

Токарев Василий Алексеевич,

кандидат юридических наук,

доцент кафедры теории и истории государства и права

Самарского государственного областного университета

## Диалог традиций правопонимания: постижение онтологической структуры права

**Токарев В. О. Диалог традицій праворозуміння: пізнання онтологічної структури права**

У статті аналізується комунікативний характер компаративістики як діалогу культур. Особливу увагу звернено на суб'єкта права та його ціннісні судження. Автор ставить проблему співвідношення норми та факту в онтологічній структурі права.

**Ключові слова:** структура права, метамова юриспруденції, діалог.

Теоретики и философы права, обращаясь сегодня к коммуникативной теории общества, разрабатываемой в зарубежной науке Ю. Хабермасом и его последователями, зачастую не замечают того важного обстоятельства, что в юридическом поле функцию выявления диалога успешно выполняет такая наука, как сравнительное правоведение. Еще в 60-е годы XX века Р. Давид писал, что «путем широкого изучения структуры других обществ и других правовых систем компаративисты должны создать необходимые условия для плодотворного диалога» [1, с. 17]. От компаративистов ожидают адекватного осмысления и объяснения ментальности субъектов права, действующих в оригинальных культурных контекстах, особенностей их суждений о праве, концептуальных основ юридического регулирования отношений в отдельных типах общества. В свою очередь, компаративисты видят специфику предмета своих исследований в его пограничном положении. «Как можно отречься от того, — замечает Р. Леже, — что современное сравнительное правоведение имеет свои корни в истории права, что оно поддерживает весьма тесные связи с социологией и философией права?» [2, с. 496].

Каждый раз, размыкая для исследователя границы, детерминированные разнообразными факторами, сравнительное правоведение возвращает его к одному и тому же вопросу. К вопросу о том, что есть право. Он может быть сформулирован иначе: каков тот способ существования сущего, которое получает признание в качестве правового? Ставя так вопрос и переходя к анализу эмпирического материала, компаративист может рассчитывать на прояснение онтологической проблематики юридической науки. Разумеется, при условии, что в итоге ему удастся указать на акт официального признания конкретного способа существования сущего как правового, а не как, скажем, политического, и обозначить вопрошание

суб'єкта о своем статусе в той реальности, где он только и может проявить себя как субъект права.

Три элемента — вопрошание, указание и обозначение — образуют каркас логической модели изучения современных правовых систем. Но мы рискуем равным счетом ничего не понять в них, если сами останемся закрытыми для диалога. Как полагает Р. Давид, «необходимое взаимодействие или простое сосуществование требуют, чтобы мы открыли наши окна и посмотрели на зарубежное право» [1, с. 18]. Для этого в распоряжении правоведа должна оказаться методология, адекватная предмету исследования, т.е. различным способам существования права и приемам его осмысления в той или иной культуре. В противном случае эвристический потенциал сравнительного правоведения не будет реализован на том уровне, которого требует сегодня мир, переживая «процессы аккультурации, связанные с распространением права... процессы смещения юридических норм» [3, с. 17].

Тем не менее, если исследователь современных правовых систем готов занять ответственную в научном плане позицию, ему придется принять ряд условий. Не останавливаясь на вопрошании и указании, он должен перейти к обозначению бытия сущего как правового, притязания как права, долга как обязанности, а игрока на социальном поле — как участника правоотношения. Раскрывая механизм соотношения отдельных социальных полей с более общим социальным пространством, П. Бурдьё констатирует, как «тот, кто занимает в одной игре позицию слева — «а», находится по отношению к тому, кто занимает позицию справа «b», в таком же положении, в каком тот, кто занимает в другой игре позицию слева «А», находится по отношению к тому, кто занимает позицию справа — «В»» [4, с. 172]. Юрист, если он претендует на статус профессионала, должен удерживать в поле зрения все три уровня правовой реальности: 1) общее социальное пространство; 2) юридическое пространство; 3) область правосознания. Адекватно воспринимая их, он оказывается один на один с социальной структурой, а также с культурой как нормативным образованием и с суждениями о справедливости, т.е. в сфере коммуникации.

Первоначально правоведа набрасывают «атлас», отражающий варианты формализации и практического применения социальных норм, характерных для конкретных культур. На данном этапе все они действуют по принципу, описанному Р. Бартом в «Империи знаков». Как и японцы, отказывающиеся телу в признании его центрального положения в мире в качестве означаемого знаковой деятельности и выражающие его отношения с реальными вещами непреложным жестом указания на них пальцем («Такое!»), правоведа, обращаясь к исследованию очередной правовой системы, указывают на нее: это — англосаксонская семья, а вот это — романо-германская и т. п. [5, с. 51]. Так формируется метаязык правоведения, не свободный от коннотаций, т.е. от вносимых в него исследователем посто-

ронних смыслов. В конечном счете, различные интерпретации позитивного права, как и истории, во многом напоминают обращение к мифологии в традиционных обществах. Мифы служат оправданием различными социальными группами своих привилегий, объяснением ими причин упадка и возвышения, основанием для требования льгот. Все или почти все зависит от занимаемой субъектом высказывания позиции. Компаративист так же свободен осветить один правовой институт и затушевать другой, изучить одну юридическую модель и пройти мимо иных систем, преподнести их соответствующим образом.

Между тем «вопросы, поставленные французским юристом африканцу в отношении организации семьи или земельных прав, африканцу непонятны, если они выражены терминами европейских институтов, совершенно чуждыми африканцам» [1, с. 17]. Практикуемый правоведом мета-язык, при всех его погрешностях, должен отражать пласт правовой реальности как таковой и форму, которую она принимает в данном обществе. Переходить от сбора правового материала к его осмыслению можно, имея представление о: 1) матрице бытия права; 2) особенностях того культурного контекста, где она исторически возникает и развивается. «Большинство французов, например, ничего не поняло в югославском конфликте, по их представлениям, — как замечает Н. Рулан, — эти «этнические» проблемы относятся лишь к жизни народов отдаленных стран» [3, с. 14].

Итак, необходимая предпосылка сравнительно-правового исследования состоит в предварительном установлении структуры права. «Различия между правом разных стран значительно уменьшаются, если исходить не из содержания их конкретных норм, а из более постоянных элементов, используемых для создания, толкования, оценки норм» [1, с. 20]. Речь идет не о тотализации юридического метаязыка, а про его навязывающего себя живой реальности с каких-либо конъюнктурных позиций (с целью доказательства превосходства «нашего» способа бытия над «чужим»). Напротив, основные задачи компаративистики видятся нам в осмыслении с ее помощью разнообразия онтологических моделей права, способов сосуществования людей в обществе и механизмов выстраивания правового общения как внутри современных юридических культур, так и между ними.

На теоретическом уровне деконструкцией правового бытия занимаются представители противоположных школ и направлений юридической науки. Эти школы придерживаются различных методологических принципов, но они сформировались в рамках одной традиции права, обуславливающей возможность реальной дискуссии между ними на общем поле метаязыка юриспруденции. Известный зарубежный правовед Н. Рулан приводит яркий пример постепенного понимания Другого в современном правовом общении. «...Американцы, чтобы избежать обвинений в сексуальных домогательствах, начинают прибегать к письменным соглашениям, уточняющим границы любовной связи, которые нельзя переступать: это так на-

зываемые love contracts» [3, с. 40]. Такая правовая новелла обескураживала французов до тех пор, пока в их собственном праве не утвердился институт страхования на случай развода для оплаты услуг адвоката.

Сложнее выстроить диалог между представителями разных культурных типов, идеализирующих право или сомневающимися в его ценности. Как оговаривается Н. Рулан, «размышления о месте права возникают очень быстро, когда мы оставляем родные берега» [3, с. 40]. Впрочем, ошибочно считать данную задачу невыполнимой, поскольку диалог культур может состояться при их восприятии как семиотических систем. «Культуру можно рассматривать как знаковую систему, и в зависимости от отношения к знаку можно выделить два типа культуры, различие между которыми определяется тем, как понимается отношение между знаком и его значением: как единственно возможное или как условное и произвольное» [6, с. 23]. На этом основании И. Д. Невважай выделяет «правовую культуру выражения», в которой сознание законодателя направлено на репрезентацию в правовой норме заданного содержания, и «правовую культуру правил», нацеленную на упорядочение отношений в социуме через посредство знаков, формирующих свой референт.

Семиотический анализ структуры права позволяет, как мы полагаем, органично интегрировать в дискурс компаративистики правовые системы, не воспринявшие ценности, категории и понятия западной традиции права и развивавшиеся на самобытной почве. «В глазах китайцев, — пишет Р. Давид, — право не просто далеко от того, чтобы быть фактором порядка и символом справедливости; оно — орудие произвола, фактор, нарушающий нормальный порядок вещей» [1, с. 27]. Кажется, это веский аргумент для исключения китайского права из предметной области правоведения и передачи его в ведение истории культуры. Однако отрицание ценности права и замена его иными регуляторами поведения индивидов не устраняет юридического поля, остающегося в восточных цивилизациях, как и в западных, пространством антропологической борьбы за признание статуса субъекта правовых отношений. Размышления Р. Барта по поводу специфики японской культуры свидетельствуют о том, что, пусть и более прямолинейно, чем на Западе, на Востоке субъекты тоже спрашивают об их расположении в правовой реальности и обозначаются недвусмысленным указанием на них.

Конечно, можно возразить, заметив, что в Китае легальное пространство столкновения позиций носит субсидиарный характер, т.к. в суд обращаются, исчерпав все доступные средства примирения, когда ситуация зашла в тупик. Более того, «сами же суды склоняют стороны к мировому соглашению и разработали оригинальную технику применения права, а точнее, уклонения от его применения» [1, с. 27]. Ответ на такое замечание содержится в нем самом, поскольку, чтобы непосредственно не применять нормы позитивного права, китайские судьи приложили усилия к выработ-

ке специальной техники, снова действуя в ненавистном им юридическом поле. Кстати, ненавистном в прямом смысле слова, если учитывать, что идея «правления через право», в основе которой лежат взгляды легистов, «была выдвинута Ден Сяопином после смерти Мао (последний испытывал особое отвращение к праву, заявляя, что не помнит Конституцию, которую сам и написал)» [3, с. 45].

Взгляд на китайскую традицию правопонимания резко меняется, когда правоведы предпринимают попытку определить, что же собственно является объектом неприятия — содержание норм права, которое еще в эпоху Трех династий выкристаллизовалось как карательное, или право в качестве способа бытия сущего, признаваемого как правовое, т.е. правильное, справедливо правящее и направляющее субъекта, вопрошающего о дальнейшей судьбе, в его движении в пространстве проблемной ситуации. По замечанию Н. Рулана, «в Китае право в основном остается средством для одного клана осуществлять свою власть, воплощаемую в праве карать других. Однако идея права в том виде, в каком мы ее себе представляем, не была совершенно чужда историческому опыту Китая» [3, с. 45].

Интерпретация структуры права как знаковой системы демонстрирует дилемму ««естественное» право — позитивное право» с неожиданной стороны. Структура права едина, целостна и внутренне непротиворечива. Иное дело, если позиция наблюдателя допускает классификацию на «подлинное право», «не совсем право» и «совсем не право», обнажая тем самым всю глубину и трагизм усвоенного им социального опыта. Поэтому, отказываясь от участия в полемике между позитивистами и сторонниками юснатурализма, Р. Давид обоснованно выделял мусульманское и индусское право среди основных современных правовых систем, о которых уместно вести речь и с учетом положительных данных, и в перспективе правового идеала [1, с. 26]. Такая позиция акцентирует внимание исследователя уже не на затянувшемся споре позитивизма со школой «естественного» права, но на отношении между фактом и нормой в онтологической структуре права.

Смешивая их и/или пренебрегая фактическим в ущерб нормативному, компаративист сведет исследование лишь к сопоставлению англосаксонской и романо-германской правовых семей, изучая другие семьи «по остаточному принципу». Он застрянет на вопросе о том, почему в Англии так прохладно относятся к почитаемой на континенте концепции «естественного» права, а переходя к правовым системам Китая или Японии, потеряется в материале. Не столько из-за его обилия, сколько по причине отсутствия ориентиров для его осмысления. Оперировав метаязыком, правовед, подобно субъекту права, также продвигается в пространстве ситуации, и от успеха его освоения в лабиринте чужих для него смыслов, зависит, передаст ли он их на своем языке предельно адекватно оригиналу или создаст очередной миф.

Обновление методического аппарата правоведения отражает процессы, происходящие в современном мире. Их можно обозначить как аккумуляцию права, выход за пределы индивидуального правового опыта — безусловно, первостепенного, но не единственно возможного. Сравнение способов бытия права не гарантирует их абсолютно адекватного понимания, тем более — их принятия и рецепции, однако попытка понять и осмыслить чужой опыт свободы или несвободы освобождает того, кто отваживается ее предпринять. Неоценимую помощь в этом деле ему оказывает компаративистика, имеющая в своем научном арсенале метод диалога и отсылающая к диалогу позиций, убеждений и оценок субъектов правового суждения и высказывания.

1. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. — М., 1996.
2. *Леже Р.* Великие правовые системы современности. — М., 2010.
3. *Рулан Н.* Историческое введение в право. — М., 2005.
4. *Бурдые П.* Социология социального пространства. — СПб., 2007.
5. *Барт Р.* Мифологии. — М., 2008.
6. *Неважай И. Д.* Типы правовой культуры и формы правосознания // Правоведение. — 2000. — № 2.