не в субъектной, а человекомерной перспективе. Человекомерность права предполагает концентрацию на личностных структурах человека в праве, прежде всего его ценностях и месте в различных юридических конструкциях и т. д.

Предмет антропологии права – человек и процесс его правового существования в правовой реальности, а также право, представленное в качестве человекомерного образования, – в связи с существующим и действующим в правовой реальности человеком.

Антропология права познает право через существующего в правовой реальности человека в отличие от традиционной общеправовой теории, которая изучает закономерности развития и функционирования права как феномена (причем под правом преимущественно понимается система норм).

Методы антропологической концепции права – специальные способы познания человека в праве, процесса его правового существования в правовой реальности, самого права как человекомерного образования, с помощью которых формируется антропологическое правопонимание и определяется функциональность всех правовых средств с позиции существующего в правовой реальности человека.

В антропологической концепции права, помимо традиционных методов юриспруденции, используются три основных метода, разработанных под определенные задачи концепции: юридико-антропологический анализ, деконструкция догматических понятий и конструкций, генеалогическое исследование догматических понятий и конструкций общеправовой теории. Это не постмодернистские приемы, они не направлены на бездумный и произвольный слом традиционных устоявшихся понятий и категорий – это инструменты антрополого-правовой перепроверки элементов правовой реальности с позиции реализации принципа человекомерности права, которые дают возможность выйти за рамки догматического мышления, осуществить проверку отражения правового явления в той или иной традиционной юридической конструкции, понятии и вернуться на почву нового либо усовершенствованного прежнего понятия, ставшего антропологизированным.

В антропологии права также применяются как традиционные методы познания (логический, диалектический и т. д.), так и современные (например, дискурс-анализ).

Метод юридико-антропологического анализа – способ познания правовой реальности в антропологии права, который заключается в аналитическом выделении всех элементов правовой реальности и их центрировании на фактическом правовом существовании человека в праве.

Метод позволяет сориентировать правовое представление и переопределить функциональность всех правовых средств в направлении существующего в правовой реальности человека, тем самым одновременно обеспечивая реализацию принципа человекомерности права. Аналитическое выделение и центрирование означают, что начало познания любого элемента правовой реальности начинается с прояснения не нормативной, а фактической позиции человека в праве, причастного данному элементу. Нормативный уровень «существования» человека в праве, представление человека только в контексте его прав, обязанностей и правовых связей включены в фактическое правовое существование и расматриваются на его фоне.

Метод деконструкции догматических понятий и конструкций общеправовой теории – способ познания правовой реальности в антропологии права, заключающийся в изучении того или иного элемента правовой реальности путем выявления опыта правового существования и фактического положения человека в праве и сопоставления его с отражением в традиционных теоретических понятиях и юридических конструкциях.

Метод деконструкции дополняет метод юридико-антропологического анализа, использует его для деконструирования и конструирования общетеоретических понятий и конструкций в целях их последующей операционализации в рамках антрополого-правовой теории. Деконструкция позволяет фиксировать тот или иной элемент правовой реальности на основе не догматического содержания, сформированного традиционным формально-логическим методом юриспруденции, а опыта правового существования человека в праве. Но это еще не означает, что каждое понятие или юридическая конструкция традиционной общеправовой теории изначально должны быть пересмотрены.

Метод генеалогического исследования догматических понятий и конструкций общеправовой теории – способ познания правовой реальности, направленный на выявление особенностей процесса исторического формирования и становления традиционных теоретических понятий, юридических конструкций в рамках той или иной дискурсивной формации.

Метод предполагает апеллирование не только к юридической традиции формирования того или иного понятия, но и к дискурсу, правилам научной речи, в рамках которых данное понятие сформировалось, вобрав в себя структуры и установки этого дискурса в определенный исторический период. Наиболее наглядный пример использования метода генеалогического исследования – изучение понятий и категорий советской юриспруденции, большинство из которых вобрали в себя положения и установки советской дискурсивной формации.

Энергийно-правовой дискурс – гносеологическое пространство и специальный язык антропологической концепции права, связанные с

формированием нового способа правового представления на основе новой модели человека в праве.

Наименование дискурса связано с антропологическим принципом энергичности, который используется для описания человека в противовес новоевропейскому пониманию человека в праве как субъекта. Понятие «энергия» применительно к человеку (др.-греч. ἐνέργεια – действие, деятельность) указывает на новую антропологическую модель, которая характеризует человека в правовой реальности не статичным понятием «сущность», а юридически значимыми антропологическими проявлениями – энергией, актом, деятельностью, выражаемыми через понятие «правовое существование». Если традиционное общеправовое и юридическое понятия субъекта права ассоциируются преимущественно с возможностью абсолютной позитивной правовой нормированности человека за счет приписывания субъекту права рациональности, то энергично-правовой дискурс дифференцирует уровни существования человека в правовой реальности, предлагая выделять: а) нормативный (субъект права) и б) антропологический (правовой человек или человек в праве) уровни.

Антропологический принцип энергичности – исходное положение новой модели человека, используемой в антропологии права, суть которого в описании антропологической реальности с позиции не сущности, а энергии, акта, бытия-действия человека.

Энергичность формирует новую картину человека, означающую отказ от примата принципа сущности, рассмотрения человека только как рациональной машины, нередуцируемого рационального ядра. Использование принципа энергичности, однако, не означает неприменимости к человеку свойства сущности как такового, свойств человеческой природы, в том числе, разумеется, и разумности, рациональности как одного из ключевых природных свойств человека. Приоритет конкретного, личного существования, деятельности, действия, энергии человека перед его сущностью, субстанциальностью, субъектностью, природой – методологическая установка и в то же время объективное отражение онтологической ситуации положения человека в мире, в том числе и в правовой действительности.

Синергичная антропология – междисциплинарное научное направление, осуществляющее разработку постклассической антропологии на базе опыта реконструкции и научного освоения духовных практик (в частности, восточнохристианской практики исихазма) как способа конституирования человека с привлечением ресурсов современной западной философии (экзистенциальной аналитики Dasein, герменевтической концепции субъекта позднего М. Фуко) (разработчик – С.С. Хоружий).

Ключевые принципы синергичной антропологии – принципы энергичности и предельности. Новая модель человека представляет собой энергичную конфигурацию, формирующуюся в предельных антропологических проявлениях.

Восточнохристианская антропология (восточнохристианский дискурс, византийский дискурс личности) – учение о личности и человеке, сформированное в византийской патристической мысли и развитое в работах русскоязычных и зарубежных философов и богословов XIX–XX вв.

Ключевые принципы восточнохристианской антропологии – ориентация на догматы и аскетическую практику церкви в понимании человека и процесса его существования в

мире. Модель человека в восточнохристианской антропологии постулирует нетождественность природы (сущности) и личности (ипостаси) человека, констатирует фактическую экзистенциальную упречность человеческой природы в реальных условиях человеческого существования.

Личность в праве в традиционном юридическом значении – трансцендентальный фактор гуманизации права, высшая идеализация человеческого бытия с позиции защиты его прав и свобод, главным образом, в международно-правовом и конституционно-правовом значениях.

Традиционная трактовка личности в праве основана на классическом новоевропейском подходе к личности. Личность в юриспруденции рассматривается как данность для права. Обусловленная новоевропейским понятием человека, личность в праве – разумный и моральный субъект социокультурной жизни, носитель самоценного индивидуального начала (интересы, способности, устремления, самосознание и т. д.), раскрывающегося в контекстах правовых отношений и правовой жизни в целом. Традиционно понятия «человек», «личность» и «физическое лицо как субъект права» используются в праве как синонимы, фактически отождествляются; термин «личность в праве», как правило, избыточен и не несет специальной смысловой нагрузки.

Традиционное юридическое (или гуманистическое) понимание личности сформулировано в первых конституционно-правовых и международно-правовых положениях эпохи Нового времени.

Личность в праве в антрополого-правовом значении – несводимая к природе, свободная, сознательная, открытая, творческая, уникальная, целостная в смысле как неделимости, так и нерушимой идентичности, онтологическая основа человека, определяющая такой способ бытия его индивидуализированной природы, при котором правовое существование человека ориентировано на справедливость как высшее правовое благо.

Личность рассматривается с позиции конкретного практического способа правового существования человека в контексте влияния внутренних личностных процессов на юридически значимую деятельность в отличие от новоевропейского понимания личности.

Значение справедливости как главного антропологического ориентира и правового блага для личности в праве в том, что это главный критерий личностного конституирования в определении волевого выбора человеком в праве в пределах правовой реальности, поэтому справедливость – наиважнейшая ценность права и юридическая основа формирования личности относительно существования человека в праве.

Человек в праве (человек в правовой реальности) – главное понятие энергично-правового дискурса и постклассической антропологии права, характеризующее такие способы существования человека в правовой реальности, как правовой человек и субъект права.

Отражает одновременно антрополого-правовой, или энергично-правовой (правовой человек), и нормативный (субъект права) аспекты; в правовой действительности лицо всегда фактически выступает одновременно и как правовой человек, и как субъект права. В связи с этим понятие «человек в праве» как родовое, включающее в себя нормативный («субъект права») и антропологический («правовой человек») аспекты одновременно – в противоположность традиционному юридическому понятию «субъект права», подразумевающему лишь нормативный аспект человеческого существования в праве.

Человек в праве – один из трех элементов правовой реальности (наряду с нормой права и фактом правовой жизни), связанных в антропологии права с выявлением главного в праве.

Правовой человек – способ правового существования человека в праве, включающий наряду с субъектно-правовой определенностью и личностно конститутивную и ценностную стороны, влияющие на юридическое самоопределение и поведение лица в правовой реальности.

Отражает новый энергичный образ человека в праве. Это энергично-правовая картина правовой субъектности в актуальной юридически значимой ситуации, определенная как с нормативных, так и с антрополого-правовых позиций.

Это понятие характеризует реальное положение человека в правовой реальности, благодаря чему можно проследить его взаимоотношение с не антропологическими, а институциональными правовыми образованиями – различными правовыми институтами, юридическими конструкциями, механизмами и т. д., то есть представить функционирование институциональных структур права с юридико-антропологической точки зрения.

Мы используем понятие «человек в праве», являющееся в данном случае синонимом понятия «правовой человек», как родовое понятие, отражающее юридически значимые антропологические характеристики человека.

Субъект права – понятие традиционной общеправовой теории, выражающее совокупность предписанных лицу через нормы объективного права статутных и субъективных юридических прав и обязанностей.

Характеризует не фактическое, а нормативное положение человека в правовой реальности (обычно связываемое с общетеоретическими понятиями «правовой статус» и «правовое положение»). Понятие «субъект права» отражает преимущественно нормативный уровень существования человека в правовой реальности, поэтому человека как субъекта права также можно именовать «нормативным человеком».

Субъективация – понятие современной философии, отражающее процесс становления субъекта, становящуюся субъективностью.

В современной философии понятие «субъективация» является альтернативой классическому понятию «субъект», которое формировалось в дискурсе сущности, следовательно, субъект понимался как изначально завершенная, состоявшаяся и конституированная субстанция на базе сознания-мышления (знаменитое картезианское «*cogito ergo sum*»). Субъективация разрабатывается на базе дискурса энергии; это процесс становления человека в совокупности его антропологических проявлений, энергий, бытия-действия; динамическая парадигма конституции человеческого существа в дискурсе, представляющем антропологическую реальность в измерении бытия-действия (А.А. Смирнов, С.С. Хоружий).

Личностная конституция – антропологическое понятие, характеризующее состояние формообразующих структур (свойств) личности человека, которые выражают себя в том или ином способе его существования, бытия-действия.

Личностная конституция отражает состояние личностных свойств человека по отношению к его природе. Сходное понятие разработано в рамках конституциональной психологии, где под конституцией личности понимается психосоматическое единство человека, комплекс его индивидуальных морфологических, физиологических и психических свойств, проявляющихся в реакциях человека на различные воздействия социума и природы. Психологическое понятие личностной конституции связано в основном с соматическим аспектом антропологических проявлений, который изучается в медицинской антропологии.

Личностная идентичность – антропологическое понятие, характеризующее акт самоуверения человека, осуществляемый на уровне самосознания как техник жизни, опытно самоартикулированных способов существования.

В личностной идентичности человек совершает самоотнесение, стремясь обнаружить, зафиксировать и идентифицировать самого себя, – таким образом подтвердив себе себя как пребывающую, самостоющую аутентичность (С.С. Хоружий).

Личность – несводимая к природе, свободная, сознательная, открытая, творческая, уникальная, целостная в смысле как неделимости, так и нерушимой идентичности, онтологическая основа человека, определяющая способ бытия его индивидуализированной природы (С.А. Чурсанов).

Одно из главных понятий современной антропологии, в котором важен не сущностный, а динамический аспект, который в целом можно охарактеризовать как «способ бытия», «образ существования» человека с позиции направленности его антропологических проявлений. В отличие от традиционного понятия личности, где она определяется как гуманистическое основание в эссенциальной рационалистической перспективе, идеализация разумной природы человека, раскрывающаяся в процессе социальной практики, здесь акцентируется способ существования природы, личность как способ бытия.

Выделяются два уровня проявления личности человека: а) личность идеальная, совершенная, актуальная, достигшая максимально возможного выражения личностных свойств в своей жизни; б) личность эмпирическая, относительная, носитель неактуализированных личностных свойств.

Индивид – характеристика человека с позиции его природных свойств как единицы, атома, представителя общечеловеческой природы.

В отличие от личности в индивидуальности (лат. *individuum* – неделимый) отражаются не личностные, а природные свойства человека. Индивид-атом есть единичный, отдельный носитель и представитель своей природы (Г. Каприев).

Сущность права – главное концептуальное понятие традиционной общеправовой теории и основная языковая единица классического юридического дискурса, формирующая способ правового представления и тип понимания права на основе предположения о наличии априорного основания права, рассматриваемого в качестве его подосновы, истока, эталона.

Сущность означает буквально «то, что» (чтойность); это нередуцируемое ядро любого сущего, его подоснова (Аристотель). В ходе развития западной философской мысли сущность стала пониматься в метафизическом и деантропологическом ключе вследствие ошибочного отождествления понятий «сущность» и «ипостась» при переводе на латынь трактатов Аристотеля; оба понятия стали обозначаться латинским словом «*substantia*».

Сущность права рассматривается в классической общеправовой теории как метафизический топос, правовой эталон, в котором содержится «главное в праве» (идея права, приказ суверена, социальная конвенция и т. д.). В антропологическом типе правопонимания «главное в праве» связано не с выявлением его сущности как некоего метафизического эталона права, а процессом правового существования человека в ситуации его

встречи с фактом правовой жизни и нормой права, поэтому понятие «сущность права» в антрополого-правовом дискурсе используется с оговоркой.

Ипостась (способ существования) – понятие восточнохристианской антропологии, выражающее способ существования конкретного сущего, в том числе человека, по которому и познается его сущность, природа.

Сущность человека познаваема только через его ипостасные свойства (через метафизическое усмотрение самого сущего вне его ипостасных свойств). В восточнохристианской антропологии понятия «ипостась» и «лицо», «личность» отождествляются.

Уяснение сущности (природы) всякого сущего через его ипостасные свойства связано с всяким антропологически связанным сущим, в том числе и правом, направленным на регулирование поведения человека и социальное регулирование в целом. Поэтому, с точки зрения антропологии, некорректна попытка выявления сущности, подосновы права как социального и антропологического феномена вне учета его проявления в контексте правового существования человека в правовой реальности.

Антропологический тип правопонимания – способ понимания права в рамках антропологической концепции права, выявляющий главное в праве («сущность права») в едином правовом комплексе трех взаимосвязанных элементов правовой реальности – а) человека в праве; б) нормы права; в) факта правовой жизни.

Из трех указанных элементов правовой реальности главное место принадлежит человеку в праве, который в антропологии права рассматривается в контексте энергично-правового дискурса через понятия «правовое существование» и «правовая субъективация».

Правовая реальность – объективно существующий мир права в совокупности всех составляющих его материальных и идеальных элементов, которые можно разделить на необходимые, базовые (выделение осуществляется в зависимости от той или иной правовой концепции) и производные, зависимые от базовых и обусловленные ими.

В каждой концепции правопонимания разное количество и разные виды составляющих элементов правовой реальности: так, в качестве необходимых выделяются идея права, норма права, правовая жизнь (С.И. Максимов); нормативный акт, правоотношение, правосознание (Г.В. Манов). Совокупность базовых элементов правовой реальности во всех концепциях примерно одинаковая.

В антропологическом правопонимании базовыми элементами правовой реальности являются человек в праве, норма права и факт правовой жизни.

Правовая действительность (правовая жизнь) – право в действии, данное человеку в практическом выражении.

Складывается из актуализированных элементов правовой реальности, проявленных в правовой жизни. Не всякий элемент правовой реальности обладает практически выраженной значимостью и действием, хотя и составляет правовую реальность как целостный мир права (например, недействующая правовая доктрина прошлого, «спящая» норма права, правовые идеи, сформулированные на уровне юридической доктрины, и т. п.).

Факт правовой жизни (факт правовой действительности, правовая ситуация) – конкретное жизненное обстоятельство правовой дей-

ствительности (правовой жизни), рассмотренное в аспекте его непосредственной фактической данности для человека в праве независимо от восприятия этого обстоятельства как формально-правового положения, определенного в гипотезе правовой нормы.

Один из трех элементов правовой реальности (наряду с человеком в праве и нормой права), связанный с выявлением главного в праве.

Выделение этого понятия в антропологии права обусловлено необходимостью показать процесс реальной оценки и восприятия человеком в праве той юридически значимой ситуации, в которой он оказывается.

В повседневной жизни лицо, как правило, воспринимает ситуацию именно как факт жизни, но не как юридизированную, формально определенную часть социальной реальности. Понятие «факт правовой жизни» позволяет акцентировать внимание не столько на моменте взаимосвязи знания лицом нормы права и выраженных в ней прав и обязанностей с его поведением, сколько на процессе влияния антропологических содержаний (прежде всего личностных ценностей) этого лица на его поведение и восприятие данной ситуации.

Смысл понятия «факт правовой жизни» близок традиционному общетеоретическому понятию «юридический факт», однако при их использовании возникают методологические различия.

Юридический факт – это изложенное в гипотезе правовой нормы положение, отражающее конкретное жизненное обстоятельство, с которым закон связывает наступление, изменение либо прекращение правоотношения. Наступление юридического факта может быть как связано, так и не связано с фактическим восприятием лицом того или иного события, деяния, поскольку это восприятие вменяется лицу через специальную конструкцию презумирования знания закона (гипотезы правовой нормы). В общем, юридический факт в праве возникает независимо от антропологической реакции и отношения лица к тому или иному конкретному жизненному обстоятельству, так как эта реакция уже смоделирована в гипотезе правовой нормы и обеспечена соответствующей презумпцией.

Факт правовой жизни рассматривается в непосредственной данности антропологической реакции лица по поводу конкретного жизненного обстоятельства независимо от моделирования последнего в гипотезе правовой нормы. Факт правовой жизни – это данность ситуации в практическом выражении. Это не означает, разумеется, что факт правовой жизни не зависит от нормы права, но эта зависимость имеет нормативную, а не антропологическую, фактическую природу. Норма права, как правило, и определяет этот факт как юридически значимый, делает его юридическим, однако она не создает сам жизненный факт, ситуацию, которая возникает не из закона, а из жизни. Встреча человека в праве с фактом жизни выявляет не формально-правовые, а антропологические содержания его поведения в сфере права. В связи с этим для лица эта ситуация есть факт правовой жизни, хотя в большинстве случаев лицо не знает о том, что тот или иной аспект его деятельности является юридическим.

Всякий факт правовой жизни есть юридический факт, только рассмотренный не с нормативной, а с его фактической стороны. Впрочем, следует постоянно делать оговорку, что во всяком юридическом факте имеется онтологическая первичность и приоритет антропологической реальности над реальностью нормативной и это непосредственно выражается в соответствующем понимании права.

Строгое отождествление факта правовой жизни и юридического факта возможно только в случае реального, фактического восприятия человеком в праве того или иного объекта, по поводу которого он действует либо вступает в отношение сугубо юридически. Как правило, такая ситуация встречается в профессиональной юридической деятельности (судебный процесс, адвокатская практика и т. д.), хотя и там юридический факт не будет лишен вненормативных коннотаций (например, ценностей и т. п.). В обычной жизни рядовой гражданин имеет дело не с юридическим фактом, а фактом правовой жизни.

В ряде постклассических концепций утверждается возможность рассмотрения факта правовой жизни как «нормативного факта» – специального понятия, характеризующего генезис правовой нормативности на основе всеобщей значимости, взаимном признании, интерсубъективности данного факта в рамках того или иного правового сообщества. В обычных условиях правовой действительности, при выполнении государством своих функций и его достаточной легитимности норма права, выраженная в официальном источнике права, выполняет функцию маркирования ситуации как правовой.

Правовое существование (правовая экзистенция) – антрополого-правовое понятие, отражающее процесс пребывания человека в правовой реальности в его соотношении с нормой права и фактом правовой жизни.

Характеризуется определенной, практически выраженной юридической значимостью пребывания человека в правовой реальности; поведение человека, связанное с конкретным фактическим осуществлением общеобязательного правила поведения применительно к конкретному факту правовой жизни. Правовым существованием можно назвать и неактуализированный процесс пребывания человека в правовой реальности, при котором практическое выражение юридической значимости такого пребывания отсутствует (например, процесс формирования умысла на совершение правонарушения, внутреннее отношение лица к своим субъективным юридическим правам и обязанностям в правоотношении и т. д.). Это связано с тем, что антропология права придает юридическое значение не только практическому выражению права и человека в праве, но и внутреннему процессу формирования субъектности, поэтому неактуализированное правовое существование можно еще именовать и правовой субъективацией.

В строгом смысле правовое существование можно считать лишь актуализированным процессом.

Правовое бытие – антрополого-правовое понятие, характеризующее способ выражения права как явления в целом с позиции встречи человека в праве с нормой права и фактом правовой жизни независимо от их актуализации.

Характеризует ту сторону права, которая в рамках общей теории права остается, как правило, за рамками правового анализа; указывает на человекомерный характер права, одновременно позволяет удержать внимание на главном в назначении права с антропологической точки зрения – факте правового существования, ведь право предназначено для человека и общества.

Правовое бытие всегда человекоцентрично, поэтому экзистенциально; понятия «правовое бытие» и «правовое существование» тесно взаимосвязаны. Поскольку правовое бытие познается через правовое существование, а правовое существование является ядром бытия права, эти понятия соотносятся как общее и частное, содержательно близки и в определенном контексте могут взаимозаменяться. Концептуальное понятие «правовое бытие» подчеркивает онтологический приоритет человека в праве, и через него самого – правового бытия над концептуальным понятием «сущность права». Правовое бытие антропологически выражает насыщенную онтологическую полноту права как такового в условиях правовой действительности. Понятие «правовое существование» подчеркивает необходимость человекомерности реальности права, выражая способ пребывания человека в правовой реальности.

Правовая субъективация (практики правовой субъективации) – антропологические практики, формообразующие правоповеденческие

модели, в которых и через которые конкретный человек вырабатывает личностно-конститутивное и ценностное отношение к правовой жизни в целом, своему правовому статусу и правовому положению в частности, в том числе и конкретной юридически значимой ситуации, в которой он оказывается.

Одно из основных понятий энергийно-правового дискурса и антропологии права; именно практики правовой субъективации характеризуют правовое существование человека в праве – той области, которая остается за пределами человека в праве как субъекта права.

Правовая субъективация раскрывает «действие права» не через раскрытие его сущности как распространение общеобязательных правил на субъектов права, а через процесс правового существования человека в праве в ситуации встречи с этими правилами, когда проявляются его личностные характеристики и ценности. Именно в связи с личностными характеристиками и ценностями происходит выработка в юридически значимой ситуации субъектной позиции человеком в праве по отношению к своим правам и обязанностям (односторонне-нормативный момент правовой субъективации), корреспондирующим правам и обязанностям другого лица (двусторонне-нормативный момент правовой субъективации).

Процесс развертывания правовой субъективации – последовательная смена этапов формирования лица в процессе правовой субъективации от человека в праве к субъекту права с антрополого-правовой и нормативно-правовой позиций.

Правовая субъективация – постоянный процесс формирования человека в праве. Применительно к юридически значимым ситуациям представляет собой конкретную последовательность – процесс развертывания правовой субъективации от человека в праве к субъекту права, который может быть рассмотрен через отношение человека к факту правовой жизни и норме права.

Развертывание правовой субъективации относительно факта правовой жизни – это первичный и наиболее важный момент правовой субъективации, расположение личностных характеристик и ценностей лица по отношению к конкретному факту правовой жизни и другому лицу, связанному с этим фактом. Здесь осуществляется вненормативное отношение лица к факту, которое полностью обуславливается практиками себя – конститутивными характеристиками лица и его личностными ценностями.

Развертывание правовой субъективации относительно нормы права – это направленность личностных характеристик и ценностей лица к конкретным субъективным юридическим правам и обязанностям лица, что происходит, как правило, уже после выработки конкретного отношения к факту правовой жизни. На этой стадии правовая субъективация проявляется в односторонне-нормативном и двусторонне-нормативном моментах правовой субъективации.

Развертывание процесса правовой субъективации можно в целом представить как поэтапный процесс формирования человека в правовой реальности:

- 1) формирование личностной конституции и ценности в процессе практик себя (вне-юридический аспект формирования лица);
- 2) конститутивное и ценностное распространение личностных содержаний на а) факт правовой жизни и другое лицо (лица) и б) свои и корреспондирующие субъективные юридические права и обязанности;
- 3) формирование правосознания (рефлексивной правовой позиции) в отношении факта правовой жизни, другого лица, его юридических прав и обязанностей и нормы права;
- 4) юридически значимые действия лица как субъекта права.

Правовое событие (совместное правовое бытие, правовое со-бытие) – концептуальное понятие антропологии права, в котором отражено понимание любой правовой связи не как институциональной структуры, поглощающей единичное правовое существование, а как совместного бытия, со-бытия правовых существований лиц, вступающих в правовое отношение.

Смысл правового события не тождествен традиционному общетеоретическому понятию события как разновидности юридического факта. Правовое событие трактуется в контексте современной философской парадигмы «Бытия с Другим», где «Другой» понимается в самом широком юридическом смысле – от субъекта конкретного гражданско-правового отношения до государства в лице конкретного должностного лица, представителя правоприменительного органа.

Понятие «правовое событие» позволяет различать, с одной стороны, единичное существование человека в праве (удерживая человекомерность при анализе правовых связей) и, с другой стороны, сами правовые связи как институциональные образования (догматические конструкции), в которых человек выступает как их придаток. Антропология права в соответствии с предметом направлена в первую очередь на изучение положения человека в праве (а не правовой коммуникации или правоотношения, которые не являются антропологическими конструкциями, хотя и включают в себя такой элемент, как субъект права).

Практика себя (техника себя) – укорененная в человеке его личностная жизненная стратегия, представляющая собой тип «возделывания», «производства» себя в социальном мире на основании личностно-конститутивного и ценностного отношения к жизни (М. Фуко).

Предельно широкая жизненная стратегия, практика себя влияет на формирование человека в праве и является определяющей относительно процесса правовой субъективации.

Юридическая дискурсивная практика (юридический дискурс, общий порядок юридического дискурса) – господствующая в правовом порядке в целом, а также в определенной сфере юридической деятельности совокупность языковых практик и внешних к ней проявлений – практик языка юридической рациональности, значимого для понимания текста и связанного с ним юридически значимого поведения, формирующих представление о правовой реальности, саму эту реальность и определяющего способы работы с ней.

Юридическая дискурсивная практика может быть рассмотрена в совокупности следующих структурных элементов: 1) практики языка юридической рациональности; 2) сопровождающего ее юридически значимого поведения; 3) агента (актора) юридического дискурса; 4) действующей нормативной системы права.

Юридическая дискурсивная практика разворачивается на фоне господствующего типа юридической рациональности в рамках национальной правовой системы, где ведущим агентом формирования такого типа рациональности выступает, как правило, государство.

Язык юридической рациональности (практика языка юридической рациональности) – структурный элемент юридического дискурса, господствующий в определенной области правореализации, характери-

зующий в той или иной сфере юридической деятельности тип отношения к нормативной системе права, который имеет свои основания не в формально-юридическом, а текстовом (языковом) выражении, нередко выявляющемся путем анализа особого слоя юридического контекста.

Юридический контекст, формируемый языком юридической рациональности, состоит из высказываний, образа действий, восприятий, вскрытия руководящих установок, под-разумеваний, «обычно принятого», организационных, рекомендационных, координирующих и иных действий, имеющих ненормативную природу, – всего того, что не поддается формально-юридической фиксации, однако, как правило, обязательно сопровождает действующую нормативную систему права, выступая значимым фактором юридической действительности. Именно язык через систему суждений, высказываний, речевых актов, правовых коммуникаций наиболее полно характеризует правовой текст (не путать с традиционным понятием текста закона) как знаковую среду осуществления права, а также более широкий социокультурный контекст, на фоне которого происходит факт правовой жизни.

Таким образом, язык юридической рациональности показывает реальное действие нормативной системы права, вскрывая подлинное состояние правовой действительности через его восприятие конкретным человеком в праве, оказавшемся в юридически значимой ситуации.

Юридически значимое поведение в юридическом дискурсе – структурный элемент юридического дискурса, характеризующий конкретные действия либо бездействия, которые обеспечивают реализацию языка юридической рациональности по поводу юридически значимой ситуации, подлежащей разрешению.

Юридически значимое поведение как форма сопровождения языковых практик может быть двух видов: 1) не связанное с нормативной системой права; 2) связанное с нормативной системой права.

В первом случае это организационные, управленческие, технические и иные мероприятия, направленные на формирование правовой действительности под влиянием господствующего языка юридической рациональности (например, деятельность по реализации различного рода методических разъяснений, рекомендаций, указаний о порядке конкретных юридически значимых действий в том или ином случае без изменения правовых норм и т. д.).

Во втором случае это деятельность, например, по смысловому наполнению знаково-текстуальной части правовой нормы тем или иным правовым смыслом на основе определенной дискурсивной установки; это указания вышестоящего органа, предполагающее его обязательное аутентичное восприятие вне зависимости от наличия нормативных оснований, согласия ведущих агентов в той или иной сфере правоприменительной деятельности и т. д.

Агент юридического дискурса (актор юридического дискурса, человек в праве в контексте определенного юридического дискурса) – структурный элемент юридического дискурса, указывающий на лицо, выполняющее определенную нормативную функцию, роль (то есть имеющее позицию субъекта права), воплощающее через эту роль господствующий язык юридической рациональности в конкретной разрешаемой им юридически значимой ситуации.

Понятие агента юридического дискурса проистекает из понятия «человек в праве»; используется в ситуации практического осуществления права. В отличие от традицион-

ных понятий «субъекта права», «юрист-практик», понятие «агент дискурса» характеризует лицо как носителя, активного субъекта формирования и реализации языка юридической рациональности.

Степень воплощения лицом в собственной деятельности установок юридической рациональности может быть различна, поскольку это зависит от его личных антропологических содержаний – прежде всего личностных ценностей. Главное в агенте дискурса – какие антропологические содержания несет в себе то или иное лицо в сфере права (поскольку во многом именно они обуславливают дискурсивный порядок, согласие либо сопротивление лица этому порядку); критерии, по которым это лицо осуществляет свою юридическую деятельность на фоне господствующей юридической рациональности, и т. д.

Нормативная система права в контексте юридического дискурса (система правовых норм, пространство нормативности, порядок нормативности, нормативная реальность) – структурный элемент юридического дискурса, характеризующий систему правовых предписаний, действующую в рамках национального права или определенной области правореализационной деятельности, являющуюся объектом активного воздействия со стороны агента юридического дискурса.

В контексте юридического дискурса проявляется как параллельно существующий, нередко однопорядковый и иногда конкурирующий по своей регулятивной значимости элемент; пространство правовой реальности (нормативной реальности) наряду с господствующим языком юридической рациональности.

Нормативная система права в контексте юридической дискурсивной практики может занимать и подчиненное место по отношению к языку юридической рациональности, существенно дополняться, трансформироваться под влиянием дискурсивной практики, однако именно она – легальное основание разрешаемой юридически значимой ситуации как ситуации, разрешенной на основании права.

Природа человека (сущность человека) – совокупность психосоматических характеристик человека как индивида человеческого рода.

В антропологической концепции права, как и в восточнохристианской антропологии, все природные свойства (и такие высшие, как разум и воля) относятся не к личности, а к сущности (природе) человека. Личность не может быть сведена даже к каким-либо самым высшим природным свойствам человека. Но и природа человека не может отождествляться с его личностью. Это важнейшее методологическое положение лежит в основе отличия новоевропейского и восточнохристианского понятий личности и человека.

Правовая ценность (благо) в антрополого-правовом значении – акт волевого самоопределения человека в праве по отношению к определенному элементу правовой реальности на основании личностного (свободного) способа правового существования, направленного на достижение справедливости, а также его выражение в нормативно закреплённом правовом положении.

В общеправовой теории под правовой ценностью (ценностью в праве) понимается, как правило, нормативно-правовое закрепление тех или иных общепризнанных положений, отражающих позитивное отношение отдельного человека и общества в целом к правовой системе общества. Правовая ценность – нормативно определенное основание, норма-ценность, минимально зависящая от личного существования человека в праве.

В антропологии права главной правовой ценностью является человек в контексте его правового существования, ориентированного на справедливость как самое главное личностное юридическое благо. Такой способ пребывания человека в правовой реальности и есть личностный способ правового существования.

Антропология права рассматривает правовую ценность с позиции нормативно-правового закрепления общепризнанных правовых положений. Однако норма-ценность, любое нормативное положение являются правовой ценностью лишь постольку, поскольку они связаны с соответствующим способом правового существования. Таким образом, антропологическая трактовка истоков ценностного в праве ставит предел ценностной автономизации права, понимаемого как система норм, и заменяет такой подход правовым благом в экзистенциальном смысле – в контексте правового существования человека в праве. Право как система норм объективного права может рассматриваться лишь в качестве формально-юридического средства, с помощью которого можно создать условия для усиления личностно-бытийных практик правовой субъективации, но с помощью объективного права как системы норм можно, напротив, и пресекать личностные практики правового существования, закрепляя в праве антиценности, несправедливые правовые положения.

Справедливость в антрополого-правовом значении – юридическая основа формирования личности применительно к человеку в праве, которая заключается в пропорционально-распределительном отношении, оценке того или иного элемента правовой реальности на основе достигнутого уровня личностной свободы.

Отвечает за личностное конституирование человека в праве в пределах правовой реальности относительно направленности воли на благо. Выступая как правовое благо в антропологическом смысле, справедливость включена в процесс личностного конституирования человека. Является ценностным отражением правового в структуре личности, именно поэтому как правовое благо связана с правовым существованием человека.

Справедливость в праве проявляется на трех уровнях: 1) личностная справедливость (уровень личного правового существования); 2) социальная справедливость; 3) нормативная справедливость.

Справедливость на уровне личного правового существования представляет собой не формальное равенство, обычно рассматриваемое в юриспруденции в качестве равной меры нормативно фиксированных юридических благ (статутных юридических прав и обязанностей), а отношение человека в праве с «самим собой юридическим», то есть процесс внутреннего пропорционально-распределительного отношения, взвешивания, оценки человеком в праве того или иного элемента правовой реальности на основе достигнутого уровня личностной свободы.

Социальная справедливость представляет собой второй уровень проявления справедливости – она логически и онтологически следует за личностной справедливостью. Социальная справедливость – это не «отношение с самим собой юридическим», а самоопределение человека в праве по отношению к правовой реальности как таковой (в частности, по отношению к Другому); в этом традиционный юридический момент определения способа отношения к другому лицу, как правило, в контексте юридически значимой ситуации. Поэтому в праве в основном речь идет о социальной справедливости как об отношении к Другому, что отражает одна из ключевых конструкций правоведения – конструкция правового отношения.

Нормативная справедливость – смоделированная законодателем в нормах права проекция справедливости, выраженная в тексте источника права. Она логически обнаруживается одновременно с проявлением социальной справедливости, что обусловлено двусторонне-нормативным моментом правовой субъективации, однако она всегда следует за справедливостью личностной.

Свобода в антрополого-правовом значении – волевой выбор человека в праве в процессе его правового существования, основанный на овладении личностью своей природой в ее направлении к главному юридическому благу – справедливости.

Свобода выбора принадлежит не сущности, а личности человека, находится в плоскости личного бытия и проявляется через волю и другие конкретные антропологические проявления. Направление человеком своих природных свойств к благу – это и есть свобода, понятая в личностном смысле (в смысле совершенной личности). На основании этого личностное существование (идеальная личность) означает в антропологии права нравственное существование человека и наоборот.

Свобода в антрополого-правовом значении, в отличие от традиционного ее понимания в юридическом смысле как самой возможности выбора, не сама избирательная воля человека, возможность выбирать, но направление избирательной воли к благу. В праве таким главным благом, на которое и должна направляться воля человека в процессе его правового существования, является справедливость.

Норма права – общеобязательное правило поведения, рассчитанное на неоднократное применение, обеспеченное для своей реализации юридическими средствами и характеризуемое двуединным текстуально-смысловым способом своего правового существования.

Один из трех элементов правовой реальности (наряду с человеком в праве и фактом правовой жизни), связанных с выявлением главного в праве.

В антропологической концепции права предлагается различать две составляющие нормы права: текстуальное значение нормы права и смысловое значение нормы права.

Норма права – совокупность знаково-текстуального и смыслового значений; в своей цельности она не только субстанциальное правовое образование на уровне текста, но и образование антропологическое.

Текстуальное значение нормы права (текст нормы права) – документарное, знаковое выражение правила поведения в нормативном правовом акте либо ином источнике права.

Основное содержание текстуального значения нормы права – это текст в его традиционном документарном смысле, данность нормативно-понятийной реальности в формальном выражении.

Смысловое значение нормы права (смысл нормы права, правовой смысл нормы) – актуализация субъектом знакового выражения нормы права, которая осуществляется на уровне правового существования исходя из личностных свойств субъекта.

Смысловое значение нормы права выражается в установлении лицом правового смысла нормы в условиях юридической практики. Правовой смысл нормы права есть способ понимания правового текста/знака в актуальной, юридически значимой ситуации. Хотя правовой смысл и устанавливается на основании текстуального выражения правила поведения в законе, он не является данностью текста закона, его субстанцией, не принадлежит нормативной реальности. Правовой смысл фиксируется и существует на антрополого-правовом, энергийном уровне правовой реальности, точнее, реальности правового сознания, поэтому он не поддается формализации, требует от лица, сталкивающегося с нормой, интерпретационной работы.

От смыслового значения нормы права следует отличать правовой смысл как проектный замысел законодателя, знаково выраженный в текстуальной части нормы права либо в различных интерпретационных юридических практиках (официальное толкование права и т. д.).

Нормативность права – характеристика особого способа регулирования поведения людей посредством общеобязательных правил поведения; признак нормативного правового акта, отвечающий юридической природе норм права, его составляющих.

Нормативность выражает в праве, прежде всего, момент долженствования как требование определенного поведения или проявляется через один из трех элементов единого правового комплекса – норму права, человека в праве и факт правовой жизни.

Обычно выражается через нормативную систему права как совокупность действующих в стране правовых предписаний, пространство нормативности, особый вид реальности – нормативную реальность.

Нормативная система права применительно к проблеме правопонимания выполняет роль субстанциального основания права, а не роль инстанции выражения «главного в праве», его сущности, поэтому в отличие от своего традиционного понимания, особенно в рамках юридического позитивизма, нормативная система отвечает за практическое юридизирование реальности, в то время как «главное в праве» выявляется с обязательным участием антрополого-правового уровня правовой реальности – человека.

Без учета пространства нормативности либо через перенесение понятия нормативной системы права, нормы права только на уровень реальности правового сознания субъектов права (как это имеет место в некоторых современных концепциях права) представления о праве с антропологической точки зрения становятся проблематичными.

Воля в праве (свобода выбора, свобода воли) – свойство человеческой природы, выражающееся в возможности недетерминированно, осознанно определять направление развития своих антропологических проявлений относительно того или иного элемента правовой реальности.

В антропологии права воля не отождествляется со свободой в личностном смысле, которая понимается не как любой волевой выбор человека в праве, а только тот, который направляет природные качества человека в пространстве правовой реальности к благу на основании справедливости: то есть воля в праве (или свобода воли) есть сам выбор, возможность ничем не обусловленного воления безотносительно направления его развития. В правовой реальности наиболее часто воля связана с совершением лицом юридически значимого деяния, она может быть выражена как в правомерном, так и в противоправном поведении.

Понятие воли было разработано еще в процессе рецепции римского гражданского права; связано с дифференциацией понятий «воля» и «волеизъявление». Воля рассматривалась как желание, сознательное намерение и решение совершить сделку (субъективный момент), а волеизъявление – как способ выражения этой воли вовне (объективный момент). В классическом юридическом дискурсе используется не понятие «воля», а понятие «волеизъявление» как объективно выраженное проявление воли. Воля определяется и, как правило, отождествляется с волеизъявлением, которое в свою очередь определяется нормативно.

В контексте антропологии права понятие «воля» сохраняет свое антропологическое значение, выражая реальное антропологическое проявление, энергию лица в отличие от номинального понятия воли (например, «воля господствующего класса» или «воля законодателя»), которое есть лишь условное отображение реального. В связи с этим в антропологии права воля рассматривается в двух различных аспектах: 1) воля в номинальном, или нормативном аспекте, 2) воля в реальном, или антропологическом аспекте.

Воля в номинальном аспекте есть ее выражение в юридическом понятии, конструкции («воля» юридического лица, конструкция вины). Воля в антропологическом аспекте – ее фактическое выражение в правовой действительности (например, волевой момент вины; наделение правоприменителем правовой нормы не проектным, а актуальным правовым смыслом в ситуации усмотрения).

Различие между номинальным и реальным аспектами воли проявляется в предложенном понимании правовой нормы, в которой присутствуют два указанных выше аспекта: 1) воля законодателя (номинальная); 2) воля правоприменителя (иного лица, реализующего норму права) (реальная).

Воля законодателя – понятие теории правотворчества, характеризующее знаково-текстуальное, нормативное выражение проектного замысла субъекта правотворчества в тексте закона.

Нормативное изложение воли субстантивирует ее, представляя в объективном плане как формализованную структуру. Поэтому само понятие «воля законодателя», как и понятие «смысл правовой нормы, вложенный законодателем», условны, поскольку в собственном смысле слова воля – это антропологическое явление. Юридизированное понятие воли представляет собой лишь нормативную проекцию реального человеческого волевого проявления в праве.

Воля правоприменителя (воля лица, реализующего право) – понятие теории правореализации, характеризующее акт смысловой актуализации правоприменителем (иным лицом, реализующим право) знаково-текстуальной части нормы права, который связан с приданием тексту и юридически значимой ситуации, в отношении которой осуществляется приложение нормы права, правового смысла.

В отличие от воли законодателя воля лица, реализующего право, имеет не знаково-проектную, а антропологическую, личностную, энергично-правовую природу. Эта воля относительно установления правового смысла определена нормативно-понятийными рамками текста закона и логикой изложения предметного содержания нормы права, что и является подлинной прерогативой законодателя.

Юридическая ответственность в антрополого-правовом значении – претерпевание правонарушителем определенных мер карающего воздействия на основании рассмотрения противоправного деяния и как нарушения закона, и как факта негативного личностного отношения к правопорядку, обусловленного нравственно упречными личностными юридически значимыми содержаниями, проявляющимися в процессе правового существования.

Антропологический подход к праву основывается на необходимости учета при совершении правонарушения не только формального нарушения закона, но и реакции, отношения субъекта к правовому порядку, правовому сообществу. Это отношение должно извлекаться как из факта нарушения правила поведения, так и из структуры, основоустройства самого человека в праве и его правового существования. Поэтому установление юридической ответственности должно быть связано не только с констатацией нарушения нормы права, но и комплексной оценкой правового существования правонарушителя, выразившегося в его отношении к правопорядку.

Правонарушение в антрополого-правовом значении – факт негативного личностного отношения к правопорядку, обусловленного нравственно упречными личностными юридически значимыми содержаниями, проявляющимися в процессе правового существования и выразившимися в нарушении нормы права.

Правонарушение рассматривается не только как факт нарушения нормы права (то есть формальное понятие, отражающее совершение деяния, запрещенного законом), но и как личностные юридически значимые содержания, нравственно упречно проявляющиеся в процессе правового существования человека. Степень нравственно упречных личностных содержаний может быть различна, однако с позиции квалификации она должна влиять на дифференциацию юридической ответственности по закономерности: чем менее упречны нравственные содержания, тем менее мера ответственности. Речь идет, прежде всего, об умышленных правонарушениях, однако правонарушения, совершенные по неосторожности также должны быть дифференцированы по тому же критерию. Отдельную категорию должны составлять виды правонарушений, в которых отсутствует момент осознания противоправности, предвидения и желания лицом негативных последствий (противоправная небрежность).

Правонарушитель в антрополого-правовом значении – лицо, допустившее личностное негативное отношение к правопорядку на основании определенных упречных практик правового существования, выразившееся в факте нарушения нормы права.

Правонарушитель рассматривается и как формальный субъект правонарушения («субъект» как элемент состава правонарушения), и как человек в праве в процессе его правового существования, проявивший личностное негативное отношение к правопорядку.

Негативный характер практик правовой субъективации проистекает из ценностных структур личности, которые должны отражаться в юридической конструкции – составе правонарушения, иной квалификационной модели, фиксирующей момент до, во время и после совершения правонарушения, – итоговом вменении лицу того или иного правонарушения. Личностные свойства правонарушителя, отражаясь в факте совершения правонарушения, учитываются при квалификации во всем единстве уголовно-правовых и криминологических признаков.

Правоотношение в антрополого-правовом значении (антрополого-правовое отношение) – правовое общение двух и более лиц по поводу права и на основании нормы права относительно факта правовой жизни, рассмотренное посредством практик их правового существования, указывающих на восприятие юридической связи этими лицами, в том числе в части их ценностно-правовой направленности к собственным взаимным субъективным юридическим правам и обязанностям, которые они в данном отношении реализуют в фактическом поведении.

Правоотношение рассматривается не как институциональное, а как антропологическое правовое образование, представляющее собой не только юридическую связь субъектов прав и обязанностей, но и со-бытие правовых существований, включающее в себя практики правового существования и личностные правовые ценности. Поэтому в понятии «антрополого-правовое отношение», помимо субъективных прав и обязанностей, отражаются ценностно-правовые основы устремленности к собственным взаимным субъективным юридическим правам и обязанностям, которые реализуются в фактическом поведении, выявляемом в процессе правовой субъективации.

Учебное издание

ПАВЛОВ Вадим Иванович

**ПРОБЛЕМЫ
ТЕОРИИ
ГОСУДАРСТВА
И ПРАВА**

Учебное пособие

Редактор *Т.В. Мейкшане*
Технический редактор *Ю.С. Романюк*

Подписано в печать 20.09.2017. Формат 60×84 ¹/₁₆.
Бумага офсетная. Ризография. Усл. печ. л. 15,35. Уч.-изд. л. 16,65.
Тираж 150 экз. Заказ 277.

Издатель и полиграфическое исполнение:
учреждение образования
«Академия Министерства внутренних дел Республики Беларусь».
Свидетельство о государственной регистрации издателя,
изготовителя, распространителя печатных изданий № 1/102 от 02.12.2013.
Пр-т Машерова, 6, 220005, Минск.