

БЪЯРН МЕЛКЕВИК

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА В ЗЕРКАЛЕ
ФИЛОСОФИИ ПРАВА



Бьярн Мелкевик

**ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА
В ЗЕРКАЛЕ ФИЛОСОФИИ ПРАВА**



УДК
ББК

М

М

Бьярн Мелкевик. Юридическая практика в зеркале философии права / Пер. с фр. и англ. М.В. Антонова, А.Н. Остроух, В.А. Токарева, Е. Уваровой и др. / отв. ред. М.В. Антонов. — СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2015. — 288 с.

ISBN 978-5-905966-63-7

Данная работа объединяет несколько работ, написанных известным канадским правоведом Бьярном Мелкевиком по широкому кругу теоретических и практических вопросов, стоящих перед современной юридической наукой. Взгляд на право с позиций теории правовой коммуникации, с экзистенциальной перспективы и с точки зрения критических правовых исследований позволяет автору развить собственную философско-правовую концепцию, которая интегрирует элементы различных современных подходов к праву. Данная книга будет полезна в рамках преподавания курсов философии права, теории государства и права, сравнительного правоведения, а также может быть рекомендована всем тем, кто интересуется современной философско-правовой мыслью и теоретическими вопросами юридической науки.

ББК

© Варга Ч., 2015
© Коллектив переводчиков, 2015
© Антонов М.В., составление и научное редактирование,
2015
© ИД «Алеф-Пресс» СПб., 2015

ISBN 978-5-905966-63-7

УДК
ББК

М

М

Bjarne Melkevik. *Legal Practice in the Mirror of Legal Philosophy / Transl. from English and French by Mikhail Antonov, Assia Ostroukh, Vasilii Tokarev, Elena Uvarova et al. / ed. Mikhail Antonov.* — SPb.: Publishing House «Alef-press», 2015. — 288 p.

ISBN 978-5-905966-63-7

This book includes a series of works written by an outstanding Canadian legal scholar Bjarne Melkevik on a wide scope of theoretical and practical issues that are discussed in the contemporary science of law. Approaching law from the vantage point of legal communication, from the existential horizon of human being, and from the point of view of critical legal studies allows the author developing an original legal philosophy that integrates elements of various legal conceptions. This book can be used in such teaching courses as philosophy of law, theory of law and of state, comparative law. It will also be important for all those who are interested in contemporary legal philosophy and in theoretical questions of science of law.

ББК

ISBN 978-5-905966-63-7

© Csaba Varga, 2015
© Collective of translators, 2015
© Mikhail Antonov, compilation and editing, 2015
© Publishing House «Alef-press», 2015

*Предисловие к русскому изданию**

По нашему мнению, философия права является составной частью практической философии и функционирует под эгидой практической рациональности. Практическая философия включает в себя этику, мораль, эстетику, христианскую религиозность, а частично также социальную и политическую философию. В целом, такая философия заинтересована в исследовании действий и совершающих их акторов. Философия права в этом заинтересована так же, поскольку утверждать противное означало бы, что право не является частью практики. Это, очевидно, противоречит здравому смыслу и приводит к теоретическому отчуждению права. Никогда нельзя упускать из вида, что право творится и осуществляется через действия и через совершающих их акторов — все то, что совершается в качестве «права», совершается нами самими и ради нас самих.

В юридическом мире имеются ремесленники, специализирующиеся на создании права. Среди них есть адвокаты, которые за счет своего профессионализма, компетенции и знания судебной системы обеспечивают ее нормальное функционирование и «контроль» над судьями. Если юристы могут свободно и адекватно творить «право» — без принуждения, страха, дискриминации и остракизма, — то тогда дело права находится в хороших руках. Если мы, юристы, хорошо выполняем нашу работу, то право оказывается на высоте. Если работа делается плохо и с небрежением (либо под прямым или косвенным принуждением), то страдает от этого право, которое оказывается «плохо» сделанным.

В практическом мире права деятельность профессиональных акторов неизбежно оказывается в фокусе нашего интереса. Ведь именно эти акторы делают «право» — по-своему, иногда неумело и дурно. Так, рецепты прошлого (среди которых теория прецедента,

* Перевод с французского В.А. Токарева

правильного разума, юриспруденции и т.п.) в принципе не могут шагнуть выше уровня абстрагирования или моделирования. От этого неизбежно страдает практический мир права. В данном контексте вопрос о праве не решается так, как решается задача по сбору картошки — применительно к этому вопросу нам приходится иметь дело со «страданием», противоречием, спором.

Соответственно, тот способ, которым мы «делаем право» и которым мы готовим себя к почитанию продукта нашего творчества в качестве «права», определяется параметрами, в которых мы мобилизуем себя и добровольно примыкаем к практической рациональности. Основное правило любой практической рациональности — требовать ответа на вопрос: «Как мы своими действиями здесь и сейчас служим современности и будущему?». Этот вопрос затем разделяется на подвопросы о последовательности, «справедливости», разумности, логике, пользе, случае, аргументации и т.п. Если нам предстоит рассуждать о праве, которое мы хотим сделать своим и которое будет лучше служить задаваемым нами рациональным параметрам, то очевидно, что это рассуждение будет варьироваться в зависимости от сферы применения — уголовное, пенитенциарное, семейное, залоговое право и т.п. Каждая сфера права может вызывать к жизни аргументы, которые не обязательно будут значимы для других сфер и которые могут быть поняты только во всеобщей взаимосвязи.

Практическая философия права выводит вопрос о праве в область практической рациональности и касается, в первую очередь, профессиональных юристов. Речь идет не о замене таких юристов философами, а о поддержке юристов с тем, чтобы они смогли лучше понять свое место в юридическом мире, свою роль в действии машины права и в ежедневно возникающих юридических спорах. Если мы посмотрим на функционирование машины права под этим углом, то лучше поймем, как она действительно работает на практике, придем к осознанию деталей и значения наших действий для мира права. Этот мир наполнен размышлениями, оценками, суждениями, аргументами и доводами, интерпретациями и «вариантами прочтения» — все это может быть улучшено, может быть пересмотрено и реформировано, исправлено и скорректировано. Ничто из этого мира права не застывает неподвижно — все находится в постоянной эволюции. Разумеется, этот мир нельзя изменить мановением воли того, кто хочет его уничтожить. Такое мановение воли было бы подобно сознатель-

ному курсу на крушение своего корабля на рифах. Здесь мы стоим перед практической (и юридической) рациональностью, которая остается свободной и которая повсюду нас сопровождает в нашем юридическом труде.

Практическая и рациональная философия права не занимается исключительно анализом и делением понятий и слов. Хотя мы и не оспариваем необходимости такого анализа и такого деления. Задачей философии является нахождение нашего места в рамках юридической современности и в ракурсе поиска того права, которое достойно нашего уважения и преданности. В этом смысле, речь идет о дискуссии и аргументации по поводу действия права. Само собой разумеется, что такие дискуссии лучше проходят в стенах хороших юридических факультетов и среди профессиональных юристов. Но также легко понять, что вопрос о современном праве интересует не только юристов, но и все общество, и что наш интерес, — а точнее, наша обязанность, — состоит в том, чтобы видеть право в ракурсе всего общества в целом.

Если философия права представляет собой элемент практического знания о юридическом мире, то это еще не означает возможности занять умиротворенную позицию и действовать флегматично. Такая философия — это, прежде всего, боевой клич, знамя, развевающееся на поле интеллектуальной и духовной брани юридической современности, теории и доктрины права.

После 1970-80 гг. интеллектуальный климат в маленьком мирке права и философии права значительно изменился. Это изменение не было к лучшему. Мы не пришли к прогрессу в области философии права — те, кто верят в такой прогресс, обманывают сами себя. Действительно, интеллектуальный климат изменился, но это изменение произошло в эпоху разгула иррационализма, обскурантизма, антинаучности, псевдонауки, анти-рационализма, догматизма и т.п. Не говоря уже о постмодерне и о всех иных направлениях с приставкой «пост-», о культурологических исследованиях права, о юридическом плюрализме и других «политически и морально корректных» теориях права, которые сегодня осуществляют свое губительное воздействие на интеллектуальную и рациональную стороны права. Ошибается тот, кто думает, что золотом является все то, что блестит. Но хуже всего то, что такой подход создает возможность для интеллектуального мошенничества, оппортунизма и властных игр, которые никогда не приводили ни к чему хорошему, особенно в сфере права.

Возможности для интеллектуальных изменений многогранны. Некоторые из них получают свое объяснение из той философии декаденса, которая развилась в 1970-80 гг. Если взять только пример Франции (и франкоязычных стран), то тут мы испытали глубокое разочарование по отношению к философским концепциям с приставкой «пост-». Эти концепции вращаются в своем собственном круге и хвалят только свои собственные «конструкции», «теории», «антисистемы», «антифилософии», «смерть субъекта», «изживание права». Они ищут себе приверженцев там, где им следовало бы задаться вопросом о реальных потребностях нашего современного общества. Именно эти образы безразмерности и иррационализма мы находим у Мишеля Фуко, Жака Дерриды, Жан-Франсуа Лиотара, Жюль Делеза, Алена Бадью и других приверженцев обскурантизма — всех их лучше было бы собирательно назвать «нео-дионисийцами». Проблема состоит в том, что вопрос о «теории» и «теоретизации» сегодня стал вопросом о «литературе», а философия фактически стала вопросом о том, как делать литературу без романов, книг, сюжета и даже без слова «право» (или идео-права).

Это нужно хорошенько осознать! В сфере философии права основной проблемой сегодня является то, что вопрос о теории права и о теоретическом осмыслении права все больше и больше рассматривается в отрыве от судебной практики, с пренебрежением и с игнорированием практических аспектов права — того, что фактически происходит в кабинетах адвокатов и в судебных залах. Все чаще философы права пишут свои книги и статьи так, как если бы юридическая практика вовсе не существовала, как если бы она полностью была лишена интереса. Это приводит к тому, что «право» становится «вещью в себе» — как в онтологическом, так и в буквальном смысле, на осях как бытия, так и обладания. Почему? Потому что философ права вступает с практическим миром всего лишь в теоретическую связь; потому что он очень плохо понимает этот мир или даже вовсе его не понимает; не ощущает себя комфортно в этом мире. По сути, речь идет о такой теоретической связи с миром юридической практики, которая является лишь апологией теории за счет практики. В конечном итоге, теория создает некое теоретическое право, пригодное для любого субъекта — это право ложно понимается и осмысляется в качестве эманации из теории. Результат такого подхода проявляется в том, что сегодня профессора юридических факультетов, — от которых разумно ожидать понимания и владения практическим правом, — абсолютно ничего не смыслят в реальном

мире. А «теория», которой они следуют и которую они восхваляют как «право», существует лишь в их собственных головах.

Если здесь кто-то потребует от нас доказательств, то достаточно будет указать на североамериканские юридические журналы. Ситуация тут катастрофичная. Это — интеллектуальная катастрофа! Разумеется, есть и перлы, есть и замечательные статьи — но речь идет об исключениях из общего правила, о том, что случайно появляется на фоне того марева, которое проявляется в якобы научных теориях и в языке, что существуют в совершенно герметичном пространстве. Можно спокойно взять номер «*Law and Society Review*» или же номер другого подобного журнала и задаться вопросом о том, каков смысл слова «право», что используется в статьях, публикуемых в таких журналах. Имеет ли это слово вообще какой-то смысл, либо же оно используется лишь для того, чтобы опубликоваться, чтобы сделать себе академическую карьеру, чтобы поучаствовать во властных играх или взойти вверх по социальной лестнице?

Применительно к этой ситуации следует констатировать, что теория и теоретизирование все более отделяются от юридической практики, что теория претендует на верховенство — на то, чтобы безраздельно господствовать и властвовать над практикой. Таким образом, сегодня мы имеем дело с важной и серьезной проблемой, которая выходит за пределы нашего понимания философии права. Речь идет о здравости такой теории. Ведь если ожидать от нее реальной пользы для практической сферы функционирования машины права, — а именно это, по нашему мнению, и требуется от теории, — то было бы нелогичным изгонять теорию из сферы практики; было бы иррациональным давать ей такую власть, которой она не владеет; было бы безумием доверять такой теории. Мы настаиваем на том, что практика должна развиваться в контексте аргументации, интерпретации, рассуждения и т.п. — в интересующем и одушевленном контексте. Если править балом будет теория, то люди окажутся закованными в цепи и обездвиженными! Если же править балом будет практическая рациональность, то люди смогут свободно высказать свои мысли и свободно жить!

Сегодня нужно понять, что основной проблемой современной философии права является именно установление, обоснование и доказательство адекватной связи между практикой и теорией — связи, которая указывает на здравость способа функционирования машины права и на ее способность служить нам «по справедливости», «на благо», во имя демократии (заслуживая того, чтобы использовать

эту этикетку) и современности (которая строится исключительно личностью, во имя личности и для личности). В конечном счете, право служит нам и находится в нашем распоряжении — поэтому оно должно служить нам адекватно. Если право начинает считать себя хозяином, то это — проблема для нас; если право служит нам, то тогда у нас есть средство для разрешения наших споров.

Я не ставлю себе целью перегружать тезисами данное короткое предисловие — моя цель заключается в том, чтобы в общих чертах указать на то, о чем написаны мои работы. На самом деле, я убежден в том, что приводимые ниже статьи будут говорить сами за себя и каждая по-своему укажет на ту практическую рациональность, которая должна руководить нашими рассуждениями о действии машины права в современном демократическом обществе.

В конечном счете, речь идет о прочтении права с учетом (и переживанием) судебной практики — о внимательном прочтении, которое не будет упускать из виду то, что право должно адекватно нам служить. Того, что задачей права является именно служение!

Квебек, Канада, 3 августа 2015 г.
Бьярн Мелкевик

Методология философии права

Зачем изучать философию права? Некоторые размышления о преподавании философии права*

Если мы поставим себя на место студента юридического факультета, перед которым список дисциплин, предлагаемых ему на выбор, то мы можем спросить, зачем нам выбирать курс философии права? Действительно, когда отсутствует физическое принуждение, устраняющее любой осознанный выбор, студент задает вопросы: Что философия права предлагает праву? А что она предлагает мне? Есть ли какие-либо причины интересоваться ей? Почему стоит ее изучать?

Ответы, которые мы собираемся дать на эти вопросы, отражают как наш опыт преподавания философии права, так и вдохновляющую нас правовую концепцию¹. Они взаимосвязаны как две стороны одной медали. Идея и роль философии права, уясняемые для себя исследователем, обязательно должны быть отражены им в процессе преподавания. Следовательно, описание нашей методики преподавания философии права сопряжено с той идеей, которую мы считаем необходимым преподнести студентам.

Недоверие к философии права

Прежде чем мы сможем ответить на поставленные выше вопросы, нам представляется уместным осмыслить сопротивление юридического сообщества или его недоверие к философии права. Сопротивление / недоверие передается, «как по мановению волшебной палочки», от профессиональных юристов к студентам юридических

* Перевод с французского В.А. Токарева.

Впервые опубликовано: Pourquoi étudier la philosophie du droit? Quelques réflexions sur l'enseignement de la philosophie du droit // В. Melkevik. *Réflexions sur la philosophie du droit*. Quebec: PUL, 2000. P. 7–16.

Впервые на русском: *Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов* / под ред. С.Н. Касаткина. Самара: СаГУ, 2010. С. 231–241.

¹ В. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval et Paris, L'Harmattan, 1998, p. 13–36.

факультетов. Если сегодня оно, кажется, постепенно теряет свою остроту, что к тому же подтверждается новым приливом сил в философию права, наблюдаемым теперь так же и в юридической среде, тем не менее, здесь еще сохраняется сопротивление, поддерживаемое десятилетиями непонимания и недоразумений. Можно обозначить две причины недоверия к ней, первая из которых основана на восприятии философии права как опасного «Упорядочивающего Разума» (*Raison-Ordonnatrice*), вторая — на констатации ее явной бесполезности в виду доступности более подходящих для исследования современного законодательства «научных» методов.

Что касается недоверия к философии права в юридических кругах в связи с пониманием ее роли как «Упорядочивающего Разума», причиняющего вред, то, думается нам, никто не выразил этого настроения лучше философа права Мишеля Виллея. Как он откровенно признается:

«Со своей стороны я убежден, что философы Нового времени причинили нам, юристам, серьезный вред. Я имею в виду Гоббса, Локка, Юма, и даже Лейбница, Канта, Фихте, Гегеля, почти всех философов от XIV до XX вв. Когда они рассуждают о “праве”, это происходит у них при их полном безразличии к особенностям юриспруденции. Что они знают? Математику, социологию, в большей или меньшей степени испытавшую влияние эволюционизма, логику, отчасти мораль. Таким образом, они перенесли в наше предметное поле научную систему, основанную на эмпирических данных. Их влияние исказило наше представление о юридическом феномене, добавив к нему юридического или социологического позитивизма»².

Конечно, мы видим, что Виллей ограничивается критикой философии «модерна», а также разрабатывает аргументацию, обосновывающую чуть ли не причинно-следственную связь между философией «модерна» и юридическим позитивизмом, но выдвинутое им обвинение против упомянутых философов бьет точно в цель. Так, если они, как правило, были хорошо осведомлены о современных им социальных практиках, о «праве», которое к ним относится, и если они читали труды классиков школы «естественного права»,

² Michel Villey, «Préface», à *Chaim Perelman, Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., vol. XXIX, 1984, p. 8, coll. Bibliothèque de philosophie du droit. Та же мысль высказана в *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Monchrestien, 1968 (plusieurs fois réédité). См.: *La contre critique «philosophique»*, d'Alain Renaut et Lukas K. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991.

то никто из них не имел по-настоящему глубоких познаний в юриспруденции. Отсюда и тяжесть обвинения, выдвигаемого против них. После прочтения текстов Виллея напрашивается вывод о том, что не стоит тратить силы на изучение философии права «модерна». Нельзя постигать тонкостей профессии, слушая глупости, и стремиться к знанию, позволяя невеждам или невежеству соблазнить себя³.

Другое возражение против философии права заключается в том, что она не нужна, не эффективна или даже контрпродуктивна. Между тем никто не высказывается открыто против философско-правовой рефлексии, требующей признания существования самой философии права, скорее, речь идет о том, что философия права не привносит в право ничего такого, что нельзя было бы осмыслить с помощью юридических наук. Им могут быть недоступны только чистые спекуляции, не имеющие будущего, или субъективные метафизические верования. Хотя никто и не выступает против них, надо, по мнению критиков философии права, признать такой очевидный факт: юридические науки должны занять причитающееся им место, освобожденное (вынужденно) философией права. Это означает также, что философия права должна рассматриваться в качестве приятного времяпрепровождения или квази-духовной деятельности, которой каждый вправе заниматься по своему усмотрению в ритме чтения или беседы с коллегами. Деятельность, которая наиболее подходит для выходного дня или попросту для свободного времени. Короче говоря, никто не возражает против философии права, но потребности сегодняшнего дня актуализируют развитие юридических наук, тогда как философия права может подождать до лучших времен.

Мы не стремимся оценивать эти две формы сопротивления / недоверия к философии права, мы просто констатируем факты. Вместе с тем, мы не можем отрицать, что сопротивление досталось нам в наследство от того периода, когда философия права, считающаяся наукой-матерью, пренебрегала диалогом с опытными юристами и не обращала внимания на идущие в правовой науке дискуссии. Сегодня это уже не возможно без риска низвести философию права до уровня комментирования произведений старины глубокой или до уровня семантических и «системных» упражнений, представляю-

³ Alain Renaut, в *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997, p. 322. Критика «пренебрежения к философам» М. Виллея.

щих собой хождение по кругу. Во всяком случае, если мы синтезируем две формы отказа / недоверия к философии права, то окажется, что они обе, каждая на свой лад, описывают положение, в котором оказалось преподавание философии права. Конечно, все еще остаются «фанатики» своего дела, любители. С их помощью философия права, на юридических факультетах в первую очередь, должна преодолеть профессиональное недоверие юристов к пустой и бесполезной болтовне, как они утверждают, и доказать, что философия может принести в право нечто полезное и оригинальное.

Философия права как сопровождение

Обратимся теперь к нашим первоначальным вопросам. Мы будем здесь последовательно развивать точку зрения, определяющую для философии права роль Сопровождающей (Сопровождения) современного юридического проекта в том, что касается доводов и соображений⁴. Преподавание философии права должно состоять в прояснении этой роли и ее практического значения.

Сам факт понимания преподавания философии права как Сопровождения юридического проекта свидетельствует об отказе со стороны философии и со стороны юриспруденции от претензий на рационалистичное упорядочивание. В самом деле, если мы можем утверждать, что философия права, практикуемая философами по профессии и по призванию, занимается культивированием «Упорядочивающего Разума» и соответствующих форм «Идеального Права», то философия права юристов может быть определена как основанная на идее «Упорядочивающего Опыта» и соответствующей форме «Реального Права». Впрочем, это последнее направление не желает больше называться философией права. Оно именует себя «юридической философией». Итак, хотя мы можем оценивать напряжение, возникающее между этими двумя направлениями, как источник плодотворного соперничества, тем не менее, любая философия права, стремящаяся сформироваться сегодня в качестве «Упорядочивающего Разума», отказывается от диалога с позитивным правом, так же как и с демократическим измерением, которое должно, как мы полагаем, характеризовать современный юридический проект. Мы вынуждены признать, что философия права не может более претендовать на прояснение путей развития права, которые, к тому же, достаточно хорошо освещены его собственными усилиями, и что она не может обладать ни-

⁴ B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, p. 14.

какой «мудростью» или «знанием», допускающими вмешательство в сущность того, что является юридическим проектом. Итак, если философия права отказывается от своей роли «Упорядочивающего Разума», тогда у нее не остается иной альтернативы, кроме возможности сопровождения юридического проекта, точнее говоря, сопровождения размышлений, доводов и соображений, поддерживающих юридический проект.

Нам думается, что преподавание философии права должно исходить из того, что она не дает никакого ответа или рецепта, но непредвзято участвует в обдумывании сложности современной юридической материи, которое мы все должны предпринять. Если это так, то философия права представляет собой не что иное как дискуссию, следствием которой является ее открытый характер.

Роль, признаваемая нами сегодня за философией права, особенно в сфере преподавания, может быть определена как сопровождение развития доводов и соображений о юридическом проекте. С этой точки зрения, философия права должна помогать нам обнаруживать и универсализировать наши убеждения, ценности и предустановленные идеи. Она должна сопровождать нас в процессе формулирования веских аргументов. Уточним, что философия права должна служить идентификации и признанию различных культурных или философских параметров, определяющих юридическое пространство. Фактически философия права должна позволить нам освоиться среди различных приемов, с помощью которых человек может постигнуть взаимосвязь между правом и «моралью», обществом и индивидом и между другими подобными категориями. Таким образом, философия права не интересуется формальными признаками права, оставляя их юридическим наукам, но сопровождает размышления, относящиеся к смыслам и горизонтам современного юридического проекта.

Благодаря аргументации и рациональности философское размышление о праве выводит нас на реалии современной жизни. Разумеется, что это не может происходить непосредственным образом, т.к. философия права не обладает, увы, никаким прямым доступом к реальности, но это должно происходить в режиме диалога с науками, и в первую очередь, с юридическими науками. Они предоставляют философии права факты, способные подпитывать размышления о современном юридическом проекте. Юридическое кантианство (*kantisme juridique*), представленное, главным образом, Гансом Кельзенем, нанесло ущерб философскому размышлению о

современном юридическом проекте. Он хотел, возможно, вопреки намерениям Канта, ограничить современный юридический проект, отказывая ему в диалоге с политическими, социальными, духовными и религиозными убеждениями индивидов во имя своеобразно понимаемой им научной чистоты⁵.

Итак, как только мы перестаем воспринимать философию права в роли «Упорядочивающего Разума», становится возможным диалог с юридическими науками, необходимый в силу самой природы вещей.

Развивая эту мысль, отметим, что философия права должна обособиться от юридического позитивизма. Мы можем даже заявить о необходимости подчеркивать в процессе преподавания, что философия права обслуживает не «позитивное» право, но юридический проект. Редукционизм, характерный для юридического позитивизма, заставляет нас забывать о том, что на самом деле правовые вопросы касаются вопроса о правах, которые мы, на основаниях взаимности и intersубъективности, должны предоставлять сами себе. Право нормативно в том смысле, что вопрос об этих правах формулируется в форме «бытия-долженствования», делая из нас творцов и носителей прав, которыми мы intersубъективно наделяем себя.

Мы можем наблюдать, как Верховные суды Канады, США и других стран все чаще ссылаются на положения философии права или на труды философов права, и как от подобных положений отталкиваются в философско-правовых рассуждениях⁶. Мы обострим критическое мышление студентов, если сможем продемонстрировать им, как философско-правовые рассуждения оказывают влияние на суды, и как эти рассуждения отражаются в судебном решении. Тем не менее, судьи, занимающие определенную позицию по вопросу об аборте, эвтаназии, о неотчуждаемых правах коренных народов, по другим вопросам, не предлагают нам какого-либо «окончательного решения»⁷. Если философии права надо держать руку на пульсе со-

⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, coll. «Philosophie du droit» n° 7; *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1973 (1re éd.), 1988 (2e éd.), coll. Etre et Penser, n° 37.

⁶ B. Melkevik, «La philosophie du droit : Développements récents», dans Raymond Klibansky et Josiane Boulad-Ayoub (dir.), *La pensée philosophique d'expression française au Canada. Le rayonnement du Québec*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 465–483.

⁷ См.: Josiane Boulad-Ayoub (dir.), *Carrefour : Philosophie et droit*, Montréal, LACFAS, 1995, p. 231–315, «Langage des droits et conflits des représentations ultimes» avec les contributions de L. Bégin, F. Blais, G. Legault et L. Tremblay.

временной юридической реальности, и особенно там, где речь идет о юриспруденции, то ее не следует понимать как «основание» философско-правовых позиций. Судей не следовало бы рассматривать в качестве философов права, как это неявно и безрассудно делают многие нынешние философы права (Дворкин)⁸, но как собеседников, достойных всеобщего внимания, поскольку мы все являемся одновременно и творцами, и адресатами наших прав.

Философия права и дискуссия

Если мы должны обучать философии права и понимать ее только как сопровождающую аргументы, позволяющие осмыслить юридический проект, отсюда следует также, что она отказывается от своей роли «Арбитра» в пользу публичных обсуждений. Философия права должна оставить любую ссылку на «философию сознания» (Кант, Фихте и Гегель), т.к. суждение, высказываемое отдельным человеком о юридическом проекте, не имеет большого значения. С точки зрения дискуссии, философия права принимается во внимание как один из участников дискуссий, окружающих современный юридический проект. Она должна быть воспринята как подвергающая аргументы испытанию дискуссией. Именно здесь «вес» и «ценность» каждого аргумента и умозаключения должны быть вынесены на публичное обсуждение и признаны на глазах у всех.

Анализируя это общественное пространство, мы можем равным образом размышлять над вопросами о рациональности и о различиях юридических рациональностей в рамках юридического проекта. Нашу собственную позицию можно выразить в идее преобладания «коммуникативной» рациональности⁹. Философия права, рассматривая представление аргументов как основную цель юридического проекта, на деле сопровождает его, доказывая, что практическая рациональность, на которую ссылается право, воплощается в дискуссиях. Как межличностная практика субъектов права, дискуссия порождает аргументы и предлагает их аудитории с целью их оценки и признания.

Тот факт, что мы настаиваем на включении общественного пространства в контекст преподавания философии права, свидетельствует о нашем желании приучить студентов к мысли о том, что «в

⁸ R. Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, coll. Recherche politique; idem., *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, coll. Léviathan.

⁹ B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, op. cit., p 91–150.

праве» — это значит в общественном пространстве, к которому мы обращаемся. Им надлежит осознать, что это пространство играет решающую роль в формировании и развитии воли и мнения относительно современного юридического проекта. По мере того, как право становится первым лицом множественного числа, «мы», преподавание философии права должно оформиться в дебатах, касающихся общественного пространства и рационального формирования воли и разума.

К демократической концепции права

Философия права, источник веских аргументов и просвещенного разума, обнаруживает сама себя как философскую позицию. Впрочем, мы признали это уже в начале, т.к. преподавание философии права «естественно» исходит из концепции права и тесным образом связано с ней. Итак, то, что мы теперь можем добавить к этой концепции философии права, как нам представляется, есть ответ на вопрос, положенный в основание наших размышлений: «Какова цель преподавания философии права?». Задача последней части этого текста, следовательно, состоит в том, чтобы, отвечая на этот вопрос, подчеркнуть нашу приверженность демократической концепции права.

Для того чтобы понять демократическую концепцию права, необходимо отметить то, что она отличается от концепции «либеральной морали» права, преподаваемой, в основном, на юридических факультетах Северной Америки. Концепция «либеральной морали» — это философия права, замешанная на вере в дополитическое существование комплекса априорных принципов и правил и на вере в то, что право должно быть осмыслено исходя из предположения о неких «моральных правах», способных одновременно обеспечить негативную свободу и ограничить коллективную деятельность. Преподавание философии права в Северной Америке часто принимало форму приобщения к такой вере. Это воплотилось в кредо либеральных «институтов». Само собой разумеется, что мы имеем в виду такого философа права, как Рональд Дворкин, и особенно его последнюю книгу «Закон свободы», т.к. он является типичным представителем этой концепции¹⁰. Ее результатом оказалось то, что преподавание философии права стало пробуждением веры в «наши» Институты. Кроме того, оно учит воспринимать демократию только

¹⁰ R. Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1996.

как средство, инструмент распространения «либеральной морали». Разумеется, мы признаем позитивное значение этого процесса, но отсюда не следует, перефразируя Канта, что человек выходит из подчиненного положения¹¹.

Демократическая концепция права, которая направляет преподавание в определенное русло, выбирает, как мы это объяснили, иной путь. Прежде всего потому, что демократия сама по себе представляет для нас ценность. В самом деле, если, как уверяет Кант, философия права отражает переход человека из-под господства гетерономии (доводы власти) в область торжества автономии (доводы благоразумия, такие, какими они видятся индивиду), то автономия должна быть одновременно принята и использована против идеологической обработки. Если, по нашему мнению, современность права (*modernité du droit*) проявляется в требовании того, чтобы все субъекты права рассматривались как творцы и адресаты прав, норм и учреждений, то преподавание философии права не может замкнуться в гетерономной практике, хотя и связанной с «либеральной моралью», но оно должно освоить эту современность. Философия права не заменяет творцов права, но она должна их сопровождать. Философия права должна отражать демократическую цель современного юридического проекта.

Философия права как демократическая практика

Последнее слово! Располагая преподавание философии права в контексте актуальных забот юридического проекта, мы надеемся соединить практическую сторону права с перспективной стороной философии. Мы желаем, в некоторой степени, примирить юридический проект с идеей философии, рассмотренной как демократическая практика.

¹¹ I. Kant, dans «Vers la paix perpétuelle, que signifie s'orienter dans la pensée?», *Qu'est-ce que les Lumières et autres textes*, Paris, GF-Flammarion n° 573, 1991.

*Понятие права и современная философская рефлексия**

Это эссе раскрывает общее понимание дискуссионных положений, которые изучаются в рамках философии права. Те, кого на толкнули на этот путь испытания, понимают, что изучение данного вопроса требует понимания исторических основ, равно как и детального анализа концептуального и аргументативного содержания определенных теоретических позиций и дискуссий. С самого начала важно помнить, что изучение философии права требует собственных усилий для понимания исторических и современных идей и практик, осуществляемых с целью определения роли и влияния права. К движению в этом направлении относится призыв как студенту, так и исследователю прийти к общему пониманию, что именно философы права думают о праве, опираясь на демократические принципы. Но задача не должна сводиться к одиночному опыту, лишенному духовного и даже материального в конкретных ситуациях, в которых поднимаются основные, часто острые, вопросы о праве. Следовательно, не должен стать неожиданностью тот факт, что мы придаем особое значение проблемам, отражаемым в непозитивистских рассуждениях современной философии права. На самом деле, мы останавливаемся на самом понятии права и рассматриваем вопросы, касающиеся философских основ права, в качестве объекта осмысления. Эти темы составляют классические подходы к философии права.

Получив общую перспективу для нашей деятельности, в этой статье мы вынуждены выбирать приоритеты и задачи, чтобы быть в состоянии сконцентрировать наше внимание на том, что мы считаем существенным. Традиционные вопросы и вопросы современности будут возникать, однако некоторые из них останутся без от-

* *Перевод с английского В. Войчишина и Е. Уваровой.*

Впервые опубликовано: *The Concept of Law and Contemporary Philosophical Reflection // Studia Universitatis Babeş-Bolyai. Iurisprudentia.* 2009. № 3. P. 51–60.

вета. Необходимость выбора — это своего рода методологическое решение; она не должна восприниматься аксиоматически. Будучи неизбежным в теоретической работе, запрет всегда является риском; его свойство может формировать со временем важную направленность, которая становится возможной благодаря коммуникации и дискуссии. Итак, перед тем, как браться за обсуждение определенных разногласий в мнениях в сфере философии права, мы считаем, что сначала важно обратить внимание на само понятие «философия права», поскольку оно является основной интеллектуальной структурой, изучением которой заняты студенты и исследователи. Только тогда предмет выбора и точки зрения предполагают наличие риска и понимание его значения. В связи с этим мы должны принять во внимание концептуальное отличие, скрытое в двух точках зрения, а именно: право философа и право юриста. Итак, мы вначале подробно остановимся на вечном вопросе определения права — онтологическом вопросе, а затем сместим наше внимание в направлении нашего понимания права — эпистемологического вопроса. Далее, мы постараемся определить право в контексте «должного» (телеология), то есть в ракурсе вопроса естественного права, известного как идеал права. И наконец, мы, конечно, проанализируем чрезвычайно сложный вопрос связи этики и права.

Приближение к понятию философии права

Как правило, когда мы рассматриваем понятие «философия права», его объектом для философов права является не только «понятие права», как принято считать. Обычно философ права не работает на жизнь, как юрист-практик или судья и, в таком случае, его дискурсы будут расположены на философском, то есть на универсальном уровне. В этом смысле философию права не интересуют соображения, связанные непосредственно с правовой практикой. Для большей убедительности философия права часто использует общепринятые соображения, не зависящие от права, и обычно не занимается, так сказать, развитием анализа, занятого выяснением общепринятой структуры правовых норм: действительность является безусловной с учетом того, что считается правом. Другими словами, было бы разумно позаботиться о разграничении работы между теми, кто занимается юридической догматикой (или доктриной права), и теми, кто занимается философией права. Путаница на этом фундаментальном уровне является контрпродуктивной философи-

ей, даже если это сделано в соответствии с понятием «позитивного права»! Однако стоит отметить, что философия права отличается от любого подхода к праву в рамках позитивистских конструкций, от любого другого подхода, который имеет дело с правом или иным феноменом, принадлежащим к царству права, как с научным объектом — в том смысле, как это понимается в антропологии права, социологии права и истории права. Эти юридические науки также в определенной степени ориентированы на обсуждение, и отстранены от объекта права, который они рассматривают как «данное», как часть фактического мира. Но, в противовес этим юридическим наукам, которые могут быть оценены в соответствии с дескриптивными критериями, философия права рассматривает право как объект мысли. Таким образом, философия права остается фундаментально-универсальной по своему строению.

Теперь давайте посмотрим на две точки зрения, которые скрыты в таком понятии философии права. Мы должны помнить, что философию права можно рассматривать как с философской, так и с правовой точки зрения, как право философов и как право юристов.

Первая точка зрения, что является общепринятой для философов по профессии (так и по призванию), она характеризуется философскими исследованиями объекта права, начиная с философской позиции, которая может быть направлением мысли, системой, методом, проблематикой или философским понятием — одним среди многих. В общем, как тенденция, именно право здесь становится применением философской позиции, таким образом показывая, что сама позиция может быть адекватно использована, чтобы равнозначно прояснить чей-то способ осмысления права. Таким образом, философия права, которую разработали философы, часто имеет склонность к развитию в аксиоматическую систему с целью объяснения их точек зрения на «право».

Вторая точка зрения является общепринятой для юристов, испытывающих потребность в более фундаментальном осмыслении права. Основой для такого подхода, прежде всего, является их опыт, определяющий возможность осмысления предмета. Течение, известное как «юридическая философия», так же как и течение, которое некоторые авторы называют «общей теорией права», часто укрощает философские размышления, поскольку последние используются только для того, чтобы легитимизировать особые позиции, относящиеся к понятию самого позитивного права. В резуль-

тате философия юристов характеризуется большим интересом к правовой доктрине или юридической догматике и к эффективности процедуры проведения исследования, к рациональным шаблонам. Однако это является конструктивной рефлексией, которой не хватает точности.

Отдельно друг от друга эти две точки зрения отдают предпочтение поверхностному анализу философии права: изучать философию права без «философии» или без «права» означает предать в определенной степени как одну, так и другую! На самом деле, эти две определенные точки зрения четко демонстрируют разрыв в самом сердце философии права. Это очень похоже на дискуссии по поводу природы «Бога». Давайте вспомним классическую и вечную полемику между философами и теологами: «Бог» в понимании философов не требует акта веры — это «Бог», который возникает из ума, в противовес «Богу» теологов, факт существования которого является очевидным, но не подвластным уму — это «Бог» веры. Так же разрыв философского права используется как оправдание, в основе которого лежит «схематический (или организующий) ум» и различные формы «идеоправа», с вытекающими отсюда последствиями. С другой стороны дискуссии, оправдание философии права юристов связано с осью «схематического или организующего опыта», однако в их случае, разрабатывая формы «настоящего» закона, они, тем самым, провоцируют спор, о котором упоминалось ранее.

Хотя философия права разделена между этими двумя позициями, остается тот факт, что креативная энергия, исходящая из этого разрыва, является чрезвычайно полезной, так как благодаря ей обе дисциплины могут мобилизоваться и затем сравнивать особенности, для них имманентные. Посмотрите на современную философию права с ее разнообразием и богатством концептуальных подходов.

Однако наше личное мнение заключается в том, что следующий шаг в философии права должен быть сделан, отвергая любое «схематическое» или «организующее» утверждение, как с философской, так и с юридической точек зрения, чтобы позволить развитие философии права между понятиями «ум» и «опыт». В рамках данной статьи эта точка зрения может быть лишь обозначена, а ее полное развитие должно быть предметом будущего исследования¹.

¹ Melkevik B. 1) Horizons de la philosophie du droit. Paris; Québec, 1998 (2004); 2) Réflexion sur la philosophie du droit. Paris, 2000; 3) Rawls ou Habermas: Une question de philosophie du droit. Québec, 2002; 4) Considérations juridico-philosophiques. Québec, 2005; Melkevik B. Tolérance et modernité juridique. Québec, 2006.

Онтологический вопрос

Прежде всего, философия права в самом общем виде изучает этот вопрос — просто исследует, что есть «право». Этот вопрос требует внимательного изучения сущности права вне представлений правового позитивизма. Краткий экскурс в историю философии права является достаточным, чтобы понять, что это фундаментальный вопрос существует давно. Исторически право рассматривалось как существующее или в «вещах», или в «сознании»². Древние, например, рассматривали право как «глагол», тогда как современники склонны понимать право как «подлежащее / субъект».

Аристотель рассматривает право как искусство. Для него, как и для римских юристов, право является, по сути, синонимом термина «коммуникативная справедливость». Оно является искусством, суть которого заключается в определении в древнем городе того, что в действительности обязан делать каждый гражданин. Таким образом, право становится частью структуры полиса и означает слово «справедливость», прочно укоренившееся в политическом обществе. Если этот «глагол-право» характеризуется Аристотелем через существование хорошо управляемого города или общества, то для других древних философов его сущностной характеристикой остается космологическая природа или мир идей.

Урок, который мы должны извлечь из современной философии права, можно найти в концепции «субъект-право», которая, конечно, определяет право с точки зрения философской конструкции субъекта и присущих ему свойств, таких как автономность, достоинство, свобода и т.д. Считается, что немецкий философ И. Кант разработал наиболее сложную из систем «субъект-право». Устанавливая тождество права с философским субъектом, понимаемым как автономная воля, Кант отсылает право к суду разума, и отсюда выводит постулат априорного мышления этих субъектов. Онтология права присоединяется здесь к метафизике субъекта.

В современной философии права спор между «глаголом-правом» и «подлежащим-правом» все еще продолжается. И следует подчеркнуть, что этот спор часто параллелен теориям, претендующим на эмпиричность в отношении права. На самом деле, «эмпирические» направления, такие как теории А. Росса и Г. Харта, видят вопросы онтологии права в предсказуемости людей, в компетенции

² *Villey M. Le droit dans les choses; Amslek P. Le droit dans les esprits // Amslek P. and Grzegorzcyk C., Controverses autour de l'ontologie du droit. Paris, 1989. P. 11–26, 27–49.*

которых находится установление права³. Такие теории сводили задачу философии права к правовой науке, где онтологическое вопросы права существуют только в общепринятых дефинициях, характеризующих право как совокупность правил и норм. Хотя остается вопрос, являются ли эти теории на самом деле «эмпирическими» или скорее «психологическими» теориями права?

Существующее положение философии права, современные попытки переосмыслить онтологию права в рамках спора между предшественниками и современниками не являются достаточными для нас. Принятие во внимание различных форм онтологии права, таких как системная, или аутопойетическая, теория⁴, новая теория институционализации права⁵, а также другие теоретические конструкции, позволяет понять: они просто спорят о том, что теоретические результаты прошлого были не убедительны, так как их метафизический горизонт больше не принадлежит нам.

Благодаря лингвистическому стилю, онтологические вопросы права сегодня обращаются к новым горизонтам, таким как прагматизм. Мы начинаем понимать, что философский опыт языка и его прагматическое использование в философии права может оказаться более полезным, чем любая «онтология», которая когда-либо существовала. Эти новые философские рассуждения могут помочь отложить метафизический вопрос предшественников и современников для того, чтобы прагматично или «лингвистически» разработать содержание и развитие философии права.

Эпистемологический вопрос

Философы права также работают над вопросами о том, как получить «знание» о праве, и что содержит такое «знание». Является ли «право» объектом познания? Стоит ли слово «знание» использовать в отношении такой практической проблемы, как «право»?

Поэтому следует отметить, что рассуждения о правовой эпистемологии непременно имеют отношение к установленным заранее взглядам на научное содержание и рациональность. Например, философско-правовое мышление заключается, главным образом, в

³ Ross A. On Law and Justice. London, 1958; Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford, 1961, 2nd edition 1994.

⁴ Arnaud A.-J. and Guibentif P. (eds.) Niklas Luhmann observateur du droit. Paris, 1993; Teubner G. Le droit, un système autopoïétique. Paris, 1993.

⁵ MacCormick N. and Weinberger O. Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique. Paris, 1992.

разъяснении соотношения (связи) между спецификой права и возможностью получения знаний, сконструированных при помощи конкретной эпистемологической теории. Здесь противопоставлены два направления: эпистемология наблюдателя и эпистемология участника.

С одной стороны, правовая эпистемология наблюдателя основывается на парадигме индивида, который делает вид, что он (или она) наблюдает за своим объектом в соответствии с научными правилами, в большей или меньшей степени установленными в рамках различных теорий научных знаний, и что он (или она) мог бы (могла бы) перейти к объяснению самого объекта. Сегодня становится ясно, что сначала необходимо идентифицировать право как научный объект знаний, а потом уже входить в процесс «наблюдения». Для корректности отметим, что знание о праве прилагается к определяющему аспекту права, к его понятию, к юридическому языку вообще, и даже к психологическому отношению между правовыми акторами. Здесь мы говорим особенно об эпистемологических направлениях, таких как эмпиризм или аналитическая философия⁶.

С другой стороны, правовая эпистемология участия основывается на парадигме, согласно которой мы не можем «наблюдать» право потому, что оно получает полное свое значение в контексте, который определяет нас. Право является не «природой», а «культурой», и его следует признать таковым и рассматривать в своей практической реализации. Правовая герменевтика, как современная философия права, способствует этой перспективе⁷. Этот подход также утверждает, что в любом виде знаний знающий человек уже непосредственно включен в это знание. Таким образом, герменевтическая перспектива позволяет нам оставить парадигму наблюдения, которая доминирует над правовой эпистемологией, и заставляет нас заинтересоваться правом с точки зрения знаний, которые человек может получить в контексте, который определяет личность такого человека.

На самом деле, вопрос того или иного подхода является не только эпистемологическим и касающимся определения объекта изучения, но он также часто является имплицитным в «эпистемоло-

⁶ Grzegorzczak C., Michaut F., Troper M. Le positivisme juridique. Paris, 1993.

⁷ *Herméneutique et ontologie du droit* // Revue de métaphysique et de morale. 1990. No 3. P. 311–423; Nerhot P. Law, Writing, Meaning. An Essay in Legal Hermeneutics. Edinburgh, 1992.

гических интересах». Итак, эпистемология наблюдения проповедует «нейтралитет», в то время как эпистемология участия занимает необходимую позицию на социально-политическом уровне.

Правовая эпистемология также предполагает вопрос правовой рациональности (или рациональности, задействованной в правовой сфере). Для правовой эпистемологии вопрос о том, как определить и как понять вид рациональности, который лучше всего подходит к правовому делу, занимает ключевое место. Это «традиционный» вопрос, важность которого для права возрастает в нашей современной культуре, насыщенной перспективами «научности», практичности, эффективности и тому подобное. Здесь философия права сосредотачивается на возможных дискурсах правовой рациональности. И когда М. Вебер определяет правовую рациональность как целенаправленную деятельность и делает эту форму рациональности концептуальным ключом понимания права, он заставляет нас поверить в то, что он является, возможно, очень хорошим аналитиком тенденций общества своего времени, но как философ он использует это понимание права только с точки зрения рационализации этих средств⁸. Успех этого дискурса в отношении рациональности позволяет нам понять, почему философия права заинтересована в вопросе дискурсов рациональности, и почему она также касается нашей концепции правовой современности.

Некоторые исследования в философской сфере, заключающиеся в поиске способа представления понятия коммуникативной рациональности, — как в случае Ю. Хабермаса, — или в переоценке и изменении рациональности, известной как эстетической, — важного направления в философии права — являются свидетельством растущего интереса к вопросу рациональности права.

Вопрос должного

Третий аспект, изучаемый философией права, касается вопроса «должного» (или телеологии) в праве или в юридической практике. Иными словами, выяснение того, чем должно быть право, лучше назвать поиском действующего права и нормативной оценкой (или телеологией), которая присуща любому вопросу о правах. Даже если применительно к этому вопросу долго были сложности с онтологическим определением права и с эпистемологическим вопросом в отношении правового знания, стоит, как представляется, четко

⁸ Weber M. *Sociologie du droit*. Paris, 1988.

выяснить специфику этого вопроса лишь как «должного» в сфере права. Если это «должное» на самом деле относится к концепции «естественного права» в его многочисленных вариантах, или к понятию «идеального права» (и даже к юридическому позитивизму, если он содержит понятие долга для индивидов), правильным будет проанализировать эту тенденцию со всех сторон. Сегодня мы можем утверждать, что линия разграничения расположена между теми, кто ищет совершенную и глобальную теорию права, построенную на идее «должного» в праве, и теми, кто ищет отдельные ссылки в отношении этого «должного».

Мы можем отождествить первую перспективу с возрождением «юснатуралистической» мысли. На самом деле, мы замечаем прежде всего то, что естественное право как античности, так и эпохи модерна прошло выдающийся путь⁹. Абстрагируясь от специфики каждого отдельного подхода, можно сказать, что они вместе разработали принцип «идеи-права», который требует объяснения реальности или подлинности права. На самом деле, трудам юснатуралистов присуща тенденция к разработке глобальной теории, дающей возможность оценивать и судить существующее право. Исторически именно понятие «справедливости» или «справедливого» использовалось как краеугольный камень в развитии этой теории. Философы эпохи модерна предоставили привилегии таким философским понятиям, как «разум», «воля», «автономия», «общественный договор» и многим другим, но именно парадигма прав субъекта используется как современное идеальное мерило. Более того, последняя ремарка выводит нас к вопросу о существовании идеалистического характера современного общественного порядка, построенного на пьедестале подлежащего завершению «идеала».

Во-вторых, мы можем исследовать обращение к принципу «должного» в праве, но более современным способом: например, в различных направлениях, известных как «правовой критицизм». Это направление не занимается непосредственным вопросом развития «идеала права», но скорее вопросом более специфического и философского рассмотрения существования идеала права. Это «надлежащее-идеал» никогда не является полностью раскрытым в философии права, но его можно найти в решениях и методах, которые считаются правильными — более рациональными, более справедливыми, более равными, более демократичными и тому

⁹ *Renaut A., Sosoie L. Philosophie du droit. Paris, 1991.*

подобное. Кроме того, мы можем наблюдать, как правовой критицизм делает нормативные оценки имеющими смысл: например, движение правового феминизма и частично течения, выступающие частью «движения критических правовых исследований». Теории естественного права и правового критицизма дополняют друг друга в некоторых аспектах. Обе характеризуются своим стремлением мобилизовать «должное» в праве, когда дело касается фактического или контекстуального анализа права.

Вопрос «должного-в-праве» часто относят к размышлениям о праве как об институте. Поэтому это — вопрос, который тесно связан со знанием природы «хорошего института», созданного политической и социальной философией. На сегодняшний день длительные дебаты ведутся по поводу оправданности наших институтов с точки зрения понимания «справедливости», «справедливого» и «блага». Представители коммунитаризма М. Сандел и Ч. Тейлор выступают в защиту оправдания в соответствии с пониманием «блага», в то время как либеральный мыслитель Дж. Ролз настаивает на оправдании в соответствии с пониманием «справедливости». Возможно, наиболее перспективное направление действий будет заключаться в выборе лучшей из двух позиций, как это, например, удачно делает коммуникативная теория Ю. Хабермаса.

Вопрос этики и права

Если нас и в дальнейшем интересует философская рефлексия права, то, как представляется, она находится в сфере этики. Этот вопрос, в конце концов, является вопросом о понимании права с точки зрения того, что мы должны делать и с точки зрения тех действий, которые мы должны совершать. Последователи юридического позитивизма не являются полностью неправыми в том, что ассоциируют этот вопрос с рефлексиями о «должном» в праве; эта ассоциация воплощается или в отвержении любого этического рассуждения (Г. Кельзен), или в подтверждении некоторых минимальных этических правил (Г. Харт). В нашем случае мы рассматриваем этику в «праве» как устойчивую философскую форму «должного», которая исходит извне. Таким образом, этика охватывает вопросы о праве как производном от его пред-установленной правильности.

Со времен Сократа неизменным в философии права остается подчеркивание основного вопроса: что делать? Таким образом, этот вопрос возникает из перспективы, которая подчеркивает особое значение как правовых акторов, так и системы нормативных

актов. На самом деле, мы рассматриваем этику как предусматривающую рациональное оправдание нашего индивидуального или коллективного выбора. Как субъекты права, мы постоянно должны обосновывать наши действия рациональным способом и объяснять результаты нашего поведения. Итак, основная проблема заключается в проведении различия между правом и этикой. Что касается этого различия между правом и этикой, то концепция, согласно которой этика относится к сознанию или к внутреннему миру субъекта, а право ассоциируется с социальными действиями или внешним поведением субъекта, в течение длительного времени рассматривалась как традиционное измерение. Этот вид объяснения все чаще ставится под сомнение и от него отказываются в пользу других. В частности, вспомним системы, разработанные Г. Хартом и Ю. Хабермасом.

Философско-правовая дискуссия вообще имеет склонность актуализировать этику в праве. Тот, кто осуществляет обзор современной философии права, может быть удивлен существующим антагонизмом между стремящимися установить фундирующий дискурс в отношении правовых стандартов, и теми, кто полностью противостоит ему. С одной стороны, мы наблюдаем, как наследие эпохи Просвещения включается в различные философские проекты для того, чтобы обеспечить абсолютную основу для правовых стандартов. Речь идет, главным образом, о различных формах правового кантианства. С другой стороны, мы замечаем безосновательный дискурс в отношении стандартов. Этот дискурс легко приспособливает для своих нужд коммуникативную философию Ю. Хабермаса, о которой говорилось ранее¹⁰.

На самом деле, существуют различные философские программы, которые демонстрируют схемы этических образцов социальных действий, так же как и роль справедливости, благосостояния и тому подобное. Они считаются первоочередными для права, поскольку

¹⁰ *Melkevik B.* Le modèle communicationnel en science juridique: Habermas et le droit // *Les Cahiers de Droit.* 1990. Vol 31. No 3. P. 901–915; *Melkevik B.* Transformation du droit: le point de vue du modèle communicationnel // *Les Cahiers de Droit.* 1992. Vol 33. No 1. P. 115–139 (перездано: Jean-Guy Belley and Pierre Issalys (eds.) *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit.* Québec, 1993. P. 111–135); *Melkevik B.* Habermas et l'État du droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain, dans Boulad-Ayoub J., Robert P., Melkevik B. (eds.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques.* Québec, 1996. P. 371–387. Перездано: *Melkevik B.* *Horizons de la philosophie du droit.* Québec, 1998 (2004). P. 93–150.

предоставляют нам возможность воспринимать различные культурные горизонты права, которые могут быть во многих отношениях достаточно отличными от наших.

Сферы права и этики часто являются предметом бесчисленных дискуссий. Этические проблемы, с которыми сталкивается человечество, часто оказывают прямое влияние на правовую сферу. Мы можем подумать о биоэтике, аборте, подстрекательстве суицида, экологии и т.д.

Вывод

Современная философия права подтверждает давний интерес к понятию права. Ключевые труды — Г. Кельзена («Чистая теория права»), Г. Харта («Понятие права») и Р. Дворкина («О правах все-рьез») — делают все для того, чтобы поднять снова и снова проблемы, касающиеся понятия права, пытаясь дать на них четкие ответы. Однако, если проследить определенные тенденции, можно утверждать, что сценарий современности добавляет большее значение нормативной мысли в отношении других дисциплин, таких как социальные, политические или антропологические науки. По нашему мнению, тот факт, что результаты философских рассуждений о праве подвергаются проверке и, следовательно, являются значимыми, служит знаком жизненности этой сферы рефлексии.

Мы уже говорили, что философия права остается достаточно открытой сферой, которая предлагает много возможностей и касается как сегодняшней, так и будущей правовой культуры современного общества. Теперь проясним диапазон понятия права, определенный современной (модернистской) философией права. Этот философский проект адресуется правовой культуре; он существует в обществе, превратившем современное право в горизонт собственного выбора и действия. На самом деле, искомой целью является обновить и обогатить эту культуру. Мы можем сказать, перефразируя Ю. Хабермаса, что философия права преследует цель «определения и предохранения мест», которые являются потенциально охваченными правовыми практиками и теориями этой культуры, незавершенным современным правовым проектом.

В завершение, мы должны также подчеркнуть политические аспекты философии права.

Итак, сначала сделаем акцент на чувстве ответственности, которое требуется от любого лица, имеющего дело с философией права. Философия права демонстрирует нам расширение и обогащение

правовой культуры. Ее значение, как и ее роль, заключается в открытии новых горизонтов для нашей культуры. Поскольку философия права должна обращаться к правовой культуре, она по сути своей связана со сферой общественной жизни и жизнью человека. Поэтому каждый философ права должен оценивать этические импликации, возникающие в его или в ее работе; выбор и варианты неизбежны.

Философ права несет ответственность перед обществом. Он должен выслушать общество и каждого индивида. Несправедливость, унижение, остракизм, среди прочих, всегда присутствуют в современном обществе; в глобальном масштабе все это кажется достаточно ужасным. Заниматься философией права — значит посвятить себя праву, урегулированию наших споров средствами современного демократического права.

В этом смысле философия права характеризуется в большей степени горизонтом и возможностями, которые открываются нам, чем своим славным прошлым.

Пашуканис: марксистская интерпретация Мориса Ориу*

С первого взгляда кажется, что между советским юристом Е.Б. Пашуканисом (1891–1937) и деканом юридического факультета в г. Тулузе Морисом Ориу (1856–1929) нет ничего общего. Пашуканис был марксистским теоретиком права, известным своей приверженностью революции и защитой теории отмирания права. Это, кажется, полная противоположность Ориу, консервативного мыслителя христианского и платонического толка, озабоченного проблемой прекращения всякого революционного движения в пользу духовного примирения индивида и общества для достижения социального мира, приводящего как к моральному, так и материальному прогрессу человечества. Но помимо этого глубинного расхождения между двумя юристами, нам хотелось бы также осветить тот факт, что сам Пашуканис предлагает благосклонную теоретическую интерпретацию Ориу. Таким образом, интерпретация Пашуканисом Ориу формируется в открытом диалоге о значении права и его основах, однако с полным сохранением собственной марксистской точки зрения. Мы предлагаем, таким образом, выявить ту особую роль, которую смогла сыграть теория Ориу в главном произведении Пашуканиса «Общая теория права и марксизм» 1924 г., учитывая, что последний не заимствует выводы своего предшественника.

Действительно, любой читатель работы «Общая теория права и марксизм» не может не удивляться тем подлинным восхищением, которое выказывает Ориу Пашуканис. Хотя его собственный

* Перевод с французского А.Н. Остроух.

Впервые опубликовано: Pasukanis: une lecture marxiste de Maurice Hauriou // *Revue d'histoire des facultés de droit et de sciences juridiques*. 1989. № 8. P. 295–301.

Впервые на русском: Пашуканис: марксистская интерпретация Мориса Ориу // *Философия права в России: история и современность: материалы третьих философ.-правовых чтений памяти акад. В.С. Нерсесянца* / отв. ред. В.Г. Графский. М., 2009. С. 273–279.

литературный стиль — это заклеить вообще все теоретические концепции о праве, включая концепции Энгельса и Ленина, однако Ориу получает исключительное обращение, поскольку он характеризуется как «один из проницательнейших...юристов»¹. Данное мнение Пашуканиса находит дальнейшее развитие в русском издании главного произведения Ориу «Основы публичного права», опубликованном в то время, когда охота на ведьм «буржуазных теорий» была уже открыта. Помимо этого стратегического использования Пашуканисом теории Ориу в противостоянии влиятельному течению «советского дюгизма», представленного именем А.Г. Гойхбарга (1883–1962), который в то время являлся заведующим отделом советского законодательства*, мы также укажем на другие признаки диалога Пашуканиса с Ориу.

Аналитическая интерпретация Ориу

Интерес к аналитической интерпретации Ориу появляется у Пашуканиса в свете той проблемы, которую он пытался решить. В первую очередь его занимало то, что Маркс никогда не развивал какой-либо теории права, а скорее развил критику общественного строя в своей критике политической экономии как анатомии гражданского общества. Следовательно, если марксистская теория может оказаться плодотворной в понимании права, то это зависит от возможности осмыслить право как неотъемлемую часть общественного строя. Исходя из этого факта, Пашуканис отвергает марксистскую теорию, введённую в оборот Энгельсом, согласно которому, право идеологично, поскольку он стремится аналитически поставить вопрос о социальной объективности права. Именно сюда и вторгается теория Ориу с триединым постулатом о «правовых противовесах», а именно о том, что правовой порядок характеризуется своей социальной укоренённостью в интересе, в правомочии и в функции.

Рассмотрим вначале первый постулат «правовых противовесов» Ориу, который состоит в высказывании о том, что «нет права

¹ Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм // Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 115.

* В данной цитате автор статьи, по всей видимости, сознательно упускает термин «буржуазный», который имеется в тексте Пашуканиса (дословно «один из проницательнейших буржуазных юристов», что несколько меняет смысл цитаты.

* Строго говоря, к моменту публикации русского издания «Основ публичного права» М. Ориу А.Г. Гойхбарг уже не работал заведующим Отделом кодификации и законодательных предположений Наркомюста — *Примеч. пер.*

без интереса»². Пашуканис воспроизводит эту точку зрения следующим образом: «...право, так же как и обмен, есть способ общения разъединённых социальных элементов. Степень этого разъединения исторически может быть большей или меньшей, но она никогда не равняется нулю»³. Понимая, таким образом, интерес как то, что позволяет определить объективность права, Пашуканис изменяет, однако, тот первоначальный смысл, который имел интерес для Ориу. Действительно, для последнего интерес является конкретной принадлежностью человека, тогда как для Пашуканиса — это абстрактная возможность для человека, который воплощает интерес, могущий сообщить праву объективность. Там, где Ориу конкретно и позитивно представляет интерес как самореализацию частных лиц, Пашуканис превращает этот интерес (как абстрактную сферу) скорее в средство для самовыражения общества. Средство, позволяющее объективности права проявиться вовне. Таким образом, когда Пашуканис утверждает, что право есть средство общения, он превращает право, как и язык, в социальную объективность, которая осуществляет особое опосредование в социальной действительности.

Второй постулат Ориу заключается в том, что «нет права...без правомочия принимать решения». Пашуканис воспроизводит этот постулат: «Даже в пределах «благоустроенного» буржуазного государства осуществление права производится, по мнению такого пронципального юриста, как Ориу, каждым гражданином «на свой страх и риск». Ещё более резко выразился Маркс: «...и кулачное право есть право»⁴. Но хотя правомочие принимать решения «на свой страх и риск» представляет собой у Ориу принцип коммуникативной справедливости, Пашуканис переформулирует его, увязывая с теорией Маркса, и эта новая формулировка содержит ещё одно уточнение, отсутствующее у Ориу. Действительно, принцип правомочия принимать решения у Ориу — это вопрос, индивидуальной свободы. Индивидуальной свободы как юридического правомочия. Эта свобода зависит от взаимного уважения индивидов, поскольку Ориу из самой личности выводит потенциальную свободу челове-

² М. Hauriou. *Principes de droit public*, Larose et Tenin, 1re éd., 1910, p. 32 ss.

³ Пашуканис Е.Б. Указ соч. С. 128

⁴ Пашуканис Е.Б. Указ соч. С. 128. Пашуканис не даёт ссылку, цитируя Ориу. См.: Hauriou, *op. cit.*, p. 34. См. также MARX (1857), *Oeuvres*, t. 1er, Économie, éd. Rubel, Gallimard, 1977, p. 241.

ства. В духе философии просвещения, Ориу определяет случайного человека через его индивидуальность, и делает из действительности царство свободы, из чего следует концептуализация коммуникативной справедливости как справедливости идеальной. Таким образом, уточнение, сделанное Пашуканисом, опровергает эту схему. Так, именно реальность, (материальность) является случайной, в то время как свобода является социальным качеством, воплощающим коммуникативную справедливость. Другими словами, коммуникативная справедливость в силу социального статуса действующих лиц принадлежит к миру социальной случайности. Абстрактная возможность коммуникативной справедливости является правом, то есть свободой, неотъемлемо присущей гражданскому обществу. Когда Пашуканис говорит, что права «одеваются в плоть и кровь двух спорящих сторон с vindиктой в руках отстаивающих «свое право»⁵, речь идёт о социальной свободе, утверждающей коммуникативную справедливость. Следовательно, коммуникативная справедливость рассматривается Паушканисом не как идеал (как это делает Ориу), а как область коммуникативного равновесия, зависящего от случайностей социальной действительности.

Что касается третьего постулата Ориу, согласно которому правовой порядок может существовать только, если выполнена социальная функция⁶, то Пашуканис воспринимает этот постулат следующим образом: «Ориу...справедливо выдвигает на первый план взаимность, как наиболее эффективную гарантию собственности и притом осуществляемую с наименьшей долей внешнего насилия. Эта взаимность, обеспечиваемая законами рынка, придаёт собственности характер «вечного» института»⁷. Понятие взаимности является здесь признаком социальной функции правового порядка: именно эта взаимность составляет правовой смысл правопорядка как части социального порядка. Однако здесь Пашуканис как раз таки опровергает рассуждения Ориу, поскольку у последнего это скорее функция права как «института» наполняет правопорядок (также как и социальный порядок) смыслом. Согласно Пашуканису, Ориу ошибался, смешивая социальную функцию с функцией права, используя идеалистическую конструкцию — институт. Если

⁵ Пашуканис Е.Б. Указ. соч. С. 72.

⁶ Nauriou, *op. cit.*, p. 35.

⁷ Пашуканис Е.Б. Указ соч. С. 115. Пашуканис не даёт ссылку, однако см.: Nauriou, *op. cit.*, pp. 286–289.

социальная функция правопорядка означает взаимность, было бы нелогично, исходя из этих посылок, утверждать, что взаимность является также и критерием правовой деятельности. Для Пашуканиса, этот скорее правовой смысл правопорядка, рассматриваемого исходя из социального порядка. Поскольку Пашуканис противопоставляет «законы рынка» теории «институтов» Ориу, речь на самом деле идёт об отказе от глобальной концепции общества, которая превращает это общество в *agamen* (группу идущих людей), в пользу понимания общества как совокупности общественных отношений. Эта совокупность общественных отношений формируется в отношениях социального общения, и именно это социальное общение, абстрактным элементом социальной реальности которого является право, и носит характер «вечного института», как сказал Пашуканис, перефразируя Ориу.

Следствием такой аналитической интерпретации является то, что Пашуканис настойчиво отстаивает своё видение правопорядка в духе той концепции, которую Маркс разработал применительно к социальному порядку. Пашуканис, таким образом, не разделяет онтологическую концепцию Ориу, а следует критическим гносеологическим установкам Маркса. Угол зрения Пашуканиса состоит в теоретизации права в ходе исследования различных сторон реальности и рациональности. Определяя право как нечто относящееся соответственно к социальному общению, к коммуникативному самовыражению и к коммуникативному аспекту общества, Пашуканис пытается сформулировать такое представление о реальности, которое позволит рационально трактовать право и стремится выделить такое понимание рациональности, которое позволит анализировать и понимать действительность.

Критическая интерпретация Ориу

Один из учеников Ориу заметил Пашуканису, что не узнаёт уже своего учителя в этой аналитической интерпретации. Куда же делись философская поэтичность и космическая духовность, которые так характерны для Ориу? Ясно, что Пашуканис упустил большую часть духа произведений Ориу, и теперь нам надо проанализировать причины такого выбора. Мы сведём этот анализ к двум основным проблемам проявления права в обществе и проявления общества в праве.

По вопросу о проявлении права, можно подчеркнуть, что критика Ориу, высказанная Пашуканисом, неотъемлемо связана с его по-

ниманием правопорядка. Мы отметили, что для него правопорядок создаётся только во взаимосвязи с функцией субъекта права, тогда как для Ориу, право относится к индивиду, конкретному человеку. Чтобы понять во всей полноте причину этого превращения индивида в субъект права, нам нужно глубже уяснить концепцию Ориу, в которой индивид становится основой для права. Эта концепция основана на признании дуализма между индивидом и обществом. Таким образом, индивид может существовать независимо от общества, а общество следовать своему курсу независимо от индивида. Отсюда для Ориу вытекает необходимость привести в соответствие «духовного» порядка эти две характеристики. Критерием правопорядка, таким образом, является индивид как связующее звено со сферой объективного морального блага понимаемого как Дух или христианский Бог.

Замена индивида субъектом права, осуществлённая Пашуканисом, имеет двойное значение. Прежде всего, он отвергает всякий дуализм между индивидом и обществом, поскольку Пашуканис рассматривает человека как *zoon politikon*, по выражению Аристотеля. Пашуканис, таким образом, стремится объяснить множественность социальных ситуаций таким образом, что статус субъекта права позволяет отграничить право от других социальных ситуаций. Именно в этом смысле Пашуканис устанавливает дуализм между индивидом вообще как *zoon politikon* и индивидом в частности, который проявляет себя в качестве субъекта права. Понимание права как средства общения превращает индивида в критерий, на основе которого можно провести отличие между правом как особым видом общения и социальным общением, которое относится к сфере социальности индивида.

Кроме того, Пашуканис критикует сами основы правопонимания Ориу. Поскольку Ориу, делая индивида основой права, помещает существование права в сферу конкретного. Таким образом, Пашуканис, проводя различие между индивидом и субъектом права, в свою очередь, помещает объяснение права в сферу абстрактного. Действительно, существование субъекта права является лишь абстрактным прикрытием его правового положения в обществе, из чего следует, что само право является не более чем особой социальной абстракцией. Таким образом, если Ориу ограничивает своё исследование природой человека, то Пашуканис, в свою очередь, в своём изучении первооснов права исходит из способности общества осуществлять абстрактное самовыражения в ходе социе-

тального общения. Пашуканис критикует Ориу за его блуждания в тумане этичности индивида, вместо того чтобы обратиться к исследованию абстрактной возможности существования юридичности в обществе.

Если теперь мы обратимся к вопросу о проявлении общества в праве, то отправной точкой для Пашуканиса является идея о том, что всякая персонификация общества (индивидуалистическая или коллективистская) является теоретическим тупиком. Ориу, разделяя человека и общество, может только передать совокупность «естественных прав», то есть правопорядок, уполномоченному, обязанному персонифицировать этот порядок, то есть государству. Ориу, таким образом, делает из человечества моральную личность, духовную потенцию, представляющую право как свою собственную сущность. Подчеркнём также, что хотя основания права понимаются индивидуалистически, однако правовая концепция является коллективистской, воплощённой в государстве.

То, что теория Ориу является завуалированной версией теории общественного договора, не подлежит сомнению. Пашуканис критикует Ориу в особенности по вопросу о суверенитете, который может быть как присущ самому праву, так и быть внешним по отношению к нему. В свою очередь, Пашуканис отстаивает точку зрения, которая состоит в том, что все теории персонификации права (индивидуалистические или коллективистские) являются лишь политической легитимацией политической победы буржуазии и несколько не углубляют понимание собственно права. Пашуканис отвергает как иррациональные теории суверенитета, которые посредством признания государства естественным явлением (Боден, Альтузий, Гроций и Гоббс), посредством общественного договора (Локк, Пуфендорф, Вольф и Руссо), или посредством Разума (морального у Канта, исторического у Гегеля) превращают государство в личность, наделяя его правами и обязанностями. Поскольку если право является лишь содержанием (материей) личности государства, то это право не может не зависеть от определения, даваемого этой личности, само становясь, таким образом, нерациональным. Если бы право исходило от этой воображаемой личности, оно являлось бы лишь требованием (также воображаемым, если не сказать метафизическим) соответствия между индивидами и государством.

Подчеркнём, что концепция коммуникативного права Пашуканиса приводит к единственно возможному пути — юридическому

процессуализму. Действительно, для Пашуканиса, только субъекты права могут вступать в отношения суверенитета в праве, и следовательно, всякое самовыражение общества и государства должно осуществляться абстрактно под маской субъектов права. Только в ходе общения субъектов, право становится суверенной рациональностью, могущей удовлетворять потребности общества.

Таким образом, критикуя Ориу, Пашуканис признаёт за первым попытку преодолеть обезличенное понимание социального характера права, которая не удалась в силу своего идеализма. Интерпретация Пашуканисом Ориу предусматривает и развивает возможность реалистического подхода к теории права, что направлено против самого Ориу. Пашуканис, исследуя объективное исторически конкретное существование права, приходит к преобразованию марксизма в практическую философию, то есть в этику, которая теоретически устанавливает границы рациональной практики в области права.

Философия права в потоке современности*

Писать о философии права сегодня уже не означает, как прежде, рассыпать с *maestria*¹ великие имена или *стильно* воскресать в памяти все кажущиеся симпатичными концепции, которые в спешке и надежде на чудо используются для характеристики права. Тем более не может быть и речи о том, чтобы считать себя олицетворением науки и проповедовать хорошо состряпанную благую весть направо и налево или просто желающим ее услышать. Но, даже не говоря о таких хромающих концепциях, отметим применительно к интересующему нас вопросу, что горизонт нашей юридической современности отчетливо находится в «аргументативной» плоскости. Речь идет об аргументации, в которой совмещены (в духе взаимодействия и взаимозависимости) судебный и публичный секторы как два склона одной и той же горы. Следствием является то, что философия права сама стала «аргументативной» и начинает осуществлять этот современный проект во всех закоулках права. Во имя реализма нам нужно, со знанием дела, признать за философией права более специфическую роль и рассматривать ее впредь как предназначенную лишь для юридической современности, всегда незавершенной, и как науку, играющую свою роль в условиях напряжения, заставляющего современность колебаться между постоянно конструируемыми, реконструируемыми и деконструируемыми полюсами «легитимности» и «легальности». Для того чтобы писать и думать о философии права, от нас требуется сегодня (насколько наши утверждения справедливы) некая отстраненность, освобождающая нас от догматизма, который

* Перевод с французского М.В. Антонов, А.Н. Остроух.

Впервые опубликовано: *La philosophie du droit dans le tourbillon de la modernité // Travaux et jours de l'Université Saint Joseph*. 2006/2007. № 78. P. 141–166.

Впервые на русском: *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 527–545.

¹ С мастерством (лат.). — Прим. пер.

до настоящего времени лежит тяжким бременем на нормальном развитии данной научной дисциплины. Поэтому цель, которую мы преследуем в нашем очерке, состоит в том, чтобы объяснить и пояснить с помощью наглядных примеров смысл такой «освобождающей отчужденности» в юридической современности².

Всегда нужно искать суть вопроса, и поэтому здесь для нас не имеет большого значения явно перехваленное «содержание» того, что сегодня пишут под именем философии права. Суть нашей статьи (так, как мы эту суть понимаем) можно изложить в четырех тезисах, которые в своей взаимосвязи критикуют догматизм современной философии права и указывают (и в этом наша цель) необходимые пути интеллектуального раскрепощения. Так, мы хотим освободить философию права, во-первых, от неблагодарной роли «сторожевого пса» доктринального творчества юристов, во-вторых, от вредной этатистской идеологии и, в-третьих, от любых форм реификации права, которые угрожают автономии и роли индивидов, и, в конце концов, от любых «фундирующих»³ дискурсов по вопросам права. Выражаясь образным языком, можно сказать, что именно в процессе самопознания философия права способна с уверенностью вписаться в горизонт юридической современности.

1. Освободиться от задачи диктовать правила доктринального творчества

Нашим первым тезисом является утверждение о том, что необходимо освободить философию права от какой бы то ни было роли «сторожевого пса» по отношению к доктринальному юридическому

² О значении термина «юридическая современность» см. мои предшествующие работы: *Melkevik B.* 1) *Considérations juridico-philosophiques.* Québec, 2005; 2) *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit.* Québec, 2002; 3) *Réflexions sur la philosophie du droit.* Paris; Québec, 2002; 4) *Horizons de la philosophie du droit.* Paris; Québec, 1998 (coll. Diké, 2004). — См. также подборку на арабском языке текстов из двух последних книг в: «نون اولاً ففسلف يف صوصن» [Тексты философии права]. Beyrouth, 2005.

³ Данное прилагательное является неологизмом, который соотносится с одним или несколькими «фундирующими дискурсами» (о праве, нормах, институтах). Хотя и необязательный, дискурс о базисе «права» (или о том, что, как предполагается, представляет или замещает право) зачастую служит для того, чтобы связать право моральными, этическими, деонтологическими, политическими, социальными, религиозными и иными узами. Лежащая в основе этой идеологии идея сводится к «фундированию» (часто называемому «разумным» или «истинным») права в рамках концепции «право-идеи», предпочитаемой тем или иным автором, или же просто к общему руслу идей или «научному» направлению.

творчеству. Хотя для многих современных теоретиков роль философии права сводится к тому, чтобы работать, служить наподобие «сторожевого пса», наш собственный ответ на это предположение может быть только безусловно отрицательным.

Мысль о подобном Цербере, который сторожит, контролирует и определяет доктринальное творчество, догматику или даже «теорию» права, не представляет интереса. Еще хуже то, что в данном случае речь идет вовсе не о стремлении к научной «строгости», а о торжестве «позитивизма» над разнообразными естественно-правовыми концепциями и о разделе территории науки, произошедшем в XX в. Следует с полным основанием отказаться от наследия этой порочной связи между сторонниками естественного права и юридического позитивизма, поскольку из него ошибочно выводится такая роль философии права по отношению к доктринальному творчеству.

Применительно к этому течению можно назвать множество великих имен, но нужно признать, что в философско-правовой концепции датчанина Альфа Росса оно выражено лучше всего⁴. В понимании Росса, философия права доминирует над доктриной, так же как эта последняя, в свою очередь, господствует над столь банальной юридической практикой. Фактически Альф Росс разрабатывает иерархию задач, которую выражает так: «Предметом философии права является не право и не какая-либо его часть или аспект, а изучение права. Буквально говоря, философия права расположена этажом выше, откуда она взирает на свой объект»⁵.

Следовательно, философия права никогда не имеет дела ни с правом, ни с практикой его применения (работой адвокатов, нотариусов, прокуроров, судей, третейских судей и т.п.). По Россу, философия права занимается доктринальным творчеством, заботясь при этом, чтобы доктрина не удалялась от «научных» параметров, существующих в представлении философов права. Поэтому данная научная дисциплина последняя вершит свой священный ритуал поверх голов бедных университетских исследователей, которые работают лишь над доктриной. Хотя философия права имеет целью только удостовериться в том, что они пишут ее правильно и в согласии с

⁴ Ross A. On Law and Justice. London, 1958. — См. также подборку текстов Росса под довольно любопытным (если не сказать удивительным!) заголовком «*Introduction à l'empirisme juridique: Textes théoriques*» (Paris, 2004).

⁵ Ross A. On Law and Justice. P. 25.

теми предписаниями, которые она для них устанавливает. Философия права не имеет иной задачи (опять-таки, по мнению Альфа Росса), кроме как предоставить или «разработать» инструментарий, теории или просто «науку» (и технику), которые будут служить для написания доктрины. Поэтому философия права может (хотя и ошибочно, по нашему мнению) претендовать на то, чтобы быть гарантией «научности». Росс утверждает:

«Следовательно, философия права не имеет какого-либо особого предмета, соотносящегося с предметом “науки о праве” (правоведения) в его различных проявлениях и отличающегося от этого предмета. Отношения между философией права и правоведением в этом смысле подобны зеркалу, повернутому в сторону логического аппарата правоведения (особенно его концептуального аппарата) с целью превратить правоведение в более тщательный логический анализ, чем тот который предоставляют различные специализированные исследования самого права. Философ права... продолжает исследование тех предпосылок, которые считаются юристами самоочевидными. Он находит предпочтительными те или иные базовые концепции, которые сами по себе общезначимы, как, например, концепция “действительного” права. Такая концепция не является поэтому особым делом того или иного специалиста из множества тех, кто трудится в бескрайнем поле права»⁶.

Из этого воззрения следует, что философия права должна давать правовой доктрине концепции, «нормы», «правила», «принципы» — так же как скобяная лавка предоставляет нам необходимые инструменты. В смелом воображении последователя Росса начинается «вальс» понятий, которые встают со своих мест, составляют пары и, в соответствии с установленными философией права ладом и тональностью, движутся в ритм с доктринальным творчеством. А поскольку партитура не закончена, философии права, по Россу, остается задача подправлять старые концепции, переделывать их в новые или же привносить новое содержание в уже существующие концепции. Это подразумевает не только то, что доктрина не способна выполнить такую работу в одиночку (т.е. без философской опоры), но и в особенности то, что приписываемая философии права роль «сторожевого пса» ограничилась бы (вспомним об этом еще раз) обеспечением «научной» правильности.

⁶ Ibid.

А сейчас представим, что в зале «Амбир» для венского вальса (в стиле «An der schönen blauen Donau»⁷) философ права выступит на подиуме в роли дирижера, держа в руках «доктринальную» палочку и показывая ею, в какой ритм тому или иному из понятий, «обоснований», «систем» нужно плавно перейти. Украсим сцену, добавим впервые танцующих девушек (в стиле «длительной стратегии», «честного предприятия» и т.п.), которые с горящими щеками танцуют с кадровыми офицерами (в стиле «ответственности», «собственности», «публичного порядка»). В этой грезде становятся явными все ошибки «вальса» (читай, доктрины), которые, благодаря снисходительности философии права, могут быть легко исправлены. Здесь нетрудно предположить, что такая роль Цербера покажется привлекательной и что, в принципе, любой автор доктрины захочет побыть немного философом права. Так же как Журден, который хотел говорить «прозой» и который открыл, что он этим и занимался всю свою жизнь⁸.

Итак, что же прячется за этим «вальсом понятий», окрещенным именем философии права, и за этой ролью сторожа, которая ей приписана и которая ее обосновывает, как не чувство приниженности, которое сдает души юристов, сравнивающих себя с научными работниками? Другими словами, симптом желания, которое преследует юристов и толкает их на то, чтобы также заниматься «наукой». Нам кажется, что, возлагая на себя «благородную задачу» удовлетворить это стремление к научности, философия права всего лишь нелогично сводит проблему создания правовой доктрины к экзогенной логике, если не к оправдывающему упрощению. Если ограничиться только Россом, то тот никогда не отдавал себе отчет в том, что использование защищаемых им аксиоматических или номотетических принципов не приводит к созданию науки о праве. Неизбежным результатом будет лишь догматическая (или доктринальная) перегруженность и хроническая слепота в том, что касается осмысления вопроса о праве в демократическом обществе.

⁷ «Голубой Дунай» — одно из наиболее известных музыкальных произведений Иоганна Штрауса младшего (1825–1899), короля вальса, которое было написано в 1867 г.

⁸ См. Жан-Батист Мольер «Мещанин во дворянстве». Действие 2, явление 6: «Г-н Журден. Что? Когда я говорю: “Николь, принеси мне туфли и ночной колпак”, это проза?

Учитель философии. Да, сударь.

Г-н Журден. Честное слово, я и не подозревал, что вот уже более сорока лет говорю прозой. Большое вам спасибо, что сказали».

Напротив, отметим, что задачей философии права не является поиск ответов на вопросы «действительного права», «науки», «техники», «понятия» — вопросы, которые преследуют юридическую доктрину. Эта последняя попросту не имеет единого волшебного ответа на эти вопросы, а «доктринерам» нужно стать взрослыми — иными словами, самим разрешать собственные проблемы и, может быть, даже понять, что эти проблемы являются именно плодами их незнания, досадным следствием блужданий в дебрях доктринальной или «научной» перегруженности. В конце концов, выход из догматической спячки не является худшим исходом. Особенно если это помогает понять, что юридическая доктрина не может более претендовать на то, чтобы «формулировать право». Если мы хоть в чем-то правы, то не следует ли к этому добавить, что философии права следует заниматься не легитимацией «научного» самозванства, а, скорее, его критикой, разоблачением и развитием альтернатив? И при этом никогда не нужно отказываться от рассмотрения вопроса о праве как о феномене, интеллектуально неразрывно связанном с практикой и самоопределением индивидов в рамках концепции юридической современности.

2. Философия права должна освободиться от плена этатизма

Философия права до сих пор неспособна рассматривать вопрос о праве, не затрагивая при этом, прямо или косвенно, понятие государства. Вездесущая неспособность рассматривать «право» вне государства, без опоры на идеологический «костыль» этатистской идеологии, затрудняет развитие философии права и понимание растущей сложности вопроса о праве в юридической современности и даже препятствует им. С этой точки зрения получает объяснение наш второй тезис о том, что философия права должна обязательно избавиться от всякой одержимости этатизмом.

Прежде всего, мы настаиваем на том, что «этатизация» юридической мысли имеет многочисленные и сложные причины. Здесь мы можем лишь слегка задержаться на нескольких основных моментах такой идеологической «этатизации». Вкратце вспомним о том, что хотя бы в историческом плане завладение термином «право» в Средневековье было осуществлено Священной Римской империей германской нации⁹. Равно как и включение этого термина в пу-

⁹ *Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation* (нем.); *Sacrum Romanorum Imperium*

блично-правовую номенклатуру¹⁰. Вспомним также, что сегодня мы не сможем правильно понять смысл юридического и политического абсолютизма XVI–XIX вв., если не осознаем того, насколько ключевым моментом этой идеологии стала этатизация термина «право». Далее, нужно учитывать, что такая этатизация характеризует зарождение и развитие национальных государств с XVI в. по настоящее время. Отсюда, кстати, и актуальная проблема, всегда сопровождающая «политическое программирование», осуществляемое государством, одновременно безо всяких различий и за «закон», и за «право» (исходящее от государства).

Ограничимся все же историей философии права. Разве не значим в этом плане тот факт, что такие философы, как Гоббс, Гроций, Локк, Пуфендорф, Вольф, Кант и Гегель и др. оказались неспособны признать автономность проблемы права? И даже то, что упомянутые философы прилагали все усилия, чтобы уничтожить подобную автономию в интересах государства? Хотя названные знаменитые мыслители по-разному рассматривали вопрос о праве, применяя при этом различные формы (или системы) философии и антропологии, все это лишь для того, чтобы передать (как в прямом, так и в переносном смысле) вопрос о праве в руки государства. В результате данный вопрос стал одним из придатков государства и даже рассматривается в метафизическом смысле как пусковой механизм действий и существования самого государства. Короче, теперь уже

Nationis Germanicae (лат.). Объединяющая все земли Западной и Центральной Европы, эта Империя была формально образована 2 февраля 962 г. с коронацией императора Оттона, и по (преимущественно французской) традиции считается, что Империя прекратила свое существование в 1806 г., после ее роспуска Наполеоном (*Gross H.* 1) *The Holy Roman Empire in Modern Times: Constitutional Reality and Legal Theory* // James A. Vann, Steven W. Rowan (dir.). *The Old Reich. Essays on German Political Institutions 1495–1806.* Bruxelles, 1974. P. 1–29; 2) *Empire and Sovereignty. A History of the Public Law Literature in the Holy Roman Empire, 1599–1804.* Chicago; London, 1975). При этом отметим, что юридически (или конституционно) Империя продолжает существовать в постоянных судебных ссылках, которые делаются Конституционным судом Германии (сейчас находящимся в Карлсруэ). Не стоит упоминать о том, что такое «существование» имеет целью лишь обеспечить нормативную когерентность. Делаемые Конституционным судом ссылки на Империю регулярно провоцируют в Германии ссоры между «правыми» и «левыми» в вопросах права и других вопросах.

¹⁰ «В эту эпоху право показало тенденцию к национализации... Имитируя римское право, право стало конструкцией, которую стараются сделать рациональной. Право становится инструментом волюнтаристской политики. Оно становится способом классификации и разделения (как проблем, так и групп)» (*Ellul J.* *Histoire des institutions.* T. 3. *Le Moyen Âge.* Paris, 1999. P. 345).

существует, собственно говоря, не вопрос о праве, а непризнанный эссенциализм государства, сопряженный с верой в «этатистское право».

Уточним эти утверждения, обратившись (в первоочередном порядке) к знаменитому австрийскому теоретику (и философу) права Гансу Кельзену¹¹. Несмотря на уважение и восхищение, которое мы испытываем по отношению к его работам¹², несомненно, что он символизирует в наших глазах идеологию «этатистского права». Оставляя верными цели нашего исследования, начнем с признания того, что если понятие права тем или иным способом ассоциируется с понятием (и реальностью) Власти, то только потому, что здесь речь идет о наследии, оставленном нам эпохой юридического и политического абсолютизма, о которой мы говорили выше. При таких условиях не стоит удивляться тому, что непосредственным занятием юриста является приручение власти для гарантирования того, что власть осуществляется и развивается в разумных или, еще лучше, в правовых пределах. Иными словами, юрист пытается ввести тезис о необходимости властной монополии (и поэтому необходимости насилия)¹³. Он постарается поместить этот тезис под знак гипотетического симбиоза в понимании государства и в понимании права. Этот новый симбиоз ставит себе задачей охарактеризовать государство как особую концептуальную форму осуществления права — форму, которая оказывается не чем иным, как субстанциализированной моралью под видом уважения к тем «обязанностям», которые считаются «фундаментальными» или даже «осно-

¹¹ О Кельзене см.: *Herrera C.M. La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction.* Québec, 2004.

¹² *Kelsen H.* 1) *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit / Traduction de Henri Thévenaz, Neuchâtel, La Baconnière. coll. Être et penser. № 37. 1^{er} éd. 1953; 2^{ème} éd. 1988;* 2) *Théorie pure du droit, traduction de Charles Eisenmann. Paris, 1962;* 3) *Théorie générale du droit et de l'État (suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique). Paris; Bruxelles, 1997.*

¹³ Вспомним знаменитое положение Макса Вебера: «Вплоть до наших дней, между государством и принуждением существует весьма близкое отношение. В прошлом самые различные политические объединения, начиная с института кровного родства, признавали физическое принуждение как совершенно нормальное средство. Сегодня, напротив, нам следует сказать, что государство является гуманным объединением, которое в рамках определенной территории ("территории", являющейся его характерным признаком), претендует на *монополию легитимного физического принуждения* и осуществляет его» (*Weber M. La profession et la vocation de politique, dans idem, Le savant et le politique. Une nouvelle Traduction / Traduit par Cathrine Colliot-Thélène. Paris, 2003. P 118.*)

вополагающими». Именно в этом аспекте Кельзен обнаружил свою гениальность: для того, чтобы устранить всякое различие между «право-идеями» и реальностью государства, он попросту смешал их. Результат этого можно легко увидеть в том успехе, которым пользовалась «Чистая теория права» Кельзена в XX в. (и, разумеется, будет пользоваться далее).

В качестве примера этиатизации «права» (или попросту того плацебо, которое занимает место права в кельзеновской теории) обратимся к более подробному рассмотрению столь соблазнительного утверждения о том, что «государство является правопорядком»¹⁴. Посмотрим на образ (можно ли сюда добавить прилагательное «метафизический?»), который предлагает нам Кельзен:

«Освобожденная от любой идеологии, метафизики или мистики теория государства может понять природу данного института только путем рассмотрения его как порядка, организующего поведение людей. Анализ показывает нам, что этот порядок организует социальное принуждение и что он должен быть тождественным правопорядку, поскольку он характеризуется теми же самыми актами принуждения. Ведь одно и то же сообщество не может основываться на двух различных порядках. Поэтому государство является правопорядком, но не всякий правопорядок является государством. Таковым правопорядок становится с того момента, как учреждает особые органы для создания и применения норм, которые этот порядок конституируют. Следовательно, необходимо, чтобы правопорядок достиг определенной степени централизации»¹⁵.

С этой точки зрения из подобной этиатистской или бюрократической «централизации» логически вытекает то, что слияние понятия «права» и реальности государства может быть полным и совершенным лишь на последней исторической стадии развития, когда современное государство эмпирически утверждается в рамках централизованной и огосударственной администрации. Впрочем, это соответствует этапу развития государства в западных странах, начиная с XIX в., особенно в Австрии и Германии, всегда бывших примером

¹⁴ Kelsen H. *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*. 2^{ème} éd. 1988. P. 169. — Речь идет о формуле, введенной Кельзеном для того, чтобы объяснить тождество права и государства.

¹⁵ Ibid. — О метафорической стороне данной цитаты см.: Moor P. *Le char de l'État navigue sur un volcan ou brève note sur les métaphores, spécialement sur celles de l'État de droit* // *Revue européenne des sciences sociales*. Т. XXXVIII. 2000. № 117. P. 93–103.

для Кельзена и кичившихся «профессионализмом» своих государственных систем. То, что эти системы в профессиональном и эмпирическом плане и были в руках юристов, с точки зрения Кельзена, может лишь свидетельствовать в пользу выдвинутого им тезиса¹⁶. Такое утверждение ограждает Кельзена (возможно, это и было его целью) от любой исторической критики, которая могла бы немало сказать о формировании государства и особенно «права», которое сопровождало государство. В этом последнем аспекте австрийское и немецкое «право» могло быть замешано в историях жестокости, угнетения и дискриминации с таким же успехом, как и в поучительных историях государственной благопристойности. Но вот здесь-то в дело и вступает типично кельзеновская логика, которая желает, чтобы государство, концептуально представляющее собой «право», магическим путем превратилось в правовое государство, и чтобы само понятие права принадлежало государству. Поэтому утверждает именно та право-идея, которая неправомерно монополизирует вопрос о праве в рамках этатизма.

Разумеется, можно было бы еще многое сказать об этатистской право-идее, о ее вариациях и перевоплощениях. Но вспомним о том, что, сколь бы соблазнительной и успокаивающей ни казалась данная концепция, всегда остаются более весомые причины для того, чтобы отказать ей в поддержке. Философии права, идущей (или ковыляющей) на костылях государства, никогда не удастся возвыситься над неадекватной стратегией, называемой стратегией «третьего навязанного понятия». Точнее говоря, над псевдологикой, которая состоит в том, чтобы растворить все вопросы о «праве» и о «правовом» (т. е. о базовых концептах) в концепции этатистской право-идеи, для того чтобы, в конце концов, перекинуть мост от «целого» к третьему магическому понятию, которое в разных вариантах может называться «нормой», «нормативным», «предписанием», «правовым предписанием», «принципом», «суверенитетом», «общественным договором», «справедливостью», «действительностью» и тому подобным. Все эти понятия объявляются способом «решения» проблемы. Подобная стратегия постепенно сводит на нет вопрос о праве или загоняет его в рамки некоей догматики (она также ошибочно обозначается как «право») и приводит к тому, что вопрос о праве

¹⁶ Отметим, что произошедшее в ходе истории «завладение» государства юристами в настоящее время уже является анахронизмом. В наши дни уже не юристы, а специалисты других специальностей характеризуют государственный аппарат западных стран.

оказывается ущербным по сравнению с тем понятием, которое находится в моде или доминирует в догматике. Отсюда мы делаем вывод о том, что данная концепция право-идеи имеет своим печальным следствием неправомерную выдачу индивида целиком, со всем его телом, костями и душой, государству.

Свободные от костылей и от чар государства, мы можем отдельно приступить к вопросу о праве. В этом плане необходимо просто возвратиться к разграничению между законом как источником права и самим правом, которое по отношению к закону является самостоятельным, отличающимся и автономным. Теперь подобная автономия позволяет нам, как юристам, признать необходимый вклад опирающегося на демократические процессы законодательства в качестве «источника права»¹⁷, и тем самым позволит размышлять над возможностью существования права в рамках современного общества во всей его многозначности, неполноте, если не сказать во всей его относительности. Протыкая «мыльный пузырь» этатизма, в котором, как в тюрьме, был заключен вопрос о праве, мы как раз восстанавливаем напряжение между «практикой» и «теорией», которое вновь становится основным предметом забот философии права. Последняя может только обогатиться и демократизироваться вследствие такого освобождения.

3. Относиться серьезно к автономии индивидов

Отнюдь не случайный выбор в пользу автономии права представляется нам конструктивным и существенным для понимания юридической современности. Держа это на заметке, мы продолжаем защиту автономии на другом уровне — уровне индивидов. Напомним, что нашим третьим тезисом является мысль о том, что философия права должна полностью уважать автономию индивидов (субъектов права) во всем том, что касается вопроса о праве. К сожалению, данное положение дел отнюдь не является фактом в

¹⁷ Это означает, что мы убеждены: необходимо реабилитировать парадигму так называемого «источника права» через уяснение его смысла в рамках современной концепции права. Парадигма «источника права» нам на самом деле кажется весьма важной хотя бы потому, что она всегда утверждает автономию вопроса о праве. Подчеркнем, что современный «маркионов» спор (лучше сказать «негативный маркионизм») и антилегистские настроения в философии права кажутся абсурдными и достойными сожаления. Поэтому мы твердо осуждаем в качестве безнадежно утонувших в темном болоте работы Деррида (*Derrida J. Force de loi. Paris, 1994*) и Агамбена (*Agamben G. Etat d'exception. Homo Sacer, II, 1. Paris, 2003*).

современной философии права, в рамках которой такая автономия была необоснованно предана забвению или, точнее, утоплена в системе «реификации», предполагавшей представить «право» с точки зрения позитивизма, объективизма или естественного права. Но, проткнув мыльный пузырь этатизма, мы, как раз наоборот, можем вернуть право его носителям, т.е. индивидам.

Для того чтобы обосновать наше суждение, прежде всего рассмотрим тот общепризнанный факт, что современная философия права в общем строится на необоснованном и радикальном разделении между индивидом, с одной стороны, и субъектом права — с другой. Иными словами, предпочтение отдается концепции «субъекта права» как части некоего параллельного «юридического мира», понимаемого как совершенно отличный от того мира, где живут плотские существа. Здесь речь идет о партикуляристской догме, которая радикально отстраняется от всего, что касается индивида и социального мира, во имя некоего особого мира, населенного понятиями, называемого (повторимся) «юридическим». В этом особом мире именно понятие так называемого «субъекта права» (которое предполагается «юридическим») заменяет собой индивида. Поэтому все касающееся конкретного индивида во плоти и крови становится чуждым и несущественным для философии права (так же как и для догматического/доктринального творчества). Индивид становится чем-то, о чем не говорят, и особенно тем, что не имеет никакой истинной ценности для/в философии права.

Отсюда следует, что метафизическое нормативное или «догматическое» понятие «субъекта права» заменяет собой перспективу, которая могла бы привести к изучению индивидов во плоти и крови. Отсюда же происходит и реификация «субъекта права», который нужен лишь для того, чтобы позволить философии права триумфально войти в этот параллельный мир в качестве героя понятий.

Если возвратиться к Гансу Кельзену, то он может рассматриваться как всегда актуальный представитель такой концепции, где индивид разделен надвое: с одной стороны, объявленные ничего не значащими мужчина или женщина, с другой — концептуальный «субъект права», к которому обращено все внимание¹⁸. По Кельзену, поскольку субъект права принадлежит к миру, отличному от

¹⁸ *Kelsen H. Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit. 2^{ème} éd. 1988.*

мира фактического, то он оказывается незапятнанным какой-либо эмпиричностью или материальностью, которым всегда, как известно, свойственно портить философский пир. Здесь выделяется уже не «мир», населенный индивидами, а другой мир, который хочет казаться «позитивным» или, что еще лучше, «нормативным» для того, чтобы придать уверенности (хотя бы и ложной) в том, что значимой является лишь система понятий, скрепляющая этот мир во едино наподобие цемента. В этом смысл основополагающего произведения Кельзена «Чистая теория права. Введение в науку права», где автор представляет нам догматическую программу «двух миров» права в следующем виде:

«Разграничение между человеческим существом, таким как оно понимается в естественных науках, и лицом как юридическим понятием не означает того, что лицо является особым видом человеческого бытия. Напротив, эти два термина обозначают совершенно разные явления. Юридический термин “лицо” или “субъект права” выражает лишь единство всей множественности норм, определяющих обязательства, точнее обязательства, ответственность и субъективные права»¹⁹.

Из этого Кельзен делает следующий вывод:

«Тем самым мы приходим к тому, что термин “субъект права” или “лицо” является искусственной конструкцией, антропоморфным понятием, созданным юридической наукой для того, чтобы дать ясный образ права. Фактически “лицо” обозначает именно совокупность обязанностей, ответственности и субъективных прав — иными словами, нормативное единство. Персонализируя такую связку, мы дублируем предмет правового познания и с легкостью приходим к ошибочным выводам»²⁰.

Из этой «философской метаморфозы» следует, что нет более никакой возможности принять и понять автономию индивида. Подчеркнем, что конструирование этих двух миров как параллельных приведет не только к отчуждению правопознания от личности, но и к закреплению за личностью статуса «субъекта права» исключительно с опорой на предпосылки догматической системы, которая утверждается в качестве предполагаемого «права». Добавим, что если мы можем найти у Канта ту философскую модель, которую использовал Кельзен (тем самым Кельзен оказывается теоретически

¹⁹ Ibid. P. 114.

²⁰ Ibid. P. 113.

связан с «юридическим» кантианством)²¹, то это позволит лишь констатировать, до какой степени данная специфичная идея о двух мирах смогла проникнуть в наши современные представления о праве, представляясь даже «самоочевидной» (или «позитивной») ²². Однако для критического исследования этой модели (и ее ответвлений) мы найдем другую подходящую возможность.

Такое искажение права не сводится лишь к догматике, но касается также (все в большей степени) роли судьи. Речь идет о борьбе с представлениями о роли судьи как «стороннего арбитра» (что опять-таки свидетельствует об автономии индивидов), которая ведется во имя авторитета судьи; борьбы, которая делает из судьи хранителя право-идеи, колеблющегося между позитивистской реификацией и юснатуралистическим стремлением. Северная Америка и ее философия права иллюстрируют данную ситуацию, которая доходит до подрыва или приватизации традиционных «авторитетов»²³, заменяемых здесь авторитетом суверенного судьи. Из судьи делают «нового епископа», судящего о добре и зле. И поэтому то, что сейчас мы будем говорить о Рональде Дворкине и его последователях, не должно никого удивлять²⁴.

Популярность работ Дворкина объясняется тем, что они претендуют на то, чтобы ликвидировать исходную неуверенность, которая подобно тени сопровождает все связанные с правом вопросы, передавая их в руки высшей власти (нашего судьи-полубога), способной удовлетворить столь свойственное человеку желание

²¹ *Kant E. Métaphysique des mœurs: 2 vol. / Tr. A. Renaut. Paris, 1994.*

²² См., напр.: *Renaut A., Sosoe L.K. Philosophie du droit. Paris, 1991; Renaut A. 1) L'individu. Réflexions sur la philosophie du sujet. Paris, 1995. P. 61–78; 2) L'ère de l'individu. Paris, 1989. P. 258–299; 3) Kant aujourd'hui. Paris, 1997. P. 187–232.*

²³ «Судьбой нашего времени является то, что вместе со свойственными им рационализацией и интеллектуализацией и в особенности с разочарованием в мире именно высшие и наиболее утонченные ценности выходят из сферы публичной жизни для того, чтобы укрыться в потустороннем мире мистической жизни либо же в братских отношениях, которые связывают индивидов между собой. Не случайно, что наиболее совершенным образцом нашего искусства сегодня является интимное, а не монументальное. И тем более не случайно ощущается биение некоего чувства, которое соответствует тому, что ранее обозначалось как пророческий пыл, уносящий в своем неудержимом пламени огромное сообщества и соединяющий их в одно целое» (*Weber M. La profession et la vocation de savant // Weber M. Le savant et le politique. P. 108–109.*)

²⁴ *Dworkin R. 1) Prendre les droits aux sérieux. Paris, 1995; 2) Une question de principe. Paris, 1996; 3) L'empire du droit. Paris, 1994. — О самом Дворкине см.: Dossier Ronald Dworkin 1 & 2 // Droit et société. Vol. 1. 1985. P. 27–92; Droit et société. Vol. 2. 1996. P. 7–56.*

«правовой безопасности». Почему? Всего лишь потому, что здесь «право» (или право-идея) рассматривается как существующее где-то рядом и объективно доступное в виде принципов. Находясь в самом русле «объективистской» концепции естественного права, Дворкин может таким образом утверждать со свойственным ему литературным талантом, что «право» находит свое обоснование в принципах, которые существуют в виде судебной традиции и в виде доказательств обоснованности самой системы. В целом такая концепция может защищаться в качестве «позитивного права» (особенно с учетом того, что североамериканская правовая культура представила тому свои доказательства) и в качестве отсылки к «царству принципов», которые всегда и очевидным образом разделяются всеми. В конце концов, такой обладающий геркулесовой силой судья примет со свойственными ему сверхчеловеческим интеллектом и терпением тезис (Дворкина — Б.М.) о единстве права²⁵, и в тот же момент увидит, что тем самым возвысился до уровня исповедника публичной совести или до уровня руководителя данной «общности принципов»²⁶.

Ставя под сомнение концепцию Дворкина, считаем необходимым напомнить, что если «судья» и может действительно иметь дело с вопросом о праве, то получается, что его роль может иметь смысл исключительно в свете его отношений с носителями права, т. е. его роль как стороннего арбитра обнаруживается только в процедурном плане, через наделение индивидов процессуальными правами в свете оспариваемого права. В принципе только индивиды могут решать вопрос об обращении к стороннему арбитру для разрешения их вопроса, что понимается как продолжение их автономии и свободы. В данном аспекте автономия судьи никогда не будет неограниченной, но, наоборот, окажется процессуально подчиненной индивиду и его вопросам о праве. Судье надлежит лишь выслушать аргументы сторон процесса и взвесить их, тогда как он никогда не должен взвешивать что-либо другое, исходящее либо от него самого, либо откуда-то извне. Если результат разбирательства будет приемлемым для обеих сторон, то для них это будет правом. Если же результат неприемлем, то решение суда окажется в мусор-

²⁵ *Dworkin R. L'empire du droit. P. 262.*

²⁶ *Ibid. P. 232–235. — См. также: Lambert R. La justice vécue et les théories éthiques contemporaines. Initiation aux débats contemporains sur la justice et le droit. Québec, 1994. P. 37–71 (esp. P. 59–66).*

ной корзине, а стороны будут заинтересованы в том, чтобы найти более смышленного стороннего арбитра. С точки зрения носителей права, существование такого «полубога» не имеет смысла, при этом «похитители права» должны очутиться у закрытых дверей.

Передавая таким демократическим образом вопрос о праве и его институтах (включая и судебные институты) в руки тех, кто должен быть одновременно и авторами, и адресатами права и его институтов, мы неизбежно столкнемся с вопросом об автономии субъектов права. Право может существовать только на благо индивидов, но никоим образом не на благо судьи, государства, нации, Системы либо какого-либо еще абстрактного монстра. Право принадлежит собственно только его носителям, и поэтому всегда можно убедить в том, что именно им позволено «устанавливать право». Иначе говоря, речь идет о том, чтобы гарантировать для них возможность утверждать себя в качестве авторов и адресатов права. Для философии права это удобный случай, чтобы констатировать на примере фактов, что в современном обществе право является прежде всего возможностью, которую часто, очень часто используют в ущерб индивидам.

Против «похитителей права» используем мысль о том, что та философия права, которая не признает полностью и безоговорочно автономию и свободу носителей права, ничего не стоит. Невзирая ни на что, подчеркнем с еще большей силой, что в нашей юридической современности правовая возможность осуществляется (или теряется) в соответствии с автономией и свободой индивидов. Все это, разумеется, на наш собственный страх и риск, поскольку сила отчуждения, которая обожает наши согнутые спины, к сожалению, часто оказывается сильнее нашего вклада в юридическую современность, где так хорошо живется.

4. Философия права должна отказаться от любых попыток фундирования

Теперь уже никто не удивится повторению нашего четвертого тезиса: философия права должна непременно освободиться от какого бы то ни было фундирования²⁷, т.е. она должна избавиться от

²⁷ У автора — *foundationalisme* (от англ. *foundationalism* — эпистемологическая теория, которая исходит из того, что в основе человеческого знания лежат базовые верования, воспринимаемые как самоочевидные и обосновывающие все остальные верования, представления и идеи). В переводе используется близкий по значению философский термин «фундирование», использовавшийся Э. Гуссерлем для обозна-

столь распространенной в юридическом мире иллюзии о том, что существует некий готовый к использованию «фундамент» либо же возможность для права создать себе подобное основание.

Мы не можем рассчитывать, что все наши читатели знакомы со смыслом слова «фундирование» и поэтому способны понять, распознать дискурс такого рода в стиле данного направления мысли. Поэтому прежде всего нам следует вкратце объяснить, что же мы понимаем под этим понятием²⁸. Фундированием является любое рассуждение о праве, которое так или иначе задействует некую ссылку (явную или подразумеваемую) на «основание», «фундамент», «обоснование», «априори», «принцип», «юридическое правило» и т.п.; ссылку, цель которой — наполнить право смыслом, обосновать его. Следовательно, в любом фундирующем рассуждении присутствуют два момента: 1) факт мобилизации (сознательной или нет) воли к «основанию» дискурса через отсылку к сознанию, разуму, рациональности, априори, апостериори и т.п.; 2) факт придания «объективности» (т.е. некоей основы, верха-низа, «почвы», базы, разума, «позитивности» и т.п.) или признака «конкретности» понятиям, которые будут интересовать нас в дальнейшем («этика», «наука», «справедливость», «блага» и т.п.). Предположительно это позволяет дискурсу найти себе основание, заявить о своей ценности, оправдать себя, свое существование и т.п. Отметим, что в фундирующем дискурсе эти два момента часто сливаются в один монолитный философский стиль, что вызвано (помимо всего прочего) тем что его автору не хватает навыка самопознания.

Добавим, что наиболее часто используемым в наши дни риторическим приемом сторонников фундирующего подхода является постулирование того, что они могут своими силами создать «разумное основание» права и что это основание будет иметь некую ценность. Тем не менее убедительным доказательством невозможности достижения данной цели является то обстоятельство, что не существует материи, которую можно было бы использовать для разумного «основания», и что до сегодняшнего дня никто еще не смог ни узреть «право», ни распорядиться им как вещью. Само собой, настаивать

чения онтологического обоснования актов усмотрения идей (Гуссерль Э. Логические исследования. Исследования по феноменологии и теории познания // Гуссерль Э. Собр. соч. Т. III (1). М., 2001. С. 244 и сл.). — Прим. пер.

²⁸ Melkevik B. «Foundation» ou «sélection» des normes. Plaidoyer pour une modernité communicationnelle (текст выступления на конференции «Challenges for Democracy: Rethinking Political Philosophy», Université de Guelph, Ontario, 07–09.05.1993).

на противоположном — это часть успокаивающего *spin*²⁹. Но пройдем мимо!

Если мы входим в фундированный юридический универсум, то мы можем констатировать существование там многообразия дискурсов, их быстрое распространение и беспощадную борьбу, которая разворачивается между ними. С учетом поставленных целей мы ограничимся исследованием «конкретизирующего» фундирующего дискурса (в исследованном выше смысле), наиболее популярные примеры которого касаются фундирования «права» (или просто неизвестной величины, занимающей место права) сначала на этике или науке, а потом и на справедливости или благе.

Мы можем сказать, что дискурс в пользу фундирования на основе этики или науки сегодня представляет и наше прошлое, и наше настоящее одновременно. Речь идет о двух наиболее популярных в XX в. (возможно, вплоть до наших дней) фундирующих дискурсах. Что касается фундирования на основе этики, вспомним, насколько понятие этики (понимаемой как ряд ценностей, предположительно разделяемых всеми) оказалось востребованным в качестве непоколебимого фундамента права³⁰. Выдвигаемая сторонниками фундирования идея (о которой говорят как о разумной) сводится к тому, что право проявляется как ценность среди других фундаментальных человеческих ценностей. Фундирующий дискурс, соединяющий этику и право, поэтому рассматривается адептами этого подхода как «рациональный», интуитивный и т.п. доступ (опосредованный совестью или индивидуальной нравственностью) к смыслу самого права. Такой дискурс оказывается довольно соблазнительным, поскольку предполагается, что основанное на этике «право» само по себе также оказывается «этичным». Благодаря такой фундирующей отсылке «право» каким-то магическим путем получает возможность пользоваться славной репутацией термина «этика»! Таким образом, все «право» (или соответствующая право-идея) может толковаться, обосновываться и объясняться исходя из данного термина. Для сторонников фунди-

²⁹ *Spin* (англ.) — подача информации в нужном свете. — *Прим. пер.*

³⁰ Чтобы иметь представление о литературе по фундирующему подходу в Европе, укажем на следующие случайно подобранные работы: *Gregorczyk Ch.* La théorie générale des valeurs et le droit. Paris, 1982; *Kalinowski G.* Le problème de vérité en morale et en droit. Paris, 1967; *Detmold M.J.* The Unity of Law and Morality. London, 1984; *Olsen H.P., Toddington S.* Law in its own right. Oxford, 1999; *Beyleveld D., Brownsword R.* Law as a Moral Judgment. London, 1986.

рования в этике весь мир (включая «право») просто-напросто не имеет идеологической возможности быть иным...

Обратимся теперь к фундирующему дискурсу, который опирается на термин «наука». Здесь мы опять-таки обнаружим право-идею, которая пытается выйти на сцену. Вплоть до настоящего времени ни одна из концепций, связанных с «правом», не смогла соответствовать критериям научности, которые заложены в номотическом или аксиоматическом подходе, характерном для точных наук³¹. Но сам по себе этот факт не имеет никакого значения для фундирующей идеологии. Она позволяет провести кажущиеся аналогии и необоснованно использовать слово «наука» и его престиж, не сильно-то заботясь о значениях и возможных способах применения этого понятия³². Речь идет о том, чтобы убедить себя и других в том, что мы занимаемся наукой, используя слова, фразы и стилистические обороты, заимствованные из научного рассуждения, давая понять, что существует так называемое научное «основание», которое обосновывает и позволяет такое использование³³. Иными словами, создавая видимость того, что термин «право» (или его соответствующий заменитель) сливается с термином «наука», получаем якобы что-то новое. Это и есть новое понятие так называемого «научного права», которое блестит ярким блеском фальшивой монеты. Но нужно понимать, что новое понятие не имеет научного смысла, стоит лишь снять с него позолоту фундирования.

Данное рассуждение не исчерпывается лишь понятиями этики или науки. Взгляд на североамериканскую философию права демонстрирует, что сегодня споры ведутся между сторонниками фундирования права на «справедливости» и сторонниками фундирования на «благе».

³¹ Что неудивительно, поскольку это задание невыполнимо.

³² Сегодня литература фундирующего подхода применительно к «научной» право-идее льется как из рога изобилия. Приведем к качеству примера (никоим образом не дискриминируя другие работы) произведения Дени де Бешийона: *Béchillon de D. 1) L'ordre juridique est-il complexe // Béchillon de D. (dir.) Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance? Paris, 1994. P. 33–59 2) Hiérarchie des normes et des fonctions normatives de l'État. Paris, 1996; 3) Qu'est-ce qu'une règle de droit? Paris, 1997.*

³³ См. важные работы Сокаля о «научном» подлоге среди французских интеллектуалов и постмодернистов: *Sokal A.D. Pseudosciences et postmodernisme: adversaires et compagnons de route? Paris, 2005; Sokal A.D., Bricmont J. Impostures intellectuelles. Paris, 1997.*

Среди сторонников «направления справедливости» особенно выделяется доктрина Роулза³⁴ и ее развитие его учениками в области философии права³⁵. В рамках данной концепции фундирование права является необходимой предпосылкой для того, чтобы удостовериться в «справедливости» права. По данной концепции необходимо заранее разработать номологическую концепцию «справедливости», которая «разумным» путем сможет обобщить глубочайшие нормативные ощущения всех граждан. Короче, необходимо фундирование на двух принципах справедливости, которые Роулз формулирует так:

«1) Каждое лицо имеет равное право на полностью адекватный набор основных свобод, равных для всех, который совместим с таким же полностью адекватным набором свобод для всех; в данном наборе должна быть гарантирована истинная ценность равных политических (и только политических) свобод.

2) Социальное и экономическое неравенство должно соответствовать двум условиям:

- оно должно быть связано с доступными для всех видами деятельности и должностями, при условии справедливого равенства возможностей;
- оно должно обеспечить наибольшие преимущества наиболее обделенным членам общества»³⁶.

Фундирующий подход в духе Роулза предполагает, что если вы своей нравственной интуицией приходите к выводу о том, что идея «справедливости» является правильной и моральной (здесь Роулз поворачивает свою теорию так, что любое другое суждение будет ненормальным)³⁷, то вы тем самым получаете фундамент права, институтов, политики и всего остального. Кому бы не захотелось в это

³⁴ Rawls J. 1) *Théorie de la justice*. 1^{re} éd. Paris, 1987; 2^{ème} éd. Paris, 1997; 2) *Droit et démocratie*. Paris; Seuil, 1993; 3) *Libéralisme politique*. Paris, 1995; 4) *Le droit des gens*. Paris, 1996; 5) *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*. Paris, 2002; 6) *Le droit des peuples et la raison publique*. Montréal; Boréal, 2004; 7) *La justice comme équité: une reformulation de théorie de la justice*. Montréal; Boréal, 2004; 8) *Paix et démocratie — Le droit des peuples et la raison publique*. Montréal; Boréal, 2006. — См. нашу критику фундирующего подхода у Джона Роулза в: *Melkevik B. Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*.

³⁵ *The Philosophy of Rawls. A Collection of Essays* / Henry S. Richardson & Paul J. Weithman (dir.): 5 vol. New York, 1999.

³⁶ Rawls J. *Libéralisme politique*. P. 29–30.

³⁷ *Melkevik B. Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*. P. 41–44.

поверить и на коленях принять пари Паскаля³⁸, на этот раз во имя «права», которое, наконец-то, получило бы свое основание. И более того, основание, возведенное на понятия «справедливости»! Кому бы не захотелось в это поверить?

Точно такой же колокольный звон мы слышим и от сторонников фундирования права на «блага». Меняется лишь мелодия, поскольку теперь именно введение концепции «блага» выходит на первый план. Но что есть «благо»? Как его найти? И где? Разумеется и здесь, точно так же как и применительно к идее «справедливости», мы можем попасть только на вершину понятий. Все иные двери для нас, к

³⁸ «Вы можете проиграть две вещи, истину и благо, и две вещи вам приходится ставить на карту, ваш разум и волю, ваше познание и ваше блаженство; природа же ваша должна избегать двух вещей: ошибки и бедствия. Раз выбирать необходимо, то ваш разум не потерпит ущерба ни при том, ни при другом выборе. Это бесспорно; а Ваше блаженство? Взвесим выигрыш и проигрыш, ставя на то, что Бог есть. Рассмотрим два случая: если выиграете, вы выиграете все; если проиграете, то не потеряете ничего. Поэтому не колеблясь ставьте на то, что Он есть» (Паскаль Б. Мысли).

См. исследование христианского смысла (который отличается от того смысла, который мы в него вкладываем в нашей статье) этого пари Паскаля в замечательной работе: *Lönning P. Cet effrayant pari: une «pensée» pascalienne et ses critiques*. Paris, 1980. — Сильной стороной исследования Леннунга является доказательство того, что в пари Паскаля речь идет не о некоем паралогизме (и тем более не о драматизме веры!), а о пари, которое возникло применительно к действительно происходившему диалогу о познании и в рамках индивидуального и рассудочного сознания. Как утверждает автор, пари нужно понимать «не как универсально верифицируемую стадию в рамках схемы развития личности, и не как достаточную дефиницию человеческого бытия или христианской жизни. Это пари является 1) избранным для разоблачения рационалистического неверия средством (разумеется, не единственным из возможных) и 2) описанием того, из чего состоит верование (описание, способное варьироваться по терминологии, но не по существу)... Быть человеком — это «работать ради неизвестного» с открытыми глазами». Признаем, что это может быть сделано только с сознанием самого себя и своих собственных слабостей! Иными словами, путем придания ценности самопознанию, где христианская вера предписывает нам взять на себя полную ответственность за наш выбор. В философском плане это приводит нас к Серену Киркегору (*Kierkegaard S. Ou bien...Ou bien...* Paris, 1984), а в плане философско-правовом — к метафоре (или притче) Гуго Гроция о *etiamsi daremus* (*Grotius H. Le droit de la guerre et de la paix*. Paris, 1999. P. 12. *Prolégomènes XI*). Отметим, что данная метафора стала общим местом, начиная с XVI в., со времен второй испанской схоластики. Эту метафору можно найти в работах Габриеля Васкеса, Франциско Суареца и др. Источником все же являются «Сентенции» Григория Риминского (*Gregorii Ariminensis*). О метафоре *etiamsi daremus* см.: *Saint Léger J. The «etiamsi daremus» of Hugo Grotius: a study in the origins of international law*. Rome, 1962; *Todescan F. Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*. Milan, 1983; *Todescan F. Eiamsi daremus. Studi sinfonico sul diritto naturale*. Padoue, 2003.

сожалению, раз и навсегда закрыты. Но как бы то ни было, именно английский философ права Джон Финнис является признанным авторитетом в фундировании на разуме концепции «блага»³⁹.

На самом деле, Финнис выдвигает идею о том, что существуют семь основных форм человеческого блага. Он их приводит в следующем порядке: жизнь, познание, игра, эстетический опыт, социальность (дружба), практическая рациональность и религия⁴⁰. Эту последнюю Финнис понимает в очень широком смысле — не только через отсылку к организованной «религии», но и как естественное стремление к организации своей жизни и своего мышления согласно шкале движения от средства к цели. Поэтому в условиях нашей ограниченности «религия» становится благом в качестве антитезы бессмысленности, бессодержательности, хаосу⁴¹. В этом смысле «религия» является топическим — и никоим образом не аналитическим — понятием, равно как и другие «блага» по Финнису. Тем не менее после того как «благам» дано философское определение, фундирующий подход делает вопрос о «праве» предметом своего изучения, равно как и многие другие уровни, обосновывающие себя через подобное фундирование. В логике такого подхода к «благу» право понимается просто как основанное на данных «благах». Поэтому право является не чем иным, как логическим или дискурсивным выражением того, что отражено в «основании» этих «благ». Попутно отметим, что старое различие между философией позитивизма и юснатурализма (естественного права) здесь неприменимо, поскольку и та, и другая в равной степени могут быть фундирующими.

Однако не следует полагать, что современный фундирующий подход удовлетворяется вышеперечисленными концепциями! Напротив, для любого сторонника фундирующего подхода существует соблазн добавить к своему дискурсу столько понятий, сколько позволят его вдохновение (или фантазия). Удивительно видеть, насколько такой автор, как Рональд Дворкин, отправляясь от фунди-

³⁹ *Finnis J. Natural Law and Natural Rights*. Oxford, 1980, 1989. — О естественном праве у Финниса см. специальный номер: «The Work of John Finnis» dans *Vera Lex*. New Series. Vol. 6. № 1 & 2. 2005. P. 1–181.

⁴⁰ *Finnis J. Natural Law and Natural Rights*. P. 83–90.

⁴¹ Отметим, что Джон Финнис (*Finnis J. Natural Law and Natural Rights*. P. 98) утверждает, что такая концепция религии идет от Цицерона («О Божественной природе») в интерпретации Эрика Вегелина (*Voegelin E. Order and History*. Vol. 4. *The Ecumenic Age*, Baton Rouge, 1974).

рования на основе «справедливости», может с радостью (и поэтическим пылом) использовать другие концепции — «достоинство», «целостность», «способность давать отчет», «равенство» и т.п.⁴² И ничто не препятствует канадскому философу права южноафриканского происхождения Дейвиду Дайзенхаусу воспринять, к тому же мастерски, все понятия Дворкина для того, чтобы более широко толковать их в смысле фундирования на «блага» или этике, при этом используя и другие понятия — «неограниченная общность», «глубокая структура», «моральная когерентность», «судебная этика» и т.п.⁴³ Из других отметим канадца Уила Кимлику, который трудится над новым синтезом «справедливости» и «блага» (либо либерализма и коммунитаризма/республиканизма) и при этом использует понятия «признания», «идентичности», «аутентичности», «либерального равенства», «первичных благ» и т.д.⁴⁴ Здесь, само собой разумеется, полностью исключается любая попытка дать исчерпывающий перечень понятий, поскольку нужно усвоить — здесь нет никаких пределов. Подойдет все! Все то, что блестит, то золото. В конечном счете, важен именно литературный талант!

Но что обо всем этом можно подумать? Признаемся, что «успокаивающий» эффект фундирующего подхода нам кажется связанным с таким самым человеческим из всех атавизмов, как страх пустоты. Возможно, здесь идет речь лишь о проекции этого страха в интеллектуальную сферу, которая испытывает непреодолимое влечение ко всякому «основанию». Другими словами, этот страх сродни интеллектуальной боязни упустить из вида «основание», «фундамент» и столь человеческому желанию создать себе философское плацебо между «небом и землей». Но то, что может быть оправдано для обезьян, прыгающих по верхушкам деревьев, наверное, не

⁴² См. в особенности: *Dworkin R. L'empire du droit.*

⁴³ *Dyzenhaus D.* 1) *Hard Cases in Wicked Legal System: South African Law in Perspective of Legal Philosophy.* Oxford, 1991; 2) *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order.* Oxford, 1998; 3) *Legality and Legality: Hans Kelsen, Carl Schmitt and Hermann Heller in Weimar.* Oxford, 1997. — Ср.: *Melkevik B. Légalité et légitimité: Réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus // Les Cahiers de droit.* Vol. 40. № 2. Juin 1999. P. 459–477.

⁴⁴ *Kymlicka W.* 1) *Les théories de la justice: libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communitariens, féministes,* Montréal; Boréal, 1999 (repris Paris, 1999); 2) *La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités.* Montréal; Boréal, 2001; 3) *La voie canadienne: repenser le multiculturalisme.* Montréal; Boréal, 2003; 4) *Droits de l'homme et justice ethnoculturelle / Dans Lukas K. Sosoe (dir.). Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté.* Paris; Québec, 2002. P. 387–406. — О Кимлике см. мою работу: *Melkevik B. Réflexions sur la philosophie du droit.* P. 61–78.

слишком разумно (и еще менее «реалистично») для человеческого права. Не лучше бы было, поскольку мы взрослые, освободиться от всякой обезьяньей логики и признать тот факт, что право не имеет никакого основания, что бесполезно такое основание строить и что сегодня все это не имеет никакого смысла?

Признаем, что в том случае, если «юридическая деятельность» (право) не имеет никакой основы, то не остается ничего иного, как заниматься тем, что мы называем «селекционизмом»⁴⁵, т.е. принять тот факт, что существуют лишь индивиды, которые действуют, плачут, ходят по улицам, едят, любят и ненавидят друг друга. Короче, что право подчинено нашим сильным и слабым сторонам, таким человеческим, или даже таким слишком человеческим. Прекратим убаюкивать себя иллюзиями фундирующего подхода, какими бы соблазнительными и «философскими» они ни были, и начнем трудиться для того, чтобы юридическая деятельность в рамках модернистской концепции права⁴⁶ встретила бы с человеческими заботами. Иными словами, индивиды должны принять участие сразу в двух процессах: в демократическом процессе, который состоит в селекции (на условиях полной автономии и взаимности) того, что мы согласны уважать в качестве прав, «норм» и институтов; и процессе судебном (иначе называемом правовым), в котором мы через аргументацию отбираем и соглашаемся уважать некие позиции как «правовые». При этом мы помним о том, что делаем это на свой страх и риск, и всегда под реальной угрозой гетерономных сил, которые никогда не оценят того, что мы твердо стоим на ногах и свободно идем вперед.

Подводя итог, укажем, что попытки фундирования того или иного понятия, равно как и чистая селекция модных (или «симпатичных») понятий, приводят к одному и тому же результату: в лучшем случае, это бесплодная борьба понятий, которая ни к чему не приводит! Все без исключения фундирующие концепции являются лишь ловушкой для ума! И хотя философия права на протяжении долгого времени страдала от такого интеллектуального атавизма, нужно констатировать, что сегодня на это уже нельзя закрывать глаза.

⁴⁵ Здесь речь идет о неологизме, который соотносится с «селекционным дискурсом». — *Прим. пер.*

⁴⁶ *Melkevik B. Considérations juridico-philosophiques.*

5. Четыре могилы во имя освобождения

С высоты птичьего полета, вырытые нами четыре могилы позволили констатировать следующее:

1) губительным будет приписывать философии права роль хранителя доктринального творчества в области права;

2) слепотой будет признание государственной монополии на понимание современного права;

3) чудовищным будет желание мыслить право в отрыве от его носителя, т.е. от индивида; такой ход мысли также будет соучастием в преступлении необоснованной реификации индивида;

4) непоследовательно и в интеллектуальном плане весьма ошибочно позволять одурачить себя тем или иным фундирующим дискурсом, относящимся к праву.

Нужно освободиться от всего этого! Философия права не только не должна соглашаться с такими препятствиями и догмами (а тем более способствовать их утверждению), но и должна работать над их уничтожением во имя современной концепции права и общества.

Вне рамок каких-либо уточнений, возможных теоретических и философских конкретизаций, нужно подчеркнуть тот факт, что ободряющий и успокаивающий образ философии права разбился на тысячи осколков. По нашему мнению, было бы ошибочно полагать, что сегодня данная дисциплина способна заполнить пробелы в сфере права, или то, что философия права может позволить нам забыть, что право творится применительно к индивидам, со всеми неоднозначными выводами и «напряжением», которые из этого следуют. Хотим мы этого или нет, но философия права участвует в столкновении: она является частью нашей способности формулировать наши проблемы и наши пробелы в области права — ни больше, ни меньше. В качестве такой способности философия права выступает и как элемент, который вместе с активными участниками правовых процессов работает над возможностью права и подлинной правовой культуры.

Здесь необходима хотя бы малая доля реализма, поскольку именно вопрос о современности права позволяет нам формулировать данную критику. И именно перспектива такой современности должна нас всегда интересовать, поскольку в ее рамках мы вновь видим, что проблематика современной философии права неизбежно оказывается мысленно связанной с юридической современностью, находящейся в постоянном развитии и изменении. Если потребуются охарактеризовать эту современность, то на ум прежде всего при-

ходит образ лабиринта, который беспрестанно строится и перестраивается, который постоянно усложняется, лабиринта, в котором мы оказались без карты и компаса и в котором поэтому мы можем положиться только на нашу верность праву, наше доверие к праву, нашу волю к праву, наши «мысли» о праве, способные нас поддержать и позволить нам действовать последовательно. Отсюда же вытекает и необходимость дать определение (или философскую характеристику) современности с философско-правовой точки зрения и с помощью такого определения утверждать, что индивиды должны быть способны, при условии полной автономии, на взаимное признание друг друга в качестве авторов и адресатов их законов, их норм, их институтов и их права.

Юридическая современность является прежде всего требованием, которое выполняется с риском впасть в гетерономию, если мы хоть чуть-чуть поступимся нашими обязательствами, нашими стремлениями. А роль философии права как раз и заключается в том, чтобы сопровождать и усваивать данное требование на уровне индивидов, которые лишь и способны его защитить.

Говорите на языке «нового нарратива о праве», или О том, как политкорректность «юридически» узаконивает себя*

Мы живем в эпоху, когда «новый нарратив о праве» занимает передовые позиции и величаво рядится в одеяния языка «права». Постоянно охваченная тревогами и нередко находящаяся в качестве заложницы у социальных стихий, философия постмодерна выражает свои принципы в размышлениях о власти, о властных манипуляциях, честности и этике в политике — там, где термин «право» используется людьми в целях установления своей идеологии, особых интересов и для влияния на других. Новый нарратив о праве стал новым языком, он используется при любых обстоятельствах, по любому поводу просто для того, чтобы навязать себя, чтобы быть на виду и на слуху, а в большей мере для того, чтобы ознаменовать эру нового обскурантизма.

Достаточно открыть любую газету или книгу, чтобы обнаружить, что термин «право» используется по любому поводу и практически на каждой странице. Тот, кто, к несчастью, включит телевизор, будет иметь возможность наблюдать ужасающе бесконечное количество политиков, экспертов или профессоров всех мастей, моралистов, ученых или философов, спортсменов или звезд телешоу, которые с радостью, непринужденностью и удовольствием говорят на языке «нового нарратива о праве».

Несомненно, термин «право» притягивает и соблазняет своим историческим и идеологическим престижем. Западные общества

* Перевод с французского М.В. Антонова, Е.А. Патрикеевой.

Melkevik B. Parlez «Novdroit»! Ou comment le politiquement correct se légitime «juridiquement».

Первоначальная версия данной статьи была опубликована под заглавием «Parler novdroit! Un désarrois saisi par la philosophie du droit» (Revista româna de drept privat. 2007. № 6. P. 214–250) и сопровождалась переводом на румынском языке («Perceptia filosoiei dreptului asupra unei situatii de criza»).

Впервые опубликовано: *Parler novdroit! Un désarrois saisi par la philosophie du droit // Revista româna de drept privat*. 2007. № 6. P. 214–250.

Впервые на русском: *Правоведение. Известия ВУЗов*. 2012. № 1. С. 37–56.

беспрерывно примешивают термин «право» в дискуссии о разнообразнейших видах человеческой деятельности, притом что от чрезмерного употребления этого термина перехватывает дыхание даже у самых смелых. Это — то же самое, как если бы вся фактическая деятельность стала нуждаться в своем идеологическом двойнике, в особом, параллельном мире, заявленном именно как «право». Действительно, приверженец «нового нарратива о праве» непременно рисует в своих мыслях, что если дано, что человеческая деятельность существует, тогда и соответствующее ей «право» также существует — в этом проявляется магическое свойство параллельного мира позитивистской идеологии, дублирующего тот мир, в котором мы живем. Сторонник такого мировоззрения особенно настаивает на том, что если существует необходимость питаться, в таком случае существует и зеркальное право на питание (по логике лица, говорящего на языке «нового нарратива о праве»). Точно так же если существует «здоровье», то право на здоровье представляет собой естественное следствие из самого факта существования здоровья. Разумеется, факт голодания свидетельствует об ущемлении «права», реализация которого должна была бы в полной мере удовлетворять потребности в питании; то же самое касается и другого «права», которое должно было бы обеспечить охрану здоровья и защиту от болезней. В общем, такое словоупотребление стало слишком распространенным явлением.

Поймем правильно: речь всегда идет о предполагаемом ущемлении гарантированного всем «права»; ущемлении, причиняемом через недостаток чего-либо бытийного или чего-либо материального — вот о чем всегда говорят сторонники «нового нарратива о праве». При этом они могут утверждать, что то, о чем они говорят, вовсе не является ни прихотью, ни утопией. Сторонник этого нарратива ядовито заметит, что не совершает прыжка из бытия в должествование (т.е. не повторяет ошибки Юма)¹. Он также будет высокомерно

¹ Другими словами, это — «натуралистический паралогизм» (иначе называемый «гильотина Юма»). Юм признается: «Не могу удержаться от дополнения этих рассуждений еще одной ремаркой, которая, несомненно, может быть сочтена важной. Во всех системах нравственности, которые я до сих пор встречал, я всегда находил, что автор иногда придерживается обычной манеры рассуждений, в рамках которой он устанавливает существование Бога или делает замечания о человеческих условиях; но потом вдруг я с удивлением нахожу на месте логических связей, которые непривычно встречать в собственно утверждениях, такие утверждения, в которых связь тезисов установлена с помощью “должен” или “не должен”. Такая подмена трудно заметна, но тем не менее она

утверждать, что не говорит только о предельном и конечном результате развития научного позитивизма — о мировом государстве или же о правовом состоянии (т.е. о правовом государстве)², обо всем том, что предполагается существующим и выраженным при помощи некритического использования прилагательного «правовой».

В настоящей работе феномен «нового нарратива о праве» и беспорядок, который он провоцирует, будут рассмотрены только в общих чертах. Наш тезис сводится к необходимости обуздать модное увлечение «новым нарративом о праве», что также подразумевает пресечение распространения неологизмов в области права. Мы настаиваем, что необходимо воспринять всерьез находящийся на горизонте юридической современности альтернативный подход, развитие которого в итоге зависит от конкретных личностей³. Начнем с двух разделов, где мы более тщательно изучим феномен и направления развития «нового нарратива о праве», прежде чем говорить об области юридической догмы, о философии права и о мультикультурализме.

1. От нового языка к «новому нарративу о праве»

Особенно подчеркнем, что разговоры на языке «нового нарратива о праве» — это только часть явления неологизации языка. Мы говорим об ищущей возможность стать автономной (в конечном итоге она получит относительную независимость) сфере нового языка, стремящейся выделяться на фоне остальных. Это, впрочем, подтверждается тем, что слушатель речей «нового нарратива о пра-

имеет огромное значение. Действительно, если эти “должен” или “не должен” выражают новое отношение и новое утверждение, совсем не обязательно их объяснение: в то же самое время мы осознаем то, что ранее было совершенно непостижимо, понимаем, как это новое отношение могло быть выведено из других отношений, которые по своей природе совершенно иные. Поскольку авторы обычно пренебрегают такой предосторожностью, я позволю себе посоветовать читателям ею пользоваться, и я убежден, что небольшая толика внимания разрушит все существующие системы нравственности и продемонстрирует нам, что любое различие между грехом и добродетелью не основывается на отношениях между объектами и что оно не распознается рассудком» (Юм Д. Трактат о человеческой природе или попытка применить основанный на опыте метод рассуждения к моральным предметам. Минск, 1998. С. 540–541). Об этом «натуралистическом паралогизме» см.: *Gardies J.-L. L'erreur de Hume*. Paris, 1987.

² Игра слов «правовое состояние» (*état d'un droit*) и «правовое государство» (*Etat du droit*). — Прим. неп.

³ Melkevik B. 1) *Horizons de la philosophie du droit*. Paris, 1998; 2004; 2) *Réflexion sur la philosophie du droit*. Paris, 2000; 3) *Rawls ou Habermas: Une question de philosophie du droit*. Québec, 2002; 4) *Considérations juridico-philosophiques*. Québec, 2005; 5) *Tolérance et modernité juridique*. Québec, 2006.

ве» может пренебрежительно отрицать какое-либо родство этого нарратива с неологизмами новояза⁴, подобно безродному выскочке, протестующему против того, чтобы ему говорили о его матери или отце. А ведь родство есть, и поэтому невозможно как-либо охарактеризовать новый нарратив о праве, не изучив в полной мере новояз как явление. В связи с этим, очевидно, нас должен интересовать тот, кто открыл само существование новояза — Джордж Оруэлл⁵.

Джордж Оруэлл впервые упомянул о своем открытии в занимательном труде романе (может быть, «в романе») «1984»⁶. Пользуясь фантастическим жанром — под его прикрытием, кстати, прячется настоящий труд по политической философии⁷, — он дает описание реальности современного бытия, которое позволяет увидеть, каким образом наша реальность отражается в языке и с помощью языка. Как

⁴ Здесь и далее мы следуем традиции перевода на русский язык термина «Newspeak», введенного Дж. Оруэллом в романе «1984» (см. приложение «Новояз» к этому роману), через неологизм «новояз». — *Прим. пер.*

⁵ *Orwell G.* 1984. Paris, 2006. — Напомним, что мы говорим о книге «1984» в тесной взаимосвязи с другим известным трудом Джорджа Оруэлла «Скотный двор» (на русском языке см.: Оруэлл Д. 1984. Скотный двор. Эссе. М., 2002. — *Прим. пер.*)

⁶ Уточним, что критика Дж. Оруэлла не касается присно почившего ленинско-сталинского режима; ее смысл четко направлен на «общество» XX в. В философском плане именно работа Бернхем «Революция менеджеров, или Что происходит в мире» (*Burnham J. The Managerial Revolution; What is Happening in the World.* New York, 1941) находится в центре внимания Оруэлла, и именно ее Оруэлл критикует. До этого он уже выпустил полемическую статью против Бернхема (*Orwell G. Second Thoughts on James Burnham // Polemic.* May 1946), которую переиздал в качестве памфлета и под другим названием (*Orwell G. James Burnham on the Managerial Revolution.* London, 1946). Отметим, что Джеймс Бернхем прояснил и углубил свои идеи в другой книге (*Burnham J. Les machiavéliens, défenseurs de la liberté.* Paris, 1949). Упомянем также, что Бернхем первоначально был коммунистом, членом компартии США до 1940 г., а затем отошел от коммунистического движения по причине предпринятой им защиты троцкизма. Затем Бернхем стал одним из наиболее яростных критиков коммунизма и тоталитаризма в англосаксонском мире. Сегодня Бернхем считается одним из отцов-основателей американского неоконсерватизма.

⁷ *Michéa J.-C.* Orwell, anarchiste tory; suivi de À propos de 1984. Paris, 2000. — Позволим себе не согласиться с утверждением Мишея о том, что Оруэлл является «анархическим тори». Напомним, что автор «1984» употребляет понятие «анархический тори» для характеристики реакционных идей Джонатана Свифта, автора «Путешествий Гулливера». Он говорит о Свифте: «Это — анархический тори, который презирает власть, но при этом не верит в свободу, который защищает аристократическую концепцию, хотя при этом ясно видит, что аристократия его времени уже дегенерировала и влечет жалкое существование. Когда Свифт заводит одну из своих филиппик против богатых и сильных, необходимо, вероятно... учитывать тот факт, что он сам принадлежал к партии-победительнице, но был обманут в своих персональных амбициях» (*Orwell G. Tels, tels étaient nos plaisirs et autres essais (1944–1949).* Paris, 2005. P. 176–177).

первого исследователя этой проблематики, его заинтересовала способность языка наделять «властью». Также Оруэлл обнаружил слабое место естественного языка, через которое элитизм, идеология и властная организация могут с легкостью править, манипулировать всегда находящейся в жадных руках властью, укрепляя ее в пользу светской, теократической или юридической олигархии. Тот, кто сможет овладеть языком, будет властвовать над людьми. Как хозяин языка, он легко установит свою власть в сознании людей, чтобы сломить, исказить их волю и манипулировать ей, в то время как использование естественного языка, «староязы»⁸, не служит для сломятия воли. Таким образом, обнаруживается мягкий и невидимый способ контроля над используемым языком и — через его влияние — над людьми и над их взаимодействиями. Но прежде всего новый язык необходим для закрепощения совести и уменьшения сферы автономии индивидов.

Сама история, описанная в «1984», для нас не представляет особого интереса. Интрига заключается в описываемом в данном романе предлоге-алиби для обоснования значения новояза в жизни современного общества. Припомним, что Уинстон Смит, главный герой книги, работает анонимным нижестоящим чиновником в отделе Правды. Смит живет в неопределенном обществе, зовущемся Океанией, со столицей в Лондоне (но это мог бы быть Париж, Пекин, Лагос или Исламабад). Там царит авторитарный режим во главе с Единственной партией (т.е. Единственным мнением и Единственным «Языком»), которая непрерывно следит за действиями каждого члена общества. Три лозунга правят этим миром: «Война — это мир», «Свобода — это рабство», «Неведение — это сила»; четыре министерства организуют это общество — Истины, Мира, Любви, Изобилия; население разделено иерархически на три социальных класса: внутренняя Партия (правящие), внешняя Партия (подчиняющиеся), пролетарии (рабочие, труженики, нахлебники), которые существуют для Партии (или, проще говоря, для единственного Мнения, подобно вещам, без голоса)⁹.

⁸ Orwell G. 1984. P. 72–75.

⁹ Мы полагаем, что речь идет о мире, описанном Джэймсом Бернхэмом в работе «Эра организаторов». Как заключил Оруэлл, «действительно, новая географическая концепция, предложенная Бернхэмом, выглядит очень правдоподобно. Более чем очевидно, что Земля будет поделена на три больших империи... и тайно или явно бесконтрольная олигархия будет управлять демократией» (Orwell G. James Burnham et l'ère des organisateurs // Orwell G. Essais, articles, lettres. Paris, 2001. Vol. IV (1945–1950). P. 15). Схожие суждения часто встречаются в других очерках Оруэлла.

Уинстон Смит выполняет важную работу, так как он занимается исправлением уже выпущенных газет. Он правит ошибки в публикациях, относящихся к Партии и к ее невидимому руководителю — Большому Брату. Когда Смит удостоверился в том, что Партия никогда не ошибается, он пришел к выводу о том, что письменные источники не в полной мере отражают этот факт. После того как История оказывается пересмотренной, ошибки устранены и исправлены, фразы и целые архивы переписаны — не остается сомнений в том, что этих ошибок вовсе и не было. «Правда», подкрепленная архивами и фактами (кропотливо исправленными для увековечивания и материализации «правды» в надлежащем образе), всегда сама по себе очевидна. Как подмечает Уинстон Смит, «изо дня в день, практически каждую минуту, прошлое обновляется. В документации можно обнаружить, что предсказания, сделанные Партией, оказались истинными. Нет упоминания ни об одном мнении, которое находилось бы в конфликте с насущными потребностями. Вся история является палимпсестом, пересмотренным и переписанным так часто, как в этом появлялась необходимость. После внесения изменений не остается никакой возможности доказать фальсификацию»¹⁰.

Короче говоря, правда похожа на уравнение с двумя неизвестными, которое решается путем замены одной бессмыслицы на другую.

Разворачивающееся в четырех временах действие романа повествует о медленной маргинализации Уинстона Смита, который, излагая «конфликтующие с политикой Партии мысли» в своем дневнике (что запрещено), постепенно становится «преступником мысли». Его вина также в том, что он встречает молодую женщину Джулию, члена Антисексуальной лиги (буквально — феминисткой), с которой у него в конце концов произошла тайная любовная встреча (а это противоречило линии Партии). По этой причине Смит становится «объектом ненависти» в руках «Полиции Нравов», которая пыгает его по подозрению в преступлениях против Языка (что является справедливым наказанием за его отвратительные преступления). В конечном счете, «благословленный любовью» и убежденный в своей «преступности», Уинстон Смит с внушенной ему благодарностью к Партии и к Большому Брату позволяет вести себя к месту «испарения» (используя неологизм новояза), или к месту «экзекуции» (выражаясь старым языком), — что свидетельствует о существовании справедливости в этом низком мире, даже если она

¹⁰ *Orwell G.* 1984. P. 58.

иногда приходит несвоевременно¹¹. Таким образом, «борьба была закончена. Он одержал победу над собой самим. Он полюбил Большого Брата»¹².

Короче говоря, весь роман является описанием, показывающим могущество неологизма. Оруэлл тщательно исследует, как неологизм проявляет себя и, благодаря Власти, превосходит естественные языки (т.е., выражаясь с помощью неологизма, старояз), которые, как все знают, являются ошибочными и могут бесконтрольно использоваться некоторыми индивидами в искаженном виде. Следовательно, речь идет о требовании, толкающем к правильному пониманию достоинств нового языка и того, как новояз может и должен (как говорят его защитники) стать мерилom нашей реальности и формой выражения наших так называемых объективности или позитивности. Оруэлл также указывает нам на это в одном из ключевых фрагментов своей книги, где эта мысль выражается одним из агентов режима по имени Смирн:

— Неужели Вы не видите, что настоящая цель новояза — это сдерживание границ мысли. В конце концов, за отсутствием необходимых для этого слов станет невозможным совершить преступление мысли. Все необходимые понятия можно будет точно выразить только одним словом, смысл которого будет строго ограничен. Все дополнительные значения будут удалены и забыты... С каждым годом все меньше и меньше слов и их смысловых значений. Отныне не будет более повода или причины для преступления, совершенного мыслью. Это всего-навсего вопрос личной дисциплины, владения собой. Но, в конце концов, надобность в самодисциплине также отпадет. Революция свершится, когда язык станет безукоризненным... Думали ли Вы когда-нибудь, Уинстон, что в 2050 году, а может быть, позже, не останется ни одного человеческого существа, способного понимать разговор подобно тому, что мы ведем сейчас?

— Кроме... — неуверенно начал Уинстон, но он прервал свою речь...

— Пролетарии не являются людьми, сказал он [т.е. Смирн] небрежно. К 2050 году, возможно, чуть раньше, носители старого языка исчезнут, все литературное наследие прошлого будет утеряно. Чосер, Шекспир, Мильтон, Байрон не будут существовать в но-

¹¹ «Иногда их освобождали и позволяли пребывать на свободе в течение года-двух, прежде чем придать экзекуции. Периодически, очень редко, люди, считавшиеся умершими на протяжении нескольких лет, неожиданно появлялись на тех или иных публичных процессах подобно призраку, упоминали в своих показаниях сотни людей и после этого исчезали. На этот раз навсегда» (Ibid. P. 65).

¹² Ibid. P. 391.

вом языке... В конце концов, не останется ни одной мысли из тех, которые сейчас понятны для нас. «Ортодоксальный» означает не мыслящий, не нуждающийся в размышлениях. Ортодоксальность бессознательна¹³.

Пусть будет так! И тем не менее, даже если (несмотря на то что еще остались очаги сопротивления — приверженцы Чосера, Шекспира, Мильтона, Байрона и авторов других книг, не рекомендованных Партией и поэтому не публикуемых в качестве книг, наставляющих на «путь истинный», список которых даже нет смысла перечислять — это само по себе могло бы внушить дурные мысли) такое описание нашей реальности справедливо, реалистично и ясно, то подчеркнем, что новояз принимает форму, удобную доминирующей в современном обществе олигархической власти, подобно тому как вода принимает форму русла реки.

В приложении к «1984» Оруэлл излагает несколько принципов новояза. Для нашего исследования наиболее важными являются следующие два принципа. Во-первых, «словарь новояза составлен таким образом, чтобы снабжать пользователя точными определениями, учитывая все оттенки идей, которые член Партии справедливо желал бы изложить. Но данный словарь косвенными методами исключил бы все остальные идеи и даже возможности их появления. Изобретение новых слов и, прежде всего, исключение из языка нежелательных слов, отмена второстепенных значений оставшихся слов, какими бы эти значения не были, способствуют целям Партии»¹⁴. Во-вторых, «помимо желания удалить все слова, смысл которых не является ортодоксальным, истощение словарного запаса воспринималось бы как самоцель и не оставляло бы ни единого слова, без которого можно было бы обойтись. Новому языку предназначалось бы не расширить смысловые рамки языка, а уменьшить область мышления, сводя к минимуму тот набор слов, с помощью которого возможно достичь такую цель»¹⁵.

Подводя итог, вспомним, что тот, кто в совершенстве владеет языком, — в данном случае новоязом, — управляет миром и судьбами других людей. Никто не может сопротивляться ему, оспаривать его и — что немыслимо! — критиковать его. Надо заметить, что наша современность никогда не имела врага столь сильного и безжалостного, как новояз.

¹³ Ibid. P. 74–75.

¹⁴ Ibid. P. 396.

¹⁵ Ibid.

2. О языке «нового юридического нарратива»

Что же конкретно мы понимаем под «новым нарративом о праве»? Скорее всего, мы ответим, что речь идет о подлинно новом языке, «новоязе», о способе говорить на языке «нового нарратива о праве». Тут не идет речи о лингвистической аномалии или об идеологической узурпации слова «право» (даже если таких случаев множество) — мы имеем в виду некий язык, который, как и все другие языки, гипотетически готов перенять принятые в обществе значения. Но прежде всего это — особый язык, который уничтожает все рассуждения, касающиеся вопросов права, и который в то же самое время готовит легкую смерть всем подлинно юридическим проектам. Таким образом, это не разговор о правовой ситуации и тем более не о юридическом выборе. Мы говорим о языке, который собирается распространиться как особенный язык, на котором будут говорить о праве — о языке «нового нарратива о праве».

Чтобы обосновать наши наблюдения, проанализируем три ключевых элемента «нового нарратива о праве».

Во-первых, подчеркнем, что применительно к «новому нарративу о праве» нужно определить его языковую структуру: либо на оси бытия, либо на оси обладания. Это означает, что необходимо структурировать «новый нарратив о праве» так, как если бы право уже существовало в «реальности», в «обществе», в «материальном мире», «в фактах» и т.д. Просто необходимо, чтобы «право» (или то, что его замещает) существовало в том или ином виде — как «позитивно», так и «физически». На самом деле по поводу слова «право» можно утверждать, что оно существует в определяемой форме только благодаря «новому нарративу о праве». Следовательно, такая возможность оставляет широкий простор его приверженцам и, разумеется, дает слишком много места для досужих домыслов. Нет никакой опоры для утверждений о том, что право уже существует здесь и сейчас, кроме упомянутых выше осей бытия и обладания; по этой причине конфликтующие течения внутри «нового юридического нарратива» борются друг с другом за право определить конкретный выбор в этом отношении. Это позволяет данным течениям заставить верить в то, что они действуют несогласованно и что невозможно думать о праве вне рамок «нового нарратива о праве». К тому же роман «1984» повествует о том, что Партия искусственно создает себе оппозицию, которая является намеренным извращением идеологического мира Партии¹⁶.

¹⁶ Ibid. P. 229–230.

Во-вторых, отметим: в перспективе «нового нарратива о праве» всегда предполагается, что право способствует процветанию «Умений», «Знаний», «Науки». Имеется в виду сознательное конструирование образа «права» как чего-то самораскрывающегося, знающего самое себя, способного совладать с собой, проводящего над собой научные эксперименты. Такое «право» (или то, что его замещает) проистекает из позитивности (бытия или обладания, это зависит от выбора) — необходимо, чтобы от имени права говорил некий «знарок» права. Идет ли речь о том, чтобы заставить верить или же, что проще, заставить принять область права в качестве особой области, к которой мужчина и женщина не должны прикасаться и (кстати, еще с меньшей вероятностью) о которой они не должны позволять себе высказываться на публике? Либо же речь идет об области, как утверждают приверженцы «нового нарратива о праве», где нужно быть серьезными, где нужно оставить прерогативу высказываться только занимающимся «наукой», знающим людям? Мы должны вспомнить, что у Оруэлла «пролетарии», т.е. обычные мужчины и женщины, принципиально не упоминались в качестве индивидов в новоязе, чтобы этот язык мог еще эффективнее обобщить мир, в котором эти пролетарии жили как «объекты».

В-третьих, подчеркнем, что, следуя доктрине «нового нарратива о праве», необходимо взаимодействовать с организованной Властью или, что более точно, с одним из тяготеющих к «праву» центров Власти. Для сторонников «нового нарратива о праве» это означает необходимость, зависящую от идеологического выбора и проецируемую на оси «бытия или обладания». Точнее, необходимость в правильном выборе момента материализации, в эффективности. Например, тот, кто выбрал ось «бытия», будет склонен конкретизировать ее в плане судебном или законодательном так, чтобы это позволило ему настаивать на своей «правоте», на том, что эффективность этих институтов подтверждает его концепцию права (или проще — «право-идею»¹⁷, подогнанную под конкретные обстоятельства). Тот, кто, в свою очередь, выбрал ось «обладания», будет склонен проецировать эффективность «нового нарратива о праве» на социологизм, плюрализм и прочие сходные идеологические конструкции. К этим конструкциям присоединяется, разумеется, и возможность в рамках «нового нарратива о праве» совмещать необходимость и эффективность, чтобы тем самым найти опору этому нарративу как в бытии, так и в обладании. Что касается Оруэлла,

¹⁷ В оригинале «*Idéo-droit*». — Прим. пер.

вспомним, что новояз был у него прежде всего вирусом, который атаковал память, суждения и особенно роль здравого смысла.

Безусловно, каждый из этих элементов вытекает из другого, а движение «нового нарратива о праве», в конце концов, оказывается победителем. Стало быть, именно язык «нового нарратива о праве» играет здесь ключевую роль, даже если этот язык допускает вариативность и суровую борьбу между кланами.

У того, кто преуспеет в усвоении этой внутренней идеологии, прибавится опьяняющее, бурлящее от радости чувство свободы клеймить тех, кто не любит «новый нарратив о праве», как отсталых людей или как злобных врагов, атакующих не что иное, как «позитивную реальность», если речь здесь не идет о чем-то еще худшем. В дополнение к этому здесь проявляется и проказа нашего времени — стремление к политкорректности, к морали, к этике; разделяющие это стремление лица безумно счастливы от идеи попользоваться «новым нарративом о праве» и от жадного желания использовать власть, чтобы раздавить даже тех, которые скромно поднимают голову, чтобы просто задуматься или пойти вперед.

Надо иметь в виду то, что язык — это Власть! Возможно овладеть словом «право», — не в рамках судебного процесса перед независимым арбитром, т.е. перед государственным или негосударственным судьей¹⁸, — а использовать его как идеологический элемент и как оружие отговаривания и запугивания, как могущественный символический меч, которым (если использовать буквальную аллегорию) можно безотказно поражать врагов. Если слово «право» может, в принципе, употребляться в любой ситуации — как сильным, так и слабым, — то его место в неравноправной символической системе заключается в усилении и акцентировании Власти, которая как таковая уже установлена и организована. Тот, кто говорит от имени «Права», кто использует это слово как оружие против других, тот, повторимся, занимает свое место внутри «нового нарратива о праве», который исключает возможность оппозиции, критики или обдумывания. Совет, который можно дать всем добросовестным мужчинам (или добросовестным женщинам), противостоящим «новому нарративу о праве», может быть таким: «Бегите! Спасайся, кто может! В укрытие!».

¹⁸ Мы не анализируем употребление слова «право» в судебном процессе и перед «независимым арбитром». В соответствии с принятым определением, «новый нарратив о праве» является социальным, политическим и «юридическим» явлением. Но это не исключает возможности того, что «новый нарратив о праве» заразит и судебный процесс.

3. «Новый нарратив о праве» как правовая догматика

Давайте детально рассмотрим феномен «нового нарратива о праве» в области правовой догматики (или доктрины). Речь пойдет о ключевой для правовой практики области, поскольку, буквально выражаясь, тут дело касается социализации и профессионализации лиц, желающих применять свои навыки для решения юридических вопросов. Важность правовой доктрины, безусловно, не следует недооценивать, так как именно в ней происходит форматирование духа и мысли, что позволяет людям действовать в области права. Этим и объясняется признание значения правовой доктрины сторонниками «нового нарратива о праве», как бы они при этом ни переживали по поводу того, как с помощью доктрины укрепить концепцию «нового нарратива о праве» и упрочить этим свое господство. Как же они достигают своей цели?

Прежде всего, речь идет об уничтожении! Для того чтобы «новый нарратив о праве» правил единолично и полноправно, ему следует разрушить старый язык права, т. е., если припомним выражение Оруэлла, «разрушить старояз». «Новый нарратив о праве» не имел бы никаких шансов без решительного желания деформировать, истощить и высмеять используемый юристами язык права. Отсюда вытекает важность, даже потребность для сторонников «нового нарратива о праве» модифицировать и разрушить естественный язык, используемый юристами, а взамен навязать идеологию, искажающую первоначальный смысл старых слов. Исходя из этого, появилась необходимость создания словаря «нового нарратива о праве», способного продемонстрировать невозможность всех остальных видов мировоззрения и способного снабдить лингвистическими средствами сторонников «нового нарратива о праве» для выражения мыслей через общие идеи и правила мышления.¹⁹

Проблематика «источников права» может послужить нам примером. Вспомним, что в старом языке права это выражение используется для обозначения наружных векторов права, которые необходимо (при известных условиях) уважать, анализировать и использовать в юридической практике. Если наше описание «нового нарратива о праве» хотя бы частично справедливо, то старый язык права в глазах подпевал этого нового нарратива граничит с богохульством, поскольку в рамках нашего описания предполагается, что источники права следует искать как «тексты» вне сферы собственно права;

¹⁹ Ibid. P. 395.

одним словом, что юристы имеют причины для того, чтобы принимать во внимание и уважать источники права на практике. Почему? Просто потому, что эти источники права создаются социальными акторами, политиками, судьями, компетенция которых признана в качестве законной и легитимной в рамках соответствующих процессов, способных выйти за пределы фактичности Авторитета и Власти. Эти источники создаются с целью публичной стабилизации дискуссий о праве. Отсюда и особая важность демократических процессов для того общества, которое вступает в правовую современность. Как мы только что говорили, это утверждение превращается в кошмар и кошунство для каждого сторонника «нового нарратива о праве», обнаружившего в нем (совсем не обосновательно) риск уничтожения основополагающих элементов его веры. Постановка вопроса о праве как об автономном, связанном с практикой и с деятельностью конкретных акторов явлении выглядит как оскорбление, брошенное в адрес «нового нарратива о праве», поскольку именно в этих аспектах необходимо обратное, «как того требует новый нарратив о праве»! Легко будет понять, в какое невыносимое и неудобное положение этим утверждением будут поставлены воспеватели «нового нарратива о праве».

Чтобы уничтожить термин «источники права», у сторонников «нового нарратива о праве» нет другого выбора, как отказаться от тезиса о том, что «источники» находятся «вне права». Они могут утверждать, что источники не могут находиться «вне» права, поскольку все в праве задается в терминах тождественности этого мира, поскольку «позитивность» означает того, что нет ничего кроме реального мира. Из этого следует доказательство искомого тезиса: право должно пониматься и полагаться как тождественное своим «источникам». Если некоторые ученые принимают такое утверждение, то сторонник «нового нарратива о праве» может теперь воспользоваться схемой мышления, которая ссылается на то что:

законодательство	равно/тождественно	праву
судебная доктрина	равна/тождественна	праву
обычаи	равны/тождественны	праву
правовая доктрина	равна/тождественна	праву

Все проблемные (т.е. юридические) вопросы тем самым исчерпаны. Право благодаря «новому нарративу о праве» всегда тождественно самому себе. Или, как говорил Оруэлл в романе «1984»,

«2+2=5», или же «Война — это мир»²⁰. Почему? Во-первых, потому что здесь мы имеем «новый нарратив о праве», во-вторых, потому что это — новояз. И кто может опровергнуть это или сказать, что такое изречение бессмысленно? Кто осмелится сказать, что это неверный путь? Никто, поскольку такого отступника придадут порицанию с первого же слога, произнесенного им не на новоязе или не на языке «нового нарратива о праве», как идейного преступника и в любом случае как ненадежное лицо.

Мы должны это хорошенько уяснить! Тезис о тождественности закона / права / судебной доктрины / правовой доктрины (и т.д.) сам по себе — золотая жила для «нового нарратива о праве». Тут можно привести аллегорию пещеры Али-Бабы. Использование волшебного заклинания позволяет каждому говорящему на языке «нового нарратива о праве» утверждать, что верховные суды не занимаются судебной доктриной, но занимаются созданием права и, может быть, также и законодательной деятельностью. На самом деле чем же занимаются верные сторонники «нового нарратива о праве» и авторы юридической доктрины / догмы? Если вы еще не уверены в том, что они также занимаются созданием «права» — не сомневайтесь в этом! Ведь они пишут юридическую догму — а это, несомненно, является «правом». Чтобы придать этому занятию наукообразный вид, они, естественно, вводят некоторые неологизмы новояза, заимствуют стиль «действующего права» или же «стиль действительного права». Но в соответствии с господствующей в этом нарративе логикой (изложенной выше) создается все-таки «право». Эту же мысль справедливо увековечил Мольер словами господина Журдена: часто прозой говорят, не зная об этом, а когда ты об этом уже знаешь, у тебя нет другого выбора, кроме как продолжать говорить прозой (ежедневно)²¹. Это, кстати, то, чего никогда не отрицают сторонники «нового нарратива о праве».

Проясним наш тезис о перестройке юридической догмы, делая акцент на другую тему, а именно на «новый нарратив о праве» в качестве «обновления» языка. Речь идет о том, чтобы заставить верить в то, что смысл понятий, избранных терминов, (переписанных) или сфабрикованных «новым нарративом о праве», является по своей форме и содержанию формой или содержанием «права». Не будем при этом упускать из вида идеи Оруэлла. В качестве задачи ставится обращение

²⁰ Ibid. P. 111, 382.

²¹ Мольер Ж.-Б. Мещанин во дворянстве. Действие II. Явление VI.

в веру и поклонение «новому нарративу о праве» для установления подчинения и господства в «правовой действительности (такой, как ее создает «новый нарратив о праве»)). Три поправки напрашиваются на то, чтобы их внесли в «новый нарратив о праве»:

1. Следуя принципам «нового нарратива о праве», необходимо верить в существование понятийного права. Если старый язык, язык юристов отрицал любое «правовое» содержание в понятиях, новый язык делает обратное: понятие снабжается, в зависимости от восприятия отдельно взятого сторонника «нового нарратива о праве», правовым содержанием на оси бытия или на оси обладания. Как только этот результат достигнут, вы способны убедить ваших слушателей в том, что право найдено. Если у вас есть на то желание, благодаря «новому нарративу о праве» вы также сможете настаивать, что слова «собственность», «договор» и т.д. уже стали частью права.

2. Вы можете, по-прежнему говоря на языке «нового нарратива о праве», полагать, что определенные слова, понятия, идеи и т.д. не были правильно поняты как части «права». Благодаря «новому нарративу о праве» такие недочеты могут быть легко исправлены и устранены. Последователь «нового нарратива о праве» может с самоуверенной эlegantностью переиначить такие слова, как «суверенитет», «народ», «нация» и т.д., и считать их частью права. Тем же самым образом он может искать в других научных дисциплинах понятия, которые можно переиначить и переформулировать в качестве части права. Это проделывалось неоднократно, так зачем останавливаться?

3. «Новый нарратив о праве» также может укрепить веру в то, что и другие слова, концепции, понятия и т.д. заключают в себе возможность называться «правом». Действительно, почему бы не заставить верить в то, что «устойчивое развитие», «справедливая торговля», «помощь в целях развития», «рыночная справедливость» и т.д. благодаря магии «нового нарратива о праве» уже стали «правом»? Если все эти понятия теперь привлекают к себе симпатию в нашем дезориентированном мире, почему бы не сделать переворот? Почему бы не объявить, при поддержке «нового нарратива о праве», что все это уже «право»? Подобные симпатичные понятия совершенно естественно будут восхвалять «новый нарратив о праве» за его прогрессивность и открытость миру!? Почему нет, если за это можно заплатить? Это дает столько власти!

В конце концов, здесь проявляется язык в виде «власти», поскольку после того, как правовая доктрина / догма (которую мы

можем с легкостью называть правом) была возведена в ранг хозяйки слов, все зависит как раз от соответствующего понятия! Тот, кто внимательно следил за процессом развития теории права (в смысле становления письменной традиции юридической догматики), будет настроен немного скептически, так как, если вспомнить знаменитую школу юриспруденции понятий («*Begriffjurisprudenz*»)²², решающее значение имеет исходная точка исследования: идеализация понятий снимает все юридические вопросы. Школа юриспруденции понятий действительно рассматривалась как вершина теории права в XIX в., и теперь забавно наблюдать, как она возвращается подобно второй волне цунами. Конечно, как написал бы Маркс, первый раз это было комедией, а второй раз (т.е. сегодня) это трагедия, т.е. «новый нарратив о праве»!

4. «Новый нарратив о праве» как философия права

Теперь нужно рассмотреть философию права в свете натиска «нового нарратива о праве». Смогла ли философия права защитить себя с честью, или она, как трус, сдалась перед боем? Сумела ли она защитить себя и, что более важно, защитить ключевую область развития, развертывания сил и сохранения интеллектуального здоровья в праве? Так как этот последний аспект подвергается наиболее яростным нападкам со стороны приверженцев «нового нарратива о праве», мы сознательно переносим наш анализ на этот уровень.

Корни доминирующего сегодня «нового нарратива о праве» уходят глубоко и теряются в истории идей (или философских представлений). Для понимания психологического аспекта или, еще лучше, роли психолога, реанимирующего «новый нарратив о праве», несмотря на прямую угрозу интеллектуальному здоровью права, следует обратиться к одному из инициаторов этой авантюры в истории мысли — к Томасу Гоббсу (1588–1679).

Книга Томаса Гоббса «Левиафан» (1651) — потрясающее сочинение. Это не книга о праве, как можно было бы предположить исходя из ее названия «Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского». Это книга о Власти; книга, в которой рассматривается вопрос о том, как гражданин может достичь безопасности и спокойствия. В итоге, вопрос права является

²² *Jouanjan O.* 1) *École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX^e siècle)* // *Dictionnaire de la culture juridique* / dir. D. Alland, S. Rials. Paris, 2003. P. 571–578; 2) *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1980–1818)*. Paris, 2005.

всего лишь второстепенным, философским дополнением к вопросу об учреждении и развитии Государства, единой Власти, которую символизирует Левиафан. Что касается психологии, достаточно сосредоточиться на одном из ключевых утверждений Гоббса, чтобы понять ее: «И так как естественное состояние для человека... есть состояние войны всех против всех, когда каждый управляется своим собственным разумом и нет ничего, чего он не мог бы использовать в качестве средства для спасения от врагов, то отсюда следует, что в таком состоянии каждый человек имеет право на все, даже на жизнь всякого другого человека»²³.

Поражает то, что это утверждение кажется настолько известным и привычным, что мы склонны согласиться с ним. Но вот в чем проблема: современная психология побуждает нас принимать то, от чего было бы разумно отказаться полностью и бесповоротно! Что происходит? Ничего, кроме того, что мы из-за отсутствия бдительности не почувствовали интеллектуальную ловушку, предназначенную нам, и она нас поглотила, проникла в наши тела и души и привела нас в силки «нового нарратива о праве».

По (неверному) утверждению Гоббса, мы желаем использовать слово «право», чтобы охарактеризовать отношения между какой-то вещью и неким индивидом. Короче говоря, существует «право» на вещи. Если в старом языке права отношения, например, между индивидом и яблоком касаются психологии (если же нет, то это незначительная мелочь для серьезных юристов), то, по Гоббсу, такое отношение также затрагивает и право, становясь характеристикой или даже моделью для осмысления и познания права. Подумать только! Создавая такую психологическую концепцию права (или же просто «право-идею»), Гоббс бросает нас в ранее неизвестное воображаемое право, где значение имеет только психологическое отношение, не способное конкретизировать себя иным способом по отношению ко всем остальным отношениям иначе, как через господствующий «новый нарратив о праве». Либо же просто это рассуждение становится скучным, бесконечным повествованием, где каждый выражает свое отношение к вещам этого мира посредством новояза и «нового нарратива о праве».

Модель, которую нам дает Гоббс, совершенно непроверяема. Она объясняет все! Она делает нас сильнее в психологическом плане

²³ Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. М., 1991. Гл. XIV. С. 99.

и укрепляет в социологическом и политическом планах — весь все упомянутое предположительно относится к «праву», и каждый индивид может спать спокойно или же проснуться и с любопытством созерцать шум мира сего.

Но психологическая модель права здесь является прежде всего операционной, так как предполагает, что «право» (т.е. психологическая «право-идея») может поддаваться наблюдению. Мы можем рассматривать ее как «право»: и со сцены, и с балкона²⁴. За счет наших психологических способностей мы можем понимать внешние выражения нашей психической жизни как «право», как если бы психология могла определять наши действия (что очень возможно в метафизической системе). Из этого следует, что мы творим право самостоятельно, даже если нас окружают другие люди. С этой точки зрения, Робинзон Крузо, оставшись один на острове, должен быть признан юристом. Все это, очевидно, утверждается сидящими на «балконе» и смотрящими на других сверху, где, согласно нашим психологическим познаниям, мы можем или аплодировать другим, или освистывать их. Если мы устроимся напротив «сцены», ракурс изменится, отношения между индивидуумом и вещью станут иными, так как подобное отношение будет наблюдаться под другим углом.

Пойдем правильно! Мы утверждаем, что рассматриваемая модель непроверяема, что все жаждут говорить на языке «нового нарратива о праве» потому, что наш разум попал в психологическую ловушку. Мы постоянно пользуемся правом в роли потребителя и, подобно королю-гурману, любим наслаждаться тем, что нам нравится и что оставляет приятное послевкусие. Тот, кто говорит на языке «нового нарратива о праве», заранее нацелен на победу и на внимательную аудиторию, ибо кто может протестовать против вкусов, против образа надежности и прочности?! Никто! Это просто обрекает противников «нового нарратива о праве» играть неприглядную роль на празднике-маскараде.

Теперь обратимся к другому психологическому аспекту и к нападкам психологов на философию права. Как мы видим, сторонники «нового нарратива о праве» любят понятия. Они любят заставлять верить, что благодаря какой-то магической силе понятия уже являются «юридическими» или «правовыми». Так как это упроща-

²⁴ Эта аллегория приведена в работе: *Ost F., Van de Kerchove M. De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? // Normes juridiques et régulation sociale / dir. F. Chazel, J. Commaille. Paris, 1991. P. 67–80.*

ет жизнь, почему бы в это не поверить? Следует сказать, что здесь речь идет о парадигме, которую «новый нарратив о праве» может использовать под маркой философии права. Почему не взять термин, предполагающий «право» как точку отсчета и построения «мировоззрения» (т.е. идеологии понимания мира) для юристов, как Кант сделал это в «Метафизике нравов»?

Доктрина права как философия терминов, по Канту, попросту перенимает доктринальный багаж своего времени для того, чтобы показать, что каждый этап философского исследования обнаруживает свой юридический характер²⁵. Это как раз дает перечень понятий (всех юридических предположений), которые находятся в этом списке для получения метафизического (или философского) благоговения от Канта. В ином случае такая доктрина была бы осуждена как скучное чтение. Но в данном случае проблемы нет, так как все понятия становятся правовыми благодаря метафизической силе повествования. Наверное, лучше всего смысл метафизической стратегии чувствуется не там, где Кант не удовлетворяется тем, что вводит в свою теорию понятия юридической доктрины, а там, где он забавляется придумыванием новых терминов, которые он способен обогатить и интегрировать в свою философию.

Как подчеркнул Кант, космополитическое право — «это юридический принцип»²⁶. Но как это возможно? Что за метафизическая сила действует в мире людей, чтобы таким образом трансформировать «слово» в «право»? Как получилось, что понятие стало юридическим? Ответ настолько прост, что бросается в глаза: потому что это соответствует философской концепции Канта.

²⁵ Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. М., 1965.

²⁶ Там же. С. 138 — См. работу того же автора: *Kant I. Vers la paix perpétuelle, Que signifie s'orienter dans la pensée? Qu'est-ce que les Lumières?* Paris, 1991. P. 75–147 (речь идет о сборнике, в который включены работы Канта: 1) Кант И. К вечному миру // Кант И. Сочинения: В 6 т. Т. 6; 2) Что значит ориентироваться в мышлении // Кант И. Сочинения: В 6 т. Т. 5; 3) Ответ на вопрос: Что такое просвещение? // Кант И. Сочинения: В 6 т. Т. 6. — *Прим.пер.*). — Автор настоящей работы анализирует вопрос космополитического «права» в статьях: *Melkevik B. 1) Cosmopolitisme contemporain: à propos du droit, guerre et terrorisme // Enjeux philosophiques de la guerre, de la paix et du terrorisme / dir. S. Courtois. Québec, 2003. P. 121–138; 2) Le droit cosmopolitique: la reformulation habermasienne // Universitas Iuris. Rosario (Argentine). № 21. Avril 1999. P. 67–77 (статья перепечатана в сборнике моих работ: *Melkevik B. Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit. Québec, 2002. P. 135–152; перевод на каталонский язык: Melkevik B. El derecho cosmopolita: La reactualización habermasiana // Derechos Humanos. № 1. Cuadernos del CEIDH, Centro de estudios e investigaciones en derecho humanos de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 2002. P. 221–237; Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Buenos Aires, 2002. T. 22. P. 203–218).**

Уточним, что, к несчастью, Кант является заложником философии справедливости, монологизма, там, где скорее требуется универсальность суждений в коммуникативном диалоге взаимодополняемости, из которого ни на практике, ни в «праве» не исключается никто, и тем более не изгоняются какие-либо языковые выражения.

Насколько мы восхищаемся вкладом Канта в философию, настолько же нам кажется, что не следует адаптировать кантианскую философию к области «права», поскольку ей не хватает элемента, обеспечивающего применимость к праву, т.е. диалогичности и публичного мнения²⁷.

Какие уроки мы извлекаем из всего вышесказанного? Философия права просто проводит проверку интеллектуального здоровья права в проблемных местах. Враг этого интеллектуального здоровья — «новый нарратив о праве» — не существует вне философии права, но существует в ней. Подобно червю, он прокладывает в ней свои ходы, которые делают труд философов права еще более сложным.

5. «Новый нарратив о праве» как мультикультурализм

Нет смысла питать (вопреки рассудку) иллюзии о том, что язык «нового нарратива о праве» в том или ином виде предназначен только для юристов. К сожалению, это не так. Хотим мы этого или нет, язык «нового нарратива о праве» предназначен для всех без исключения. Имидж «права» как того, что соответствует всему, что происходит в обществе, настолько соблазнителен, что каждый верит в эту идею и пытается зацепиться за нее. Именно здесь мы приходим к понятию мультикультурализма, который представляет собой элемент «нового нарратива о праве» и как таковой переворачивает всю перспективу права²⁸. Почему? Потому, что требования универсальности создают путаницу и неясность вокруг идеи «партикуляризма» (т.е. погружения в недра особой культуры). Это требование влечет за собой следствие, которое высмеял бы Оруэлл, — писанину о си-

²⁷ *Melkevik B.* Kant et Habermas. Réflexions sur «La Doctrine de droit» et la modernité juridique // *Droit et vertu chez Kant. Kant et la philosophie grecque et moderne.* Actes du 3^{ème} Congrès de la Société internationale d'études kantienne de langue français / dir. E. Moutsopoulos. Athènes, 1997. P. 323–330 (перепечатано: *Diotima, Revue de recherche philosophique / Review of philosophical research.* Athènes, 1999. № 27. P. 121–128).

²⁸ Это означает, что понятие «мультикультурализм» само по себе не виновато. Мы считаем, что свободные от «нового нарратива о праве» мультикультурные перспективы могут быть сопряжены с горизонтом современного права (*Melkevik B.* *Tolérance et modernité juridique.* P. 67–75, особенно P. 73).

туативной «право-идее», выходящей за пределы рассудка и способствующей разрушению самого смысла права.

Прежде чем продолжать, нам нужно четко определить ставки в игре. Подчеркнем, что старояз, т.е. прежний язык юристов, не претендует на «универсальность». Это просто невозможно! Гораздо более скромной задачей для юридической мысли является поиск того, как расположить вопрос о праве в перспективе универсальности. Зачем? Просто для того, чтобы убедиться в том, что суждение, способное впоследствии приобрести правовой статус, избежит падения на дно, насколько это будет возможным.²⁹ Речь, таким образом, шла бы об оценке качества суждения, оценке вопроса о праве или юридической культуре применительно к опасностям «двойного измерения и двойного стандарта», иными словами, применительно к опасностям дискриминации, фаворитизма, этноцентризма, непотизма, сегрегации и т.д. Критерий «универсальности» в какой-то степени был бы необходим для улучшения и облагораживания права в рамках такого процесса, который самостоятельно обнаруживает свои ошибки, чтобы больше их не совершать. Когда нас уверяют, что старый язык права не был универсальным, уточним, что причина скрывается в том, что процесс оценивания никогда не знает остановки; что каждый индивид должен отвечать за свои поступки и суждения и что, в конце концов, задачей публичной сферы всегда была интеллектуальная переработка смысла, который мы разом и без детализации приписываем понятию универсальности.

Тем не менее здесь нет ничего, что могло бы сопрячь «новый нарратив о праве» (и новояз) с осями «обладания» или «бытия» (а это так необходимо для того, чтобы задействовать «новый нарратив о праве»); нет ничего для устройства бала понятий, для построения их метафизики или для анализа их «реальности» (то, чем «универсальность» никогда не будет обладать); тем более здесь нет ничего для подпитки психологизма (столь дорогого для приверженцев «нового нарратива о праве»). Что делать? Как атаковать? Как изменить? На самом деле, это возможно с помощью чего-то доброго и симпатичного вроде «братства народов». Короче говоря, следует предположить, что любой вопрос, касающийся «универсальности», является культурным вопросом и что «право» (ситуативную «право-идею») поэтому нужно понимать как фактичность, обычай, культу-

²⁹ Иными словами, в пределах той здоровой культуры, которая из правовой современности сделала критерий оценки любого суждения о праве.

ру. Если это будет сделано под флагом мультикультурализма, никто не будет протестовать и вообще чего-либо говорить; и тогда «новый нарратив о праве» проникнет повсюду и изменит все.

То, что мы сейчас утверждали, более подробно изложено в знаменитой статье Раймундо Паниккара «Концепция прав человека — является ли она западной концепцией?»³⁰. Паниккар объясняет (напрямую связывая этот вопрос с «новым нарративом о праве»), почему, по его словам, парадигма «прав человека» должна рассматриваться как «западная» и почему не существует универсальности.

На самом деле Паниккар развивает свою критику «прав человека» от имени множества человеческих культур и в пользу (как мы можем предположить) защиты этого множества против компрессионного катка, по его словам,двигающегося на нас в виде универсальной концепции прав человека и правовой современности, которая при определенных условиях будет в состоянии реализовать эти права на практике. Речь идет о достаточно парадоксальной критике понятия прав человека, так как, несмотря на констатацию того, что современная система прав человека защищает множественность культур (культурный плюрализм), эта концепция лукаво оборачивает данный факт против универсальности, которая как раз и вдыхает жизнь в разбираемое понятие. Почему? Потому, что Паниккар думает, что понятие прав человека есть настоящий троянский конь, состоящий на службе западной культуре. Ученый обнаруживает в этом понятии абстрактную рациональность, антропоцентризм, индивидуализм и атомизм, ему удобно верить, что права человека навязывают все это культурам, исповедующим другие ценности, имеющим другие обычаи и другие этнические устои.

Паниккар настойчиво утверждает, что он не настолько бесчувствен к ценности так называемого всеобщего значения понятия прав человека, но выдвигает подобные утверждения для того, чтобы выставить себя в качестве сторонника «нового нарратива о праве» и утверждать, что поскольку в этом понятии нет «субстанции», то в нем мы находим всего лишь стратегию. Ему отвечают с озлоблением: как

³⁰ *Panikkar R.* La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental? // *Interculture*. Vol. XVII. № 1. Cahier 82. 1982–1983. P. 3–26. — В следующем номере этого журнала (*Interculture*. Vol. XVII. Cahier 83. 1984. P. 49–82) мы находим комментарии ряда авторов (*G. Baum, H. Berman, M. Chiba, D. Goulet, E. Le Roy, J. Mohawk*), а также ответ на эти комментарии со стороны Р. Паниккара. Изначально эта статья Паниккара была опубликована: *Diogenes*. № 120. 1982. P. 87–115. — См. также: *Melkevik B.* Tolérance et modernité juridique. P. 130–131.

можем мы познать «универсальность»? Ведь «универсальность» никак не может быть объектом познания (кроме как в безумных мечтах «нового нарратива о праве», как мы знаем). И насколько такая найденная Паниккаром «отмычка к праву» дает основания для того, чтобы усомниться в существовании универсальной человеческой природы? Согласно Паниккару, здесь возникает вопрос о том, как можно эту природу познать, поскольку она не дана нам эксплицитно. Но почему в итоге возникают вопросы, на которые совершенно невозможно рационально ответить? Чем по своей природе является метафизический порядок? Ведь на кону стоит не какой-то ответ на неправильно поставленный вопрос, а намерение Паниккара поставить под сомнение то, что понятие прав человека может быть использовано в демократических дебатах или в правовой современности.

Давайте сейчас рассмотрим второй аспект «мультикультурализма», который тесно связан с тем, что мы только что утверждали. Следует понимать, что атака сторонников «нового нарратива о праве» против любой оценки универсальности «права» заходит очень далеко. В конечном счете, она всегда касается нашей повседневной действительности и нашего существования здесь и сейчас; тем самым она отсылает нас к правовой практике. Здесь, как мы уже сказали, «испарение» (по терминологии Оруэлла) универсальности скрывает только обскурантизм, восхваляемый «новым нарративом о праве» в том, что касается ценностей, приписываемых культурным устоям индивидов.

Вкратце, если следовать идеям Паниккара или «нового нарратива о праве» (то, чего нам никогда не следует делать!), право (т.е. «право-идея») всегда есть нечто «культурное». Паниккар может неправильно утверждать, что фактичность, позитивация, культура и т.д. создают «право». Это ведет к новоиспеченным дефинициям со стороны «нового нарратива о праве», который утверждает, что обычаи, общепринятые (или аберрированные) культурные ценности, практики, мнения о «справедливости» также следует понимать как «право». Такая галиматья не должна нас обескураживать, так как нужно понимать, что она ни к чему нас не приведет, либо же нам придется опустить руки и запретить все критические мысли, ставшие лишними в мире, говорящем на языке «нового нарратива о праве». По словам последователей «нового нарратива о праве», нужно вновь зайти в лесные дебри.

Почему? Потому, что «право» должно быть там! Идет ли речь о Черном лесе (Шварценвальде), в чащах которого германский куль-

турный национализм находит истинное (ни больше ни меньше!) немецкое «право», либо же мы говорим о квебекских лесах, где сегодня находят истинное «право» автохтонных народов, — везде мы встречаем успокаивающий и симпатичный образ права (т.е. правоида). Если же мы находим право не в лесах, то делаем это в песчаных дюнах, на равнинах, в саваннах или в современных городах, — но все это предполагает тот же самый результат применительно к «праву», которое там уже существует. Поймите правильно, в заданной культуре ты и на постоялом дворе найдешь только то, что сам принес с собой.

Тем не менее результат заключается в том, что, вместо того чтобы представлять что-то позитивное для всех, культурные корни индивидуума были гипостазированы «новым нарративом о праве» в средство для идеологического мошенничества, в средство, которым можно распоряжаться по своему усмотрению. Короче, вопрос о праве приводит нас только к «новому нарративу о праве» в области культуры. Итак, если вы знаете, что этот нарратив представляет собой, вы предположительно также знаете, что есть «Право». Другими словами, здесь вообще нет никакого «знания», но есть лишь случайная идеологическая конструкция, которая связана с языком «нового нарратива о праве» и которая поэтому ничего не стоит.

Подчеркнем, в конечном счете, что для тех, кто сопротивляется соблазнительному языку «нового нарратива о праве», совершенно ясно, что его идеологические конструкции свидетельствуют о болезни правовой мысли. Возможно, в этом нужно винить трусость юридических модернистов, которые в целом оставили проблематику универсальности и особенности? Возможно, что отсутствие у нас бдительности и мужества позволили языку «нового нарратива о праве» укорениться и все разрушить. Возможно, в итоге мы должны вернуться к детальному анализу универсальности и особенности с тем, чтобы задуматься о том, как эти два параметра в настоящее время связаны с вопросом о современном праве.

6. Стоит ли подводить итог?

Никогда не использовать слово «право» и прикусывать свой язык всякий раз, когда дурные привычки берут над нами вверх, а также общаться с нашими коллегами, да и со всеми другими людьми, с помощью ясных и четких слов и идей — вот какой должна быть наша рекомендация. Уэсли Н. Хохфельд давал те же рекомендации в опубликованных им в «*Yale Law Journal*» статьях-памфлетах (1913

и 1917 гг.), где он предлагал заменить слово «право» на адекватные по смыслу слова, четкие, ясные и понятные, такие как «власть», «недееспособность», «ответственность» и «иммунитет»³¹. Есть еще слова, которые сегодня предположительно прячутся в равной степени (и метафизически!) за терминами «право», «свобода», «правомочие», «компетенция» и т.д., к которым также необходимо добавить другие проясняющие слова. Это позволит нам говорить на более ясном языке и начать дебаты на конкретном уровне. А именно этого слову «право» так и не удалось сделать (мы уже заметили, что слово «право», как и слово «бордель», отсылает нас к миру удовольствий, где рождается «новый нарратив о праве»).

Но мы должны быть реалистами! Признаём, что подобная замена прояснит предмет некоторых споров, поскольку вместо злоупотребления термином «право» мы будем говорить о наших правомочиях, свободах, о нашей компетенции или нашем иммунитете, а наши слушатели лучше поймут, о чем идет речь, и смогут смело расспрашивать нас о смысле всего этого. Также признаём, что никто особо не стремится быть первопроходцем и первым показать всем преимущества простой и ясной речи. Разговоры от имени «права» сегодня имеют почти религиозное значение, и люди цепляются за термин «право», как утопающие за спасательный круг. Именно это так хорошо поняли сторонники «нового нарратива о праве», используя данное слово в качестве плацдарма для идеологического диктата, манипулирования, злоупотребления или утверждения концепции «право-идеи», которая так удачно рифмуется с Властью³².

Однако это не особо привлекательно. В стойкости критического духа многочисленных и властных сторонников «нового нарратива о праве» в юридических вопросах мы обнаруживаем новое движение обскурантизма, ведущее в никуда. Есть ли тут выход? Вряд ли! Сторонники «нового нарратива о праве» не стоят у ворот цитадели, они уже проникли в наше сознание. Они знают, как заставить полюбить себя, льстя нашим желаниям (даже если индивид способен быть

³¹ Hohfeld W.N. 1) Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Yale Law Journal. 1913. № 23. P. 16–59; 2) Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Yale Law Journal. 1917. № 26. P. 710–770. — Эти статьи были собраны и опубликованы в: *Fundamental Legal Conceptions* / ed. W.W. Cook. New Haven, 1919 (впоследствии неоднократно переиздано). — О Хохфельде (и о применении на французском языке словаря понятий по Хохфельду) см.: *Steinauer P.-H. La logique au service du droit. Étude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique.* Fribourg, 1978.

³² Речь идет о созвучности слов «*droit*» (право») и «*pouvoir*» (власть). — *Прим. пер.*

кем-то большим, чем просто беспомощным потребителем), они навязывают свою концепцию «право-идеи» (хотя наш рассудок говорит нам, что это фальшивка), они поют нараспев «Право, Истина, Любовь, Устойчивое развитие» (даже если мелодия звучит странно, как музыка «подчинения и манипуляции»), они повторяют, что желают нам добра (даже если в рамках «нового нарратива о праве» такое добро открывается в перспективе все более нам непонятного и отдаляющегося от нас права).

Что делать? Не остается ничего иного, как заниматься тем, что они презирают! Мысль! Разум! Критика! Коммуникация! Одним словом, работать умом...

Поэзия как стойкость: разоблачение тишины и равнодушия*

Вступление. Сопротивление преследованию и уничтожению человеческой жизни приобретало разные формы и имело различные проявления в течение всей истории. Среди них — написание художественных произведений. Это способствовало формированию риторических позиций, характеризующихся с помощью социальных и политических требований, подчеркивающих насущную потребность эмансипации, справедливости и равенства. На самом деле такие произведения задали новые концептуальные и инструментальные рамки, в которых мы стремились организовать и переосмыслить жизнь, разделяемую нами как людьми, группами людей, а в последнее время — как глобальной общностью.

Этот процесс предоставил нам возможность открыть для себя огромный потенциал языка в его фундаментальном посыле в случаях разоблачения ненависти и систематического насилия в отношении конкретных групп людей. Однако нам также приходится сталкиваться с глубокими человеческими слабостями и сильными сторонами, которые делают нас такими податливыми для того, чтобы восхищаться, подвергаться манипулированию или перевоплощениям с помощью символов и слов, налагающим грим на наши разнообразные убеждения и надежды. Один из гнетущих уроков, которому мы должны учиться снова и снова, заключается в том, что вдохновение порождает ответственность, и не только перед собой и своими убеждениями, но и перед другими, особенно перед теми, кто глубоко отличается от нас.

* Melkevik B. Poetry as Resilience: Engaging Silence and Indifference. *Пер. с англ. Е. Уваровой.*

Впервые опубликовано: Poetry as Resilience: Engaging Silence and Indifference // Melkevik B. (ed.). *Standing Tall. Hommages à Csaba Varga.* Budapest: Pázmány Press, 2012. P. 235–246.

В западных культурах взаимоотношения между индивидуальностью, литературным дискурсом и насилием являются давними и сложными. Я имею в виду произведения, в которых наша индивидуальная и коллективная истории приводятся в свете общей динамической точки зрения. Все начинается с явного или неявного приглашения; нас призывают или соблазняют послушать, подумать или присоединиться к определенной идее, убеждению или направлению деятельности, бросают вызов нашему пониманию себя и того, какие мы есть, и заставляют пересмотреть те вопросы, от которых обычно нам удается увернуться.

Действительно, мы все слишком хорошо знаем, что мощные произведения обращаются к наиболее глубоким вопросам и часто описывают самые темные сценарии взаимодействия людей. Такие дискурсы могут сочетать исторические факты с вымышленными сюжетами, и сложные эмоции с реальностью, с человеческими возможностями. Иногда они, как представляется, создают вечные образы, в которых донимающие человека страсти разыгрываются в сценариях, в которых мы, по создающемуся впечатлению, принимаем непосредственное участие и к некоторым из них точно причастны. Опять же, произведение может иметь такой стиль изложения, который вдохновляет нас представить то, кем являемся мы и каким является наше отношение к другим, какова точка укрепления или трансформации нашей личности, а иногда — только иногда — какова наша воля заниматься судьбой тех, кто нас окружает, и действовать ради этого.

В нашем мире ничто не кажется столь же актуальным, как наша способность жить своей жизнью, будучи полностью осведомленными о том, что все мы — несмотря на видимое сходство — являемся, на самом деле, очень разными. Тем не менее, столь же уместно и утверждение о том, что мы, как и раньше, зависим друг от друга. Действительно, культурные подходы, позволяющие нам представить и задуматься над тем, как сбалансировать такие крайности в нашей повседневной жизни, остаются столь же разнообразными, как и культурные стимулы, формирующие наши субъективные и коллективные идентичности.

Мы ищем новые правдоподобные ценности, нормы общения и жизни согласно нашим убеждениям среди долгосрочных местных, региональных и глобальных преобразований. Конечно, глобальные сети и технологические инновации заставляют кого-то из нас все больше осознавать глубокие контрасты, составляющие

наши физические и культурные ландшафты, и это также способствует появлению глобальной перспективы, в которой сценарии, акторы и ежедневные переживания рассматриваются в разумно приемлемом фокусе. Но сам доступ к изображениям, языкам и интерпретациям не обеспечивает необходимых условий для того вида личной вовлеченности, который несет в себе устойчивые культурные практики, особенно когда доступ к глобальному представлению и дискурсам значительно ограничен географическими, идеологическими и местными условиями развития. Абстрактные и отдаленные от нашего опыта произведения могут внести существенный вклад в наше общее понимание того, кем мы являемся в наших многогранных проявлениях, но мы никогда не должны обходить молчанием то, что глубокие культурные преобразования — особенно поддерживающие жизнь — должны стать личными.

На самом деле, мы все больше осознаем тот факт, что идентичность, которую мы сознательно или бессознательно выбираем для жизни, требует общей основы. Ее содержание должно касаться каждого из нас лично. Это приобретает личностный смысл, когда мы испытываем сделанный выбор в нашей повседневной жизни, на работе, в общественной жизни, в наших отношениях с теми, кого мы считаем такими же, как и мы, и с теми, кого мы воспринимаем отличающимися от нас. Убеждение и чувство образуют мощную динамику, в свете которой понимаются личностная и коллективная идентичности.

С культурной точки зрения общая основа признает различия, но вытесняет их. Она состоит из различных идей, концепций и ценностей, с варьирующимся содержанием, формами и проявлениями. Во времена глубоких изменений и культурных преобразований такая общая основа должна быть гибкой, способной к расширению, не теряя при этом своего общего характера, способной придать смысл и включить в себя новое и особенно странное, таким образом, чтобы продолжать опираться на наши глубокие различия и одновременно с этим на нашу зависимость друг от друга. Именно в связи с этим возникает практика толерантности как основной компонент на пути к достижению устойчивой общности, несмотря на наши различия. Итак, фактическая вовлеченность в общую основу предусматривает способность признавать и обращаться к нашим различиям, и готовность разоблачать неадекватность наших убеждений и представлений.

С этой точки зрения толерантность является глубоко личной / интимной ценностью, которая, в то же время, способна стимулировать глубокую социальную синергию. В своем оптимальном значении она требует смелых мужчин и женщин, которые готовы признать и преодолеть свои предубеждения и страхи, требует ощущения собственной ответственности за свои действия и бездействие. Я подразумеваю индивидуальные и коллективные стандарты, которые мы можем практиковать; социальные взаимодействия, в которых значение и практика инаковости не воспринимается как основание для того, чтобы сделать исключение, не говоря уже о преследовании.

Эта статья отражает современную концепцию толерантности, встроенную в стихотворение, посвященное одному из ужасных случаев преследования, вины и ответственности XX в. Однако это не литературно-нормативный ритуал психологической вины, культурного страха или человеческого одиночества; хотя историческая справка и анализ этих вопросов, безусловно, будет частью нашего приближения к первооснове вопроса. Возможно, то, что нам нужно сегодня, — это не только обновленная мозаика многогранной расплаты за тот вред, что мы, люди, способны нанести друг другу, когда принимаем решение уступить идеологическому страху и ненависти. Я думаю, что мы всё больше осознаем ту степень насилия, которое может нести человек, и ту боль, которую мы можем генерировать и распространять среди самих себя и далеко вокруг, по тем или иным причинам. Поэтому я надеюсь не только вспомнить, но и оживить с помощью этого стихотворения контексты, символы и решения, которые принимают форму молчания и равнодушия, поскольку сегодня мы должны быть одновременно эмоционально вдохновенными и рационально уверенными в нашей потребности друг в друге, и в нашей потребности в общих стандартах, которые мы можем усваивать, отражать и развивать таким образом, чтобы помнить, практиковать, выстраивать и улучшать наши старые / новые / и будущие совместные основы.

Стихотворение: способны ли «мы»? Ничто, как представляется, не отражает современные требования к толерантности лучше, чем известное стихотворение, которое начинается словами: «Когда они пришли за коммунистами» Мартина Нимёллера (1892–1984), немецкого пастора и теолога.

*Когда нацисты пришли за коммунистами,
я оставался безмолвным. Я не был коммунистом.*

*Когда они пришли за социал-демократами,
я молчал. Я не был социал-демократом.*

*Когда они пришли за членами профсоюза,
я не протестовал. Я не был в профсоюзе.*

*Когда они пришли за католиками,
я не кричал. Я не был католиком.*

*Когда они пришли за евреями,
я не возмущался. Я не был евреем.*

*Когда они пришли за мной,
не осталось никого, кто бы заступился за меня.*

Сюжет этого стихотворения описывает болезненную диалектику. Движение, как видно, задается теми, кто преследует других; у всех групп, преследователей и преследуемых, есть что-то общее, чем одновременно они отличаются друг от друга: они являются приверженцами идеологии или культурной идентичности, которая позволяет нам отличить одних от других. На каждом этапе преследования присутствует затуманенная субъективная идентичность, выходящая на сцену только для того, чтобы отстоять свою неспособность к консенсусу, поскольку не имеет ничего общего с теми, кто подвергается преследованиям.

Следствие отсутствия устного слова становится слишком очевидным: тишина превращается в смертельное одиночество, которое она порождает. Это темная логика, влияющая непосредственно на людей, подобно стреле, проходит сквозь сердце, потому что каждый может инстинктивно понять, какие вопросы и какой жребий поставлены на карту. Мы чувствуем себя связанными, благодаря настойчивости стихотворения, которое напрямую усиливает убежденность в том, что толерантность не может проявляться только в пассивности, она должна принимать форму глубокой озабоченности, приобретать значение фундаментального вопроса, который касается всех без исключения.

Мы все почувствовали определенную степень одиночества. Но это рассказ не о максимизации или даже трансформации потенциала сочувствия к самому себе в нашем нравственном развитии... Есть существенные различия между виной и ответственностью. Здесь существует нечто глубоко личное, и это нечто имеет отношение к тому, что бы вы и я делали, если бы мы имели возможность действовать или сделать выбор в пользу того, чтобы не действовать, то есть: действительно ли отказ от других может быть оправдан по моральным соображениям, и действительно ли наша позиция не быть задействованным и не иметь никакого отношения к судьбе преследуемых на самом деле является способом соучастия, замаскированным с помощью самоубеждения, которое порождает фатальное одиночество? И, конечно, наиболее неприятный вопрос: на что мы способны в преследовании других и на каком основании?

Легко и одинаково опасно утверждать, что мы живем в обществе, в котором мы часто оказываемся в ситуации, в которой, без всякого сознательного или очевидного выбора, мы должны играть роль стороннего наблюдателя или свидетеля, что позволяет нам представить себя, так или иначе, ответственными и виновными. Даже если мы часто озвучиваем, что многие из наших обществ сползают к точке, в которой становятся своего рода «обществами представления» [1], они прокладывают путь к иллюзии, в которой ситуация в мире, где мы живем, рассматривается как простой «объект» для наблюдения. Стихотворение М. Нимёллера на поверку оказывается бесценным, поскольку оно разоблачает двусмысленность и неотъемлемую опасность ощущения удобства якобы «нейтрального» и «не интересующегося» тем, что происходит, зрителя.

М. Нимёллер затрагивает этот вопрос по-особому, напоминая нам, что в условиях нетерпимости логика стороннего наблюдения может уступить страху, малодушию или роковому одиночеству. Если это так, то не должны ли мы также сказать, что современная концепция толерантности не может (как следует из ее этимологии) быть ограниченной необходимостью, вызванной нашим осознанием «страдания для и ради других» [2, р. 11; 3, р. 366]?

Конечно, следует понимать, что если эта позиция может быть только сильно педагогической и часто выступающей необходи-

¹ В классической латыни глагол *tolerare* всегда указывает на преодоление страданий или на сопротивление несчастью.

мой предпосылкой толерантности, понимание толерантности все еще стремится к своей материализации как «вопрос», требующий нашего ответа как человеческих существ и, что даже более важно, нашего ответа как членов особой «правовой общей основы» (точки пересечения), в которой наши соответствующие индивидуальности и общности находятся в фокусе и устанавливаются демократично.

Поскольку мы хотим рассмотреть стихотворение М. Нимёллера, необходимо прояснить его смысл в контексте жизни автора. Эта ссылка будет иметь важное значение не только для понимания стиха, но и, что важнее, для составления представления о его огромном влиянии во всем мире, начиная с конца Второй мировой войны. После этого можно будет связать стихотворение с ценностью толерантности.

М. Нимёллер и его противостояние нацизму. М. Нимёллер известен благодаря его противостоянию нацификации протестантской церкви Германии. Он начинал как обычный пастор в предместье Берлина и стал протестовать, когда в сентябре 1933 г. протестантская церковь начала подчиняться нацистскому режиму и пасторы-«неарийцы» были изгнаны.

М. Нимёллер создал, вместе с другими антифашистами из числа духовенства, новую организацию под названием Пасторский союз (*Pfarrernotbund*), который проводил работу среди церквей с целью сорвать процесс нацификации. Когда Протестантская церковь стала Церковью Рейха [4] в 1934 г., М. Нимёллер и другие оппозиционеры покинули ее и основали Проповедническую церковь (*Bekennende Kirche*) [5]². С самого начала эта новая Церковь боролась против нацистской диктатуры, открыто ставила под сомнение ее идеологию, которая, по мнению представителей Церкви, была нехристианской и аморальной [5].³

² М. Нимёллер упоминается в соответствующих произведениях как лидер антигитлеровского сопротивления: «их наиболее активным лидером является бывший командир подводного судна, который теперь снят с должности епископа рейха» [5, р. 173]. М. Нимёллер был на самом деле командиром подводной лодки во времена Первой мировой войны.

³ «Это новое язычество основано на другом основании — святость крови и почвы, мощи, расы и нации. Это всё то, что минимизирует христианскую этику». Что касается ситуации в самой протестантской церкви, то указывается следующее: «В Церкви радикальное крыло группы под названием “Движение немецких христиан” открыто выступало за возврат христианства к язычеству, стремясь отменить Старый Завет и очистить Новый Завет. От-

Из-за позиции сопротивления режиму М. Нимёллер был арестован в 1937 г. и направлен в концлагерь Заксенхаузен. В 1941 г. он был переведен до концлагерь Дахау.

Освобожденный после падения нацистского режима в 1945 г. Г. Нимёллер посвятил остаток своей жизни восстановлению немецкой протестантской церкви, и до самой смерти в 1984 г. он был убежден, что Германия (и протестантская церковь) разделяет коллективную ответственность за зверства, совершенные нацистским режимом. Он был одним из создателей Штутгартской декларации вины в октябре 1945 г., в которой протестантская церковь признала свою «вину» за зверства, совершенные нацистами, как в связи со своими действиями, так и в связи с бездействием.

М. Нимёллер подтверждал это «признание вины» и его богословскую и пастырскую значимость многократно как в своих статьях, так и в проповедях. Действительно, рассматриваемое стихотворение также может быть проанализировано в контексте признания вины, как выражение бурных вопросов и нравственных вызовов времени.

Если бы вы могли услышать сапоги солдатские. Есть огромное количество самых разных версий этого стихотворения, и даже существует определенная таинственность в отношении точной оригинальной версии. На самом деле, оригинальной версии просто не существует. Кто-то считает, что слова М. Нимёллера, сказанные устно, были повторены и перефразированы в стихотворении, которое было ему приписано и которое существует в разных вариантах. Для других слова М. Нимёллера, сказанные устно несколько раз в нескольких версиях им самим, как и многие его проповеди, потом стали стихотворением.

У нас нет намерения искать ответ этот вопрос. Как философы права, мы принимаем все версии как настоящие. При этом мы можем более внимательно присмотреться к стихотворению в его немецкой версии:

дельные протестанты восстали против этого движения, над которым была одержана победа; однако при этом языческие тенденции в Церкви не исчезли. Вместо этого умеренное крыло движение продолжает существовать во главе с епископом рейха, и постепенно оно охватывает всю Церковь... В этих движениях мы видим возрождение стародавних демонов, которых Христос победил, и порабощение церковного христианства и христианского гуманизма» [5, p. 173].

*Als die Nazis die Kommunisten holten,
habe ich geschwiegen;
ich war ja kein Kommunist.*

*Als sie die Sozialdemokraten einsperrten,
habe ich geschwiegen;
ich war ja kein Sozialdemokrat.*

*Als sie die Gewerkschafter holten,
habe ich nicht protestiert;
ich war ja kein Gewerkschafter.*

*Als sie die Juden holten,
habe ich nicht protestiert;
ich war ja kein Jude.*

*Als sie mich holten,
gab es keinen mehr, der protestierte.*

Для тех, кто владеет немецким языком хотя бы немного, эти слова, довольно простые, звучат как отголосок сознания.

По своему ритму и звучанию, даже по мелодии, эти слова сталкиваются вместе как реальность, в которой время и пространство разбились о грубую логику. Как будто мы были там, и будто слышали звук сапог и людей, которые быстро поднимаются по лестнице. Или они здесь? Чего они хотят? Кого они арестовывают на этот раз? наших соседей? Мужчину с 5-го этажа, у которого смешное имя? Или они идут к нам?

Легко себе представить исполнение этого стихотворения на сцене в пьесе а ля Бертольда Брехта. Только представьте себе театр, похожий на те, которых больше нет. Попробуйте воспроизвести сцену с ее цементными стенами, трубами, выглядывающими из-под потолка, голую архитектуру и прежде всего неистовую и тяжелую музыку Курта Вайля или, еще лучше, атональную музыку Ганса Эйслера.

В сочетании с прямым и политическим реализмом Б. Брехта эффект можно легко представить: сцена погрузилась в темноту, совсем нет декора, и только черные листья опадают, свет направлен на оратора, шум и звуки насилия на втором плане, пронзительный плач, который, на первый взгляд, звучит далеко, но потом становится

ся ближе, ближе, почти там, где происходят события, и достигает кульминации вместе с усилением звука сапог и криков, взрывается прямо на наших глазах: насилие показало, какова человеческая личность.

Могло бы это стихотворение в какой-то способ стать частью пьесы Б. Брехта «Карьера Артуро Ui» [6; 7], посвященной борьбе против А. Гитлера? С драматической магией Б. Брехта это стихотворение может наполнить нас ужасом, до степени паралича наших фундаментальных убеждений, при полном игнорировании последующих размышлений и содержания.

Потом они пришли за коммунистами. Попробуем понять стихотворение в контексте Германии 1933 г. Фактом является то, что, по слепой привязанности, если оставить за скобками определенные темные схемы и властные стратегии, Пауль фон Гинденбург устранил политические институты и демократические процедуры, после чего сознательно передал власть в Германии в руки А. Гитлера, без демократической легитимации [8].

После прихода к власти одним из важнейших стал вопрос консолидации. вспомните, хотя диктатура А. Гитлера могла быть установлена сразу путем ликвидации коммунистов, евреев и профсоюзных деятелей, это произошло только с помощью конкретных и очень продуманных механизмов для того, чтобы могла сработать логика «индустрии смерти».

Это началось с политики эвтаназии для людей, страдающих психическими или дегенеративными заболеваниями, или просто для людей, не имеющих надежды на выздоровление. Это была государственная логика причинения «легкой смерти» (эвтаназии), как того требует расовая евгеника.

Более того, концентрационные лагеря в начале 1933 г. начали кампанию «насильственной смерти» путем притеснений, голода, болезней и принудительного труда. В первую очередь она была направлена на противников режима — коммунистов, активистов и религиозных инакомыслящих (например, М. Нимёллер), но также она распространялась на «нежелательных», таких как евреи и цыгане.

В Германии, а затем и в других европейских странах, оккупированных немецкой армией, ежегодно эта логика смерти становилась все более похожей на техническую стратегию, ориентированную на неудобных.

На Ванзейской конференции в 1941 г. нацистские чиновники установили последовательное, функциональное и в полной мере

промышленное планирование, которое привело к самому страшному геноциду в истории.

Ханна Арендт в своей книге «Эйхман в Иерусалиме» [9–13] описывает эту технику уничтожения, приводя описание того, как чиновник Адольф Эйхман, бездушное и беспринципное существо, собрал все свои способности, чтобы внедрить железнодорожную систему для транспортировки евреев в концентрационные лагеря и лагеря смерти.

Благодаря своим организаторским способностям, А. Эйхман был способен преодолеть все связанные с войной ограничения в реализации плана. Он вел переговоры с правительствами других стран и убедил разных лидеров в благоразумии плана нацистов по решению судьбы евреев. Когда Х. Арендт рассказывала свою историю, она выслушала аргументы защиты А. Эйхмана, который в то время выступал обвиняемым в «преступлении против человечности» в Верховном суде Израиля и утверждал, что он только «выполнял приказы» [14; 15] и «организовывал перевозки по железной дороге».

«Я оставался безмолвным. Я не был коммунистом». Это правда, что с нацистским режимом боролись с первого дня прихода ко власти, и даже раньше. Я имею в виду мужчин и женщин, которые пожертвовали всем, включая свои жизни, для борьбы с нацистской машиной [16]. На самом деле, культура насилия и террора, созданная нацистами, была не только наступательным инструментом; она также представляла собой постоянные усилия по преодолению сопротивления.

Тот факт, что не все вели себя как герои, не позволяет нам маркировать всех как трусов, оппортунистов или тихих соучастников. Мы должны воздержаться от этих поспешных суждений. И все же факт остается фактом: сначала, в 1933 г., значительная часть Германии согласилась с приходом А. Гитлера к власти [17]. Для них он был спасителем; лидером, который мог восстановить утраченное достоинство Германии и реализовать соответствующую денежную и промышленную политику. Иначе говоря, он мог оживить экономику.

После 1936 г. для среднего класса Германия была синонимом *Volkswagen* и *Autobahnen*, а также воплощенного обещания прихода среднего класса жизни к уязвимым группам общества. Таким образом, они, кажется, исходили из того, каким бы на самом деле это не было ужасно неправильным, что даже если режим имеет скры-

тую и иногда очевидно варварскую сторону, всё в конце концов срабатывает. К сожалению, то, что ретроспективно мы можем судить об этих представлениях и об этом поведении как о допустивших боль и страдания, не меняет исторического факта.

Мы так настаиваем на этом аспекте, поскольку М. Нимёллер обращался к нему лишь косвенно в своем стихотворении.

Как сказано в стихотворении, вначале «они» пришли за коммунистами.

Среди консерваторов и либералов присутствовало общее понимание того, что коммунисты были предателями, лояльными только к Сталину, и сторонниками большевистской диктатуры, и они заслужили наказание. Кто-нибудь возразил против этого? Кто-то был, но их никто не слушал.

Когда «они», нацисты, пришли за социал-демократами, почему бы консерваторам и либералам не держать свои глаза закрытыми, думая, что сами социал-демократы были лишь «коммунистами под прикрытием» с их настаиванием на равенстве, как чумой, не имевшей уважения к порядку, собственности и к формальному характеру закону? Кто-то протестовал? Некоторые да, но этого было слишком мало.

Затем, когда нацисты напали на профсоюзы, кто-то мог бы кричать после того, как немецкие СМИ долгое время прививали мысль о слишком большой власти профсоюзов, о злоупотреблениях с их стороны и о том, что, скорее всего, именно профсоюзы несут ответственность за экономический кризис в Германии? Так что, кто-то протестовал? Опять-таки, некоторые да, но их было очень немного.

Потом, когда нацисты пришли за евреями. Кто-то протестовал? Да, некоторые, но кто их услышал?

План консерваторов и либералов остановить социалистов, чтобы избавиться от них, бывший постоянным политическим признаком всей политической и философской истории с XIX по XXI в., привел к обратному эффекту. Их стратагемы развалились и их фаустовский пакт с А. Гитлером и нацистами жестко их зажал. В конце концов, они оказались в страшном одиночестве, поскольку не осталось социалистов, чтобы защитить их от нацистов.

Просто не осталось никого, кто мог бы защитить их от их собственных стратагем и ненависти, которую они позволили воссоздать собственным бездействием. Конечно, они читали Фауста [18; 19],

и они, скорее всего, задумывались над фаустовским пактом, но они так и не поняли, что это не только классический роман, но и урок, который нужно усвоить: тот, кто заключает договор с дьяволом, теряет не только свою жизнь, но и что-то более ценное — свою порядочность, являющуюся столь необходимой для решения того, что, в конце концов, мы должны делать с собой и со своей судьбой.

«Никого не осталось, кто бы мог что-то сказать». Есть религиозная составляющая в стихотворении М. Нимёллера.

Острое пастырское восприятие и даже гром проповеди ощущаются на протяжении всего повествования. Это просто крайняя реакция хорошего самаритянина (Лука, 10:29), у которого не было возможности кого-либо спасти, потому что он заключен в тюрьму и пребывал в концлагере.

М. Нимёллера могла бы постигнуть та же участь, что и Дитриха Бонхёффера⁴, протестантского богослова, который был повешен 9 апреля 1945 г., за несколько дней до окончательного падения режима. Очевидно, нацисты не хотели дать ему выжить.

В английской версии стихотворения акцент делается, прежде всего, на трех политических категориях (коммунисты, социал-демократы и члены профсоюзов), а затем завершается в усиленном темпе тремя религиями. Первыми упоминаются католики, потом евреи, и, наконец, протестанты проповеднической церкви, страдающие от нацистских преследований.

На самом деле, проповедническая церковь проповедовала, как и католики, что Иисус был евреем. И что нацистский тезис и их настойчивость на «положительном христианстве» (в пределах открыто языческой философии!) были явным мошенничеством. И что их так называемое «позитивное христианство» было обманом, разработанным нацистскими чиновниками для манипулирования населением, которое должно привыкнуть к сочетанию властных текстов со словами Христа.

Надо отметить, что М. Нимёллер признавал христианство и боролся против неоязычества и его соблазнительного вызова германской расе. Его слова напомнили нам, что каждый христи-

⁴ Дитрих Бонхёффер (1906–1945) был осужден за участие в Операции-7, во время которой группа евреев смогла пересечь границу и перейти на территорию Швейцарии. Он также принимал участие в планировании убийства А. Гитлера. Сегодня Д. Бонхёффер главным образом известен своими книгами [см.: 20; 21]. О самом Д. Бонхёффере см.: [22].

анин должен знать: Иисус не был националистом. Это основной факт, который прослеживается во всем Евангелии, и апостол Павел (который начал свою религиозную жизнь как еврей) подчеркнул его описанием того, чем обусловлено христианское пробуждение.

Но у М. Нимёллера не было необходимости раздумывать о разногласиях последних веков между иудаизмом и христианством, он лишь подчеркнул тот бесспорный факт, что нацисты, нападая на евреев, также напали на христиан и на саму сущность христианства. Их нацистская религия, основанная на «расе, крови и национализме», была полной противоположностью христианству.

В этом специфическом смысле тень вины в неспособности защитить евреев, их старших братьев, падает на всех христиан как вина за то, что они не оказались настоящими христианами, столкнувшись с миром, который, как это часто бывает, почитает своих новых золотых тельцов.

Прочтение в такой способ, в христианской парадигме, всегда выводит перед нами на сцену того, кого мы хотим разбудить, растолкать: представителя немецкого среднего класса протестантского вероисповедания. Того, кто в течение 30-х гг. был счастливым и надеялся увидеть снова рост фабрик, строительство и ремонт дорог, магазины, полные товаров, которые он, наконец-то, может купить.

Так, дверь, перед которой «они», нацисты, в конце концов, остановились, была дверью одного из представителей проповеднической церкви, или просто дверью дома М. Нимёллера, который, как уже было сказано выше, будет арестован, заключен и отправлен в концентрационный лагерь в 1937 г. Был ли там кто-то, кто в тот момент мог бы протестовать, свидетельствовать, взять на себя инициативу? Был ли там кто-то, чтобы просто сказать: «Нет»? Наверное, кто-то был, но опять-таки, почему никто ничего не сказал?

«Потом они пришли за нами». Теперь наступил момент подчеркнуть основные отличия между двумя англоязычными версиями. В одной автор четко называет нацистов, в другой он лишь говорит «они»:

*First they came for the Communists,
and I didn't speak up,
because I wasn't a Communist.*

*Then they came for the Jews,
and I didn't speak up,
because I wasn't a Jew.*

*Then they came for the Catholics,
and I didn't speak up,
because I was a protestant.*

*Then they came for me,
and by that time there was no one left to speak up for me.*

(Сначала они пришли за коммунистами,
Я ничего не сказал. Я не был коммунистом.

Потом они пришли за евреями.
Я ничего не сказал. Я не был евреем.

Потом они пришли за католиками.
Я ничего не сказал. Я был протестантом.

Потом они пришли за мной,
И в тот момент уже не было никого, кто мог бы что-то сказать
в мою защиту.)

Мы можем не чувствовать стиль Б. Брехта и в этой версии. Впрочем, она по-другому объясняет необходимость толерантности и, в первую очередь, для борьбы за общество, которое может искоренить нетерпимость. Разве не этот жестокий урок мы усвоили с нацистских времен?

В то время, как одна английская версия точно переносит в стихотворение зверства нацистов, другая — передает их в абстрактной и вневременной форме. Через тот факт, что слово «они» может в настоящее время означать любую силу угнетения и дискриминации, такое «они» в большей степени подчеркивает актуальную и современную картину.

Потому что «они» не прекратили свою войну против человечества, против того, что мужчины и женщины уберегли (или попытались уберечь) от их религиозной идеологии, этнического и племенного фанатизма. Иначе говоря, «они» и до сих пор убивают, устраивают резню, насилуют, наносят увечья, совершают дискриминацию и т.д. «Они», кажется, это — единственные люди, которые никогда не спят, а ведут свою войну против человеческой автономии, против людей, которые находятся вне их контроля, каждый час, как будто ничего не произошло. Более того, это также следует из смертельной логики стихотворения М. Нимёллера, а именно их расчет на молчание других, на наш не-героизм и на наше, так называемое, общее усмотрение.

Вывод: практическое воплощение достоинства как верность идее воспитания толерантности, несмотря на существенное отличие других. Стихотворение М. Нимёллера дает нам мощное повествование, так как способствует появлению творческих контуров, способных связать права человека не только с толерантностью, но и с индивидуальными и социальными обязанностями. Оно призывает нас взять на себя ответственность не в форме вины, которая способна породить лишь грусть и жалость к себе, а через обновленное чувство убежденности и готовности искренне признать то, кем мы являемся на самом деле, и призвать других к этому. Так, чтобы выстроить и исследовать с ними нормативные ссылки и практические дела, необходимые для роста нашего индивидуального достоинства, чтобы смело поделиться этим достоинством с другими.

Надо отметить, что толерантность и достоинство являются сложными и проблемными концепциями, поскольку высказывания, из которых они конструируются, заставляют нас оценить самих себя, оценить свою собственную личность и свои собственные ценности, но больше всего они требуют от нас примириться со своей собственной историей, с вещами, которые мы должны были сделать для или против других, но так и оставили их невыполненными. В конце концов, я навожу на мысль, что практика толерантности требует от нас взять на себя обязательства выяснить, что именно мы сделали, но не как изолированное упражнение, а скорее как коммуникативный опыт, в котором мы действительно вышли за собственные пределы, чтобы действительно войти в контакт с другими таким образом, чтобы оказать влияние на них и почувствовать влияние на себе.

Не мы первые утверждаем, что идея «кто ты есть на самом деле?» и «кем ты хочешь быть?» является частью концепции толерантности, не так ли? Ведь тогда вопрос о толерантности, сформулированный таким образом, не может быть только теоретической концепцией обязательства, так же как и этическим долгом по И. Канту. Откровенно говоря, мы должны скорее думать о толерантности в сочетании с ресурсами, которые могут быть мобилизованы обществом и отдельными людьми.

С этой точки зрения наше рассуждение действительно подходит к концу, поскольку указывает на человеческие и материальные ресурсы, необходимые для увеличения возможных уровней толерантности в конкретных человеческих группах, и тем самым повышает видимые и осязаемые показатели толерантности во всем мире. Только отдельные страны — их, к сожалению, слишком мало — могут сегодня действительно утверждать, что у них есть необходимый менталитет, правовое обеспечение и демократические культурные «ресурсы», которые позволяют открыто управлять вопросами толерантности.

Вопрос о толерантности, как он задуман по своему социальному происхождению, является не только делом вдохновения или убеждения немногих, но гораздо более важно, что он требует, чтобы каждый из нас работал в направлении развития менталитета, порождающего акторов и сценарии толерантности.

Использованные материалы

1. *Debord G.* La société du spectacle / Guy Debord. — Paris: Gallimard, coll. Folio, 1996. — 208 p. *Klibansky R.* Préface / Raymond Klibansky / in Paul Dumouchel and Bjarne Melkevik (dir.), Tolérance, pluralisme & histoire. — Montréal — Paris: L'Harmattan, 1998. — 224 p.
2. *Bejczy I.* Tolerantia: A Medieval Concept / Istvan Bejczy // Journal of the History of Ideas. — 1997. — Vol. 58. — P. 365–384.
3. *Reymond B.* Une Église à croix gammée. Le protestantisme allemand au début du régime nazi (1932–1935) / Bernard Reymond. — Genève: L'âge d'homme, 1980. — 313 p.
4. *Tillich P.* Religion in Life. A Christian Quarterly / Paul Tillich. — Cincinnati — New York — Chicago. — 1934. — Vol. III, № 2. — P. 163–173.
5. *Brecht B.* The Resistible Rise of Arturo Ui / Bertolt Brecht / in Collected plays “Poems 1913–1956”; ed. Ralph Manheim and John Willett. — New York : Random House/Vintage. — Vol. VI (ii). — 564 p.

-
6. *Fear and misery in the Third Reich* / in *Collected plays "Poems 1913–1956"*, ed. Ralph Manheim and John Willett. — New York : Random House/Vintage. — Vol. VI (ii). — 564 p.
 7. *Melkevik B. Légalité et légitimité: Réflexions sur les leçons de Weimar selon David Dyzenhaus* / B. Melkevik. — *Les Cahiers de droit*. — 1999. — Vol. 40, no 2. — P. 459–477.
 8. *Arendt H. Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* / Hannah Arendt. — New York: the Viking Press, 1963. — 336 p.
 9. *Hannah Arendt Revisited: «Eichmann in Jerusalem» und die Folgen*, edited by Gary Smith. — Frankfurt/M: Suhrkamp, 2000. — 312 p.
 10. *Benhabib S. Arendt's Eichmann in Jerusalem* / Seyla Benhabib/ in Dana R. Villa (dir) // *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. — Cambridge: Cambridge University Press, 2000. — P. 65–85.
 11. *Bernstein R.J. Hannah Arendt and the Jewish Question* / Richard J. Bernstein. — Cambridge (Mass.): MIT Press, 1996. — 251 p.
 12. *Villa D.R. Politics, Philosophy, Terror: Essays on the Thought of Hannah Arendt* / Dana R. Villa. — Princeton: Princeton University Press, 1999. — 269 p.
 13. *Melkevik B. Diritto, obbedienza ed istituzione militare* / B. Melkevik. — *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*. — 2003. — Vol. LXXX, no 1. — P. 31–50.
 14. *Melkevik B. Obedience, Law and the Military* / B. Melkevik. — *Professional Ethics*. — 2002. — Vol. 10, nos 2, 3 & 4. — P. 267–283.
 15. *Hoffman P. The History of the German resistance 1933–1945* / Peter Hoffman. — Montréal & Kingston: McGill-Queen's University Press, 1996. — 853 p.
 16. *Goldhagen D.J. Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust* / Daniel Jonah Goldhagen. — New York: Alfred A. Knopf, 1996. — 656 p.
 17. *Ouellet F. Johann Wolfgang von Goethe (1749–1832), Faust 1 et 2* / Fernand Ouellet. — Paris: Flammarion, 1984.
 18. *Mann K. Mephisto: Roman einer Karriere* / Klaus Mann. — New York: Penguin Classics, 1995. — 416 s.
 19. *Bonhoeffer D. Ethics* / Dietrich Bonhoeffer. — Touchstone, 1995. — 384 p.
 20. *Bonhoeffer D. Letter and Papers from Prison* / Dietrich Bonhoeffer. — Touchstone, 1997. — 448 p.
 21. *Morris K.E. Bonhoeffer's ethic of discipleship: a study in social psychology, political thought, and religion* / Kenneth Earl Morris. — University Park: Pennsylvania State University Press, 1986. — 160 p.

Постмодернизм, право и «прощание с разумом». Критика постмодернистской правовой концепции*

Целью данной критики является анализ постмодернизма, берущего начало во французском постструктуралистском течении, в качестве философско-правового проекта. Мы проанализируем его парадигмальный характер, т.е. его теоретический вклад в феномен юридического. Фактически речь идет об анализе постмодернистского правового проекта через демонстрацию его теоретических апорий. Концентрируя внимание на вопросе рациональности, мы покажем, как постмодернизм репрезентирует «прощание с разумом». Нам также хотелось бы пояснить, каким образом такое «прощание с разумом» представляет проблему для права.

В данной статье мы решили отдать предпочтение постмодернизму, который мы считаем одновременно наиболее радикальным и наиболее показательным проявлением постструктуралистского способа мышления. Мы намереваемся детальнее сосредоточиться на постмодернистской мысли, сформулированной такими мыслителями, как Жан-Франсуа Лиотар и Жак Деррида, а в области права, в частности, на книге Костаса Дузинаса и Ронни Уоррингтона «*Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*»¹.

Наша критика распределится следующим образом: в первую очередь мы проанализируем постмодернизм как философскую парадигму, берущую начало во французской постструктуралистской мысли, и сделаем акцент на отрицании какой бы то ни было рациональности. Далее мы перейдем к изучению некоторых ключевых тем правовой теории, сопряженной с этой философской парадигмой.

* Перевод с французского И.И. Коваленко.

Впервые опубликовано: Postmodernisme, droit et "adieu à la raison". Critique de la conception postmoderne du droit // Josiane Boulad-Ayoub (ed.) *Carrefour: Philosophie et droit. Cahiers de l'ACFAS*. 1995. № 80. P. 41–58.

¹ Costas Douzinas, Ronnie Warrington, Shaun McVeigh, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*. London; New York: Routledge, 1991.

Постмодернистская парадигма

Прежде всего рассмотрим философскую парадигму постмодернизма, разработанную Ж.-Ф. Лиотаром и Ж. Деррида². В данном контексте сфокусируем внимание на предложенной нами критике «логоцентризма», а именно — на критике западной традиции рациональности. Особенно мы сосредоточимся на способе, благодаря которому образ «иной стороны разума» отторгает вопрос рациональности. В таком смысле мы будем подчеркивать коренную связь постмодернизма с ницшеанским учением. Проследим, как эта «иная сторона разума» определяется самим Ницше.

1. Ницше и «иная сторона разума»

Что же означает понятие «иная сторона разума» для самого Ницше? Западная рационалистическая традиция зиждется на дискурсивной речи. Однако, согласно Ницше, речь и слова пребывают «на службе у физиологических функций»³. Ницше утверждает, с одной стороны, что слова являются вторичными, поскольку они лишь отражают мысль в знаках. Вместе с тем, он полагает, что социальные человеческие действия, сопровождающие слова, на самом деле являются не более чем ошибками зрения. Альтернатива логоцентризму коренится в «физиологических функциях», а именно в человеческом организме. Действительность для человека, равно как и «истинность» слов, пребывает, согласно Ницше, в физическом теле⁴.

В противовес дискурсивной речи, отсылающей к концепции рациональности, Ницше предлагает метафорический дискурс, возвращающий словам их скрытую телесную изначальность. Даже если Ницше сам использует язык и слова, его критический подход состоит в том, чтобы сделать из текста метафору для физического тела. Отказываясь от дуализма тела и слов, Ницше предлагает взамен философское слияние тела и слов в метафоре и в интерпретации, возможной благодаря такой метафоре. Следовательно, тело, соглас-

² Jacques Derrida 1) *De la grammatologie*, Paris: Minuit, 1967; 2) *L'écriture et La Différence*, Paris: Seuil, 1967; 3) *La dissémination*, Paris: Seuil, 1972. Jean-François Lyotard 1) *La condition postmoderne*, Paris: Minuit, 1979; 2) *Le postmoderne expliqué aux enfants*, Paris: Galilée, 1988; 3) *Moralités postmodernes*, Paris: Galilée, 1993.

³ F. Nietzsche, *Aurore. Pensées sur les préjugés moraux*, Paris: Gallimard (Oeuvres philosophiques complètes), 1980. P. 326.

⁴ F. Nietzsche, *Œuvres* / Jean Lacoste et Jacques Le Rider (éds), Paris: Robert Laffond, 1993, Tome 2. P. 307, 1020.

но Ницше, становится первопричиной, равно как и краеугольным камнем интерпретации. Каким же образом?

Для Ницше тело — это инстинкт или импульс, который конструирует действительность, интерпретируя ее. В таком смысле тело не может репрезентировать какое-либо философское основание: более того, тело подрывает какую-либо соотношенность с таким основанием. Ибо, согласно Ницше, все начинается с тела. До тела нет порядка, связи, текста; после тела возникают порядок, связь, текст. Своеобразие ницшеанской концепции состоит в констатации того, что тело остается неразгаданным. Оно наличествует, однако не является основанием для мысли и онтологической реальности, как утверждают сторонники онтологического дуализма. Тело присутствует как загадка или невозможное познание. К тому же Ницше прибегает к аналогии с системой пищеварения, образно воспроизводящей систему неуловимой множественности.

Далее, тело как «основание» или первоначало рассматривается как источник интерпретации. Ницше не считает, что реальность тела является субстанцией или вещью; скорее, это — реальность движения и связи сил; отсюда происходит идея воли к власти как онтологической детерминации. Из этого следует, что такое понятие интерпретации требует подчинения текстам и дискурсам. В этом процессе тело действует в соответствии с четко определенной схемой интерпретации. Как утверждает Эрик Блондель: «интерпретировать — это, повернувшись лицом к множественности, выбирать смысловые возможности знака или совокупности полисемичных знаков. Это означает отдавать знак его многозначности и одновременно существенно сокращать ее: это *освободить* и *преобладать*, подчиняться исключительным мерам»⁵.

Действительность как «истинность» мира является интерпретационной игрой. Каждое существо интерпретирует свой мир и тексты в соответствии с собственной перспективой. Не существует никакой иной реальности, никакой иной истины, нежели процесс интерпретации. В силу того, что мы не пребываем в одном общем теле, каждая интерпретация по-своему уникальна. Когда Ницше приравнивает интерпретацию к игре, он таким образом презентует множественность интерпретаций как бесконечную игру. Игру, в которой каждое существо стремится утвердить собственное видение мира.

⁵ Éric Blondel, *Nietzsche le corps et la culture. La philosophie comme généalogie philosophique*, Paris: PUF, 1986. P. 315.

Опираясь на такое ницшеанское видение, мы предлагаем исследовать, каким образом постмодернизм воспроизвел этот ницшеанский проект, придав ему радикальную коннотацию. Сосредоточимся, прежде всего, на понятии деконструкции.

2. Деконструкция

Первым аспектом нашего анализа постмодернизма является понятие «деконструкция»⁶. Как мы впоследствии увидим, это понятие является не методом, а способом оставить в стороне вопрос разума. Проблема, как ее ощущают адепты постмодернизма, состоит в том, что Ницше недостаточно радикален. Он замыкается в логоцентризме, работая над послылками даже того, что намеревался критиковать.

По сути, Ницше заявляет, что ни познание, ни сознание не могут быть достоверными; только взгляд извне позволяет увидеть, что любое познание базируется на иллюзии, а сознание, соответственно, это — лишь иллюзия этой иллюзии. Однако генеалогическая позиция, равно как и критика, осуществленная «извне», это — критика, основанная на убеждении, позволяющем Ницше рассуждать о иррациональности и ложности с противоположных позиций. Для этого он должен был прибегать к концепции рациональности или истинности; это — обязательное условие для любой критики. В связи с этим позиция Ницше выглядит скорее двусмысленной, если не сказать политической. Однако критика, не имеющая под собой четкой позиции, собственно критикой не является и уступает место поэзии. Соответственно такому соображению, кто тогда Ницше — философ или поэт культуры?

А сейчас представим понятие «деконструкция» как бы «изнутри». Таковой является отсутствие позиции, пробел в позиции, разбиваемый другими. Постмодернист «деконструирует» текст. Как отмечает Деррида, «движения деконструкции не требуют обращения к внешним структурам. Они становятся возможными и действенными, они попадают в цель, лишь присутствуя в этих структурах. Как бы присутствуя, поскольку полноправное присутствие исключало бы любые сомнения. Таким образом, деконструкция необходимо проявляется изнутри, структурно, то есть без расчленения на отдельные элементы и атомы; она всегда определенным образом увлечена собственным трудом»⁷.

⁶ J. Derrida, *De la grammatologie*, op. cit.

⁷ J. Derrida, *De la grammatologie*, op. cit. P. 39.

Иными словами, понятие деконструкции означает как бы присутствие в речи, тексте и концептах. Речь идет не о простом присутствии в этих трех аспектах — ведь понятие структуры, используемое Дерридой, соотносится в переписывании речи, текста и концептов. Переписывание содержится в речи, текстах и концептах. Оно, таким образом, пребывает «внутри». В любом случае, переписывание, присутствуя в языке, текстах и концептах, не может более служить референтом в вопросе рациональности.

Таким образом, мы встречаемся с весьма радикализованной ницшеанской темой интерпретации. Интерпретация предполагает, что деконструкция состоит в том, чтобы задействовать переписывание в текстах, выступающих как дискурс об «иной стороне разума». Там, где логоцентризм интерпретирует тексты, делая отсылку к рас судку (смысл, сообщение, интенция), постмодерн интерпретирует тексты, обращаясь к их собственной позитивности как к знаку того, что интерпретация является наличным бытием. По типу цепи наличествования, проходящей через то, что свойственно человеку — а именно через его телесное наличие. Даже если Деррида использует тексты, они не имеют, как у Ницше, особенного статуса и служат лишь метафорами для переписывания, которые могли бы усвоиться и осуществиться любым из нас.

3. Апокалиптический горизонт

Постмодернизм Деррида и Лиотара выписан под знаком апокалиптического горизонта. И сейчас речь о том, чтобы четко очертить пределы выражения «апокалиптический горизонт».

Для начала напомним, что западный рационализм традиционно опирался на вектор нормативного «смысла». Излишне говорить, что с ходом истории этот вектор весьма изменился. Однако деконструкция текста как путь, предпринятый двойным агентом, не может разделить такой вектор смысла, ибо это привело бы к противоречию. В связи с этим возникает вопрос выживания деконструкции, которая, для Деррида и Лиотара, сильно потеряла в цене из-за появления теории апокалиптического горизонта как горизонта деконструктивистской практики.

Однако что же означает понятие «апокалиптический горизонт»? По сути, ни Деррида, ни Лиотар не дали ему четкого определения, поскольку факту оно придало бы ему «смысл». Совсем напротив, апокалиптический горизонт имеет невыразимый характер, неведомое предназначение, вид оплаченной марками упаковки без адре-

сата и пр. Приведем прежде всего посвященный Канту фрагмент текста Дерриды под названием «Апокалиптический стиль, недавно воспринятый философией»:

«В вашей дискуссии мне хотелось бы поддержать одно из предположений: не станет ли апокалиптическое трансцендентным условием для любого дискурса, любого опыта, даже любого знака или отпечатка? А письменный жанр, именованный «апокалиптическим» в точном значении этого термина, станет лишь примером, образцовым откровением такой трансцендентальной структуры. В данном случае, если апокалипсис выявлен, он становится откровением апокалипсиса, самопрезентацией апокалиптической структуры речи, письма, опыта наличия либо текста, либо знака вообще: *то есть делимой посылки, для которой нет ни самопрезентации, ни гарантированного предназначения*»⁸.

Иными словами, деконструкция становится переворачиванием вопроса «смысла» в пользу неизвестного предназначения.

Лиотар рассказывает басню, отражающую именно такую идею: «Постмодернистская басня повествует, что... человеческое существо, его мозг — это весьма непредсказуемое материальное (т.е. энергетическое) образование. Оно с необходимостью является переходным, поскольку зависит от условий земной жизни, не являющихся вечными. Образование по имени «Человеческое существо» или «Мозг» должно быть преодолено другим, более сложным образованием, если только оно сможет пережить исчезновение таких условий. «Человек» или «Мозг» — это было лишь эпизодом в конфликте между дифференциацией и энтропией. Возрастание сложности требует не усовершенствования «Человека», а его мутации или поражения со стороны более результативной системы»⁹.

Постмодернизм работает с пробелами текста с предчувствием того, что в тексте существует нечто иное. В любом случае, пребывая в плену логоцентризма традиции западной рациональности, определить это «нечто» невозможно. Даже посвященные не знают предназначения, если не считать знания того, что оно здесь, перед нами.

⁸ Jacques Derrida, *D'un ton apocalyptique adopté naguère en philosophie*, Paris: Galilée, 1983. P. 77-78.

⁹ Jean-François Lyotard, *Moralités postmodernes*, op. cit. P. 92. См. также: «Постмодерн становится понятен в соответствии с парадоксом будущего в прошедшем времени» (Jean-François Lyotard, Réponse à la question: Qu'est-ce que le postmoderne? // *Critique. Revue générale des publications françaises et étrangères*, Tome 37, no 419, avril 1982. P. 367).

Мы можем также сказать, воспринимая позицию модернистов, что апокалиптический горизонт связан с откровением. По сути, постмодернизм действует в религиозной перспективе, он опирается на веру. Он верит в лучшее будущее, не имея ни единой гарантии осуществления своих чаяний.

4. Ниспровержение нормы

«Что означает выносить суждение?» Такой вопрос не свойственен постмодернистской перспективе, однако, как любые вопросы, использующие модель «что означает ...», он передает логоцентрическую экспрессию, типичную для западной метафизики.

Так что же означает выносить суждение? В постмодернизме суждение оказывается невозможным; ниспровержение замещает любой вопрос возможностью судить. Мы можем зафиксировать это прежде всего в отказе от какой-либо нормативности, а далее и в альтернативе такому ниспровержению.

Обратимся к вопросу устранения нормативности в постмодернизме. В связи с этим приведем утверждение Лиотара: «Абсолютно тщетно то, что люди гордятся тем, что они считают себя двигателями развития и путают развитие с прогрессом сознания и цивилизации. Они сами являются продуктом прогресса, его способом и свидетельством. Даже те, кто критически отрицает развитие, его неравенство, его нерегулярность, его фатальность, его бесчеловечность — даже они являются выражением развития и способствуют ему. Революции, войны, кризисы, порабощение, изобретения и открытия не являются «деяниями рук человеческих», но следствием и условием сложности. Они всегда амбивалентны по отношению к людям, принося им и наилучшее, и наихудшее»¹⁰.

По сути человек не является непосредственно ответственным за революции, войны, кризисы, порабощение, изобретения и открытия; наилучшее и наихудшее привносят исключительно события. Все это не возникает вдруг через увертки ответов и вопросов, но свидетельствует, как это и подчеркивается у Ницше, о жизни вообще. Все, что мы только что тут констатировали, правильно касательно любого нормативного вопроса. Тем не менее, не существует ни одной инстанции, которая вправе судить об этой жизни, об этих событиях. Постмодернизм Дерриды и Лиотара расщепляет само-образ модерна — разум, автономию, волю, свободу и т.п. — с

¹⁰ Jean-François Lyotard, *Moralités postmodernes*, op. cit. P. 92-93.

его противоречиями, террором, порабощением, безумством, зависимостью и т.д. Такое расщепление, в силу его контрастов, вынуждает нас реализовывать порядок вещей во всей его жестокости, искривленности — порядок вещей, который невозможно избежать. Тогда понятия разума, автономии, воли, свободы уже не могут использоваться, поскольку они заклеены знаком собственных антиномий.

Альтернатива состоит, согласно Дерриде и Лиотару, в ниспровержении. Оно может быть структурировано вокруг двух разных осей — осей власти и эстетики.

На оси власти описание порядка вещей, осуществленное Дерридой и Лиотаром, не оставляет иной альтернативы, нежели спросить себя, хотим ли мы быть жертвой или палачом, хотим ли мы быть объектом воздействия власти или пользоваться ею. Отсутствие нормативной теории по поводу основания легитимной или нелегитимной власти имеет следствием то, что «вопрос» власти ощущается исключительно как «игра» на сцене вещей. Садомазохизм — это также истина об обществе, а все политические и юридические теории — это лишь иллюзии или идеологии, маскирующие то, что «на самом деле» происходит в обществе и «жизни».

На оси эстетики, под видом эстетического ниспровержения Деррида и Лиотар пытаются сосредоточиться на том, что им кажется пока еще свободным от противодействия, а именно — на модерне как нормативном проекте. Именно здесь они прибегают к той литературе, которую принято называть предосудительной: маркиз де Сад, Жорж Батай, Антонен Арто, Стефан Малларме, Раймон Руссель и Морис Бланшо. На самом деле их интересует в этих книгах не литературное измерение как таковое, а образ «иной стороны разума», содержащийся в них. На примере эротико-садистских фантазий, трансгрессий и эксцентричных выходов, равно как и безумства, Деррида и Лиотар презентуют идею аутентичного эстетического ниспровержения, потому что всеперечисленное, согласно этим мыслителям, наименее засорено порядком вещей или логоцентризмом, а также наиболее приближено к «жизни» во всей ее жестокости и красоте. Действительно, эти авторы воспроизводят на парадигмальном уровне образное выражение Ницше — «иная сторона разума», — а связь этого выражения с телесностью не вызывает у них никаких сомнений. Более того, они приравняют эстетическое ниспровержение к литературному творчеству модерна.

Уточним, что результатом такого ниспровержения является утрата смысла для действий той инстанции, которой отдана способность суждения и право судить. *Практическая мудрость* у Аристотеля или же *способность суждения* у Канта — это те понятия, которые более не имеют места. Нет более основания для суждения. Нет более ни единой нормативной инстанции, позволяющей судить.

Однако также необходимо упомянуть и *позитивизм*, проявляющийся в постмодернизме. Желая устранить логоцентризм, а вместе с этим и любуюдуальность, постмодернистская теория позиционирует себя как сугубо «позитивированную». Однако речь идет о весьма особенном позитивизме, не имеющем никакого отношения к научному юридическому позитивизму.

Постмодернизм и право

Исходя из нашего анализа постмодернистской парадигмы, мы можем сейчас перейти к описанию ее проявлений в праве. Для этого обратимся к философским или правовым теориям, опирающимся на данную парадигму. В такой четко очерченной перспективе сосредоточимся, как уже было указано выше, на труде, написанном Костасом Дузинойсом и Ронни Уоррингтоном. Эти авторы отмечают: «Постструктурализм указывает на конец всех великих нарративов и всех упоминаний как касательно Бога, так и касательно истины и формы, а также настаивает на конце человека как творца, эпицентра истории и репрезентации. Роль постмодернистской юриспруденции состоит в том, чтобы показать последствия такой идеи для субъекта права, носителя абстрактных прав и обязанностей, а также для правовой системы с ее принципами, формой и основаниями. Юриспруденция становится постмодернистской, чтобы снова подчеркнуть свою живую интенцию к самораскрытию во плюралистических и открытых рациональностях, а также в сообществах»¹¹.

Учитывая эту главную мысль в качестве основного основания, обратим внимание на первый элемент постмодернистской правовой теории, а именно — на смерть человека. Далее мы сосредоточимся на анализе утверждения об окончаниие ликих юридических

¹¹ Costas Douzinas, Ronnie Warrington, Shaun McVeigh, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*.op. cit. P. 28.

нарративов, и, наконец, завершим это изложение кратким обзором роли постмодернизма в праве.

1. Право, смерть человека и вопрос смысла

Тема смерти человека симптоматична для постмодернизма. Проанализируем сейчас это утверждение и его значение для права.

Дузинас и Уоррингтон выдвигают утверждение, как мы только что видели, о смерти человека как автора и субъекта, равно как и о невозможности какой бы то ни было репрезентации этих двух аспектов. В рамках настоящей работы мы ограничимся обращением к утверждению, превозносящему смерть человека как автора. Важно, на наш взгляд, подчеркнуть, что речь идет прежде всего о человеке как авторе или творце юридических текстов. Такая констатация направляет нас к проблеме языка в праве.

Обращаясь к философии языка, необходимо отметить, что традиционный образ состоит в утверждении языка как возможности продуцирования интерсубъективного смысла и в «проблематизации» слушателя и говорящего касательно понимания. Важным в этом образе является то, что продуцирование смысла расположено как по горизонтали, так и по вертикали. В горизонтальной плоскости продуцирование смысла учитывает тот факт, что пользователи языка персонализированы и социализированы в том же самом языке. В вертикальной плоскости продуцирование смысла предполагает, что и слушатель и говорящий могут, в разумных пределах, использовать этот язык творчески.

Таким образом, признавая то, что человек умер как автор, Дузинас и Уоррингтон в плане понимания права пытаются лишь заменить вопрос смысла апологией знаков. Человек умер; существуют лишь знаки.

Мы можем понять соображения постмодернизма по поводу образа музыки. Согласно постмодернизму, музыка не основана ни на какой субстанции и ни на каком смысле. Графические знаки, используемые так называемым композитором, музыкой не являются. Они станут музыкой в процессе их интерпретации. Знаки могут быть интерпретированы только индивидуально, но интерпретация не имеет никакой реальности вне звуков. Не существует никакой схожести между звуками и графическими знаками композитора. Более того, интерпретации варьируются до бесконечности, от одного индивида к другому. Как подчеркивают Дузинас и Уоррингтон: «Музыкальные и лингвистические знаки никоим образом не

требуют воображаемого или конвенционального присутствия. Они существуют как продуктивная наполненность, творящая то, то они отображают»¹².

Постмодернизм перемещает право в эту интерпретационную парадигму, смысл существования которой содержится в сфере эстетики. Интерпретация юридического текста — это произведение искусства, где интерпретация заставляет текст преобразовываться в эстетическое проявление.

По сути, понимание юридического текста для Дузиныса и Уоррингтона означает следующее: «Кроме того, чтобы знак функционировал, он должен быть повторяемым. Повторение — это сущностной элемент знака. В любом случае, исходя из того, что каждое повторение всякий раз возникает из нового контекста, никакой смысл никогда не совпадает с другим и, таким образом, никакой повторенный знак не идентичен другому. Повторяемость — это первоочередное основание, из-за которого знак не может получить какую-либо собственную идентичность, зависит от поля продуктивности. В повторении знак устраняет любое отличие между оригиналом и копией, исходным и производным, сущностью и явлением, контекстом и формой. Все эти антиномии приходят в действие благодаря логике непрерывного повторения»¹³.

Далее авторы отмечают: «...поскольку субъективность составляет неотъемлемую часть языка, каждый индивид не наличествует для себя самого по-настоящему. Пока мы используем знаки, чтобы мыслить, размышлять о самих себе и исследовать мир, один лишь факт поддержания смысла языка влияет на каждый аспект нашего существования»¹⁴.

Следовательно, как и в ницшеанской перспективе, смысл юридического текста формируется в процессе интерпретации, и этот процесс является выделением знака, который связывается с ритмом интерпретационного повторения, осуществляемого телом каждого индивида. Ведь субъективность, которую подразумевают Дузиныс и Уоррингтон, является не модернистской субъективностью, а телесной «субъективностью» в ницшеанском смысле. Так же как музыка вызывает глубинные эмоции у слушателей, так и юридическая ин-

¹² Douzinas, Warrington, *op. cit.* P. 132. См. также: Georges Liébert, *Nietzsche et lamusique* // Friedrich Nietzsche, *Œuvres*, *op. cit.*, Tome 2. P. 1453-1552.

¹³ Douzinas, Warrington, *op. cit.* P. 47.

¹⁴ Ibid. P. 47-48.

терпретация вызывает глубинную эмоцию у людей, встречающих-ся с лингвистическими знаками права. Эмоциональное творение, возникающая в теле индивидов, образует интерпретацию права прежде всего в невидимом проявлении этих движений, потом — в языковых знаках и, наконец, переводит ее более осознанное желание. На самом деле интерпретация права зависит только от извечного эстетического инстинкта. Интерпретировать означает не «мыслить в соответствии с целями», как этому учит юридический модерн, а «прислушиваться» к тому, как знаки связываются в рецепции и наррации знаков.

Согласно Дузинасу и Уоррингтону, юридическая интерпретация — это лингвистический «факт». Она тесно замкнута в «фактичности» конкретного юридического порядка. Точнее, в «фактичности», рассматриваемой как интерпретационная игра юридического языка, в которой каждое существо в соответствии с собственным желанием должно необходимо отстаивать одновременно и свое «место» в мире, и даже знаки, составляющие для него смысл интерпретации. Интерпретация идиосинкразивна.

Смысл — это не более, чем перспектива, которую Я адаптирует под стратегические или поэтические соображения. Если даже одна интерпретация, которую Я может добавить к тексту, принимается, постмодернизм выходит из тупика. Действительно, если, как считает Чарльз Тейлор, достоверность Я имеет отношение только к моему Я и к моей воле к власти, такое действие «постоянно сводится к вытеснению того, что могло бы учитываться»¹⁵. Иначе говоря, приводит к устранению истории, природы, общества, требований солидарности, а также интересубъективности. Течения типа постмодернистского феминизма, постмодернистское течение школы критических исследований права и другие течения, связывающие себя с этой формой постмодерна, работают, таким образом, в ситуации перформативного противоречия, реконструируя любой нарратив во имя нормы, даже если такая норма отсутствует.

2. Конец великого юридического нарратива

Проследим сейчас утверждение Дузинаса и Уоррингтона, которые огласили конец большого повествования — нарративного или юридического. Далее мы проанализируем это утверждение в связи с обстоятельствами, вытекающими из этого для права.

¹⁵ Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal: Bellarmin, 1992. P. 58.

Дузинас и Уоррингтон переносят эту ключевую для постмодерна тему в право для того, чтобы провозгласить конец юридического рационализма. По сути, согласно постмодернизму Дерриды и Лиотара, западный логоцентризм утверждается в разнообразных великих нарративах по поводу традиционных понятий Разума, Истины или Формы¹⁶. В таком смысле тема великого нарратива поддерживает легитимацию, порядок, связанность, присущие рационалистической традиции. Однако что же все это привносит в право?

У Дузинаса и Уоррингтона речь идет, прежде всего, о критике западной философии права и, в частности, рационального естественного права, сопровождавшего проект модерна. В этот проект вписана непрерывная забота о нормах. Нарратив модерна усматривает правовые нормы в Разуме, Истине, Форме или в Согласии. В таком контексте юридические нормы наслаиваются, как чешуя, на данный проект, который стремится обеспечить рациональную связанность между этими разнообразными юридическими нормами.

Для постмодернизма речь идет об иллюзии. Четко придерживаясь подхода Ницше, Дузинас и Уоррингтон приходят к таким выводам: «Нормы являются по сути своей субъективными и зависят от воли к власти каждого индивида. Пока не установлена некая первооснова или пока не выявлены сопряженные с Богом, Истиной, Реальностью или Благом нормы, любые ценности являются равнозначными, а все ключевые для метафизического мышления концепты утрачивают свою силу»¹⁷.

Таким образом, правовой проект модерна является иллюзией. Метафизической иллюзией, которой постмодернизм противопоставляет сам себя — через заботу о переписывании, которая заложена в самой структуре конститутивных текстов юридического модерна.

Итак, отказ от великих нарративов безусловно распространяется на концепты и трансцендентные ценности. Этот аргумент в равной мере указывает на невозможность существования концептов, кроме как в качестве субъективных впечатлений, совместимых с волей индивидов к власти.

Еще худшим для юридического модерна является следующее: использование таких концептов в процессе вынесения решения ста-

¹⁶ Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne*, op. cit. P. 8-9.

¹⁷ Douzinas, Warrington, op. cit. P. 13.

новится лишь выражением скрытого притеснения. Исходя из того, что право в этой концепции всегда является частью ценностного порядка, право модерна утверждается как пучок ценностей, реализованных «другими», то есть как ценности, осуществленные белыми мужчинами из среднего экономического класса Запада. Согласно постмодернизму, такая действительность решительно нивелирует женщин, молодежь, меньшинства и пр. Иными словами, разнообразные социальные, религиозные, этнические движения не смогли бы выражаться свободно.

Таким образом, отсутствие или отказ от легитимации, в соответствии с юридическим постмодернизмом, является лишь следствием апокалиптического видения, проанализированного нами выше. Движение в никуда, предложенное нам постмодернизмом, не позволяет прибегнуть к нормативной инстанции. Однако неспособность отличить нечто легитимное от нелегитимного ведет нас к неспособности выносить решения, а также провоцирует уничтожение всей юридической практики.

3. Нарративность и правовая литература

Перейдем к вопросу об альтернативе, или лучше — к предложению, которое делает нам постмодернизм в праве. Вне границ юридических текстов Дузинас и Уоррингтон предлагают нам две стратегии; прежде всего микронарративную стратегию, которую они называют «критической нарратологией»¹⁸; и далее — литературную стратегию как право.

Сперва проследим микронарративную стратегию, весьма успешную в постмодернизме.

Право, как его представляет постмодернизм, можно сравнить с исключением, террором, порабощением, авторитарностью, контролем. Речь идет, как мы уже отмечали, о праве белых мужчин из среднего класса, а также о вопросе о жертвах традиции, которые более во внимание не берутся. Вместо этого постмодернизм желает предоставить «слово» тем, кто считает себя исключенными, пострадавшими, угнетенными, подконтрольными и т.п.

Однако микронарратив юридического постмодернизма на самом деле не дает слово женщинам, исключенными др. Такая форма нарративанесет на себе отпечаток субъективизма и логоцентризма. Постмодернистский микронарратив — это игра искушения. Дузинас

¹⁸ Ibid. P. 109.

и Уоррингтонэто четко отмечают: «Постмодернистская история судебного процесса и права повествует нам о них как о «массе нарративов, сугубо выдуманных, сфабрикованных, услышанных и вышедших за свои границы(...) Мы все можем рассказывать истории, а те, кто их слушает, могут в определенный момент заменить в них какую-то простую деталь и отныне стать рассказчиками истории, совершенно отличной от рассказанной изначально новым слушателем, а уже эти слушатели, в свою очередь, смогут заменить в ней деталь и т.д. Эти добавленные нами детали с очевидностью изменяют то, что было рассказано изначально. Тем не менее, как напоминает нам Лиотар, такой тип изменения построения истории демонстрирует сугубо ницшеанскую силу забывать прошлое и открывает возможность к действиям (...) Повествование о справедливости не становится, таким образом, ни теорией, ни законом, а оказывается собственно перспективой»¹⁹.

Иначе говоря, постмодернистский нарратив — это лишь фикция и стратегия. Если сравнить со способом, которым этот нарратив представлен в юридическом модерне, где мы обнаруживаем нарратив как выражение субъекта, аутентичность которого предполагается и определенным образом контролируется, постмодернистский нарратив остается лишь выдумкой. Речь идет не о субъекте, повествующем о себе, а о самом повествовании, раскрывающемся в повторяемых в рамках интерпретации знаках. Но одновременно в таком контексте не существует ни аутентичности, ни искренности, из чего следует несоответствие субъекта его же высказываниям. Ведь существует тысяча способов рассказывать истории, где все свободны изменять «детали» в соответствии со своими собственными предпочтениями. Фактически постмодернистский нарратив не имеет равных себе только в своей аффективной составляющей, в эмоциональной реакции, которая возникает по ходу рассказа. Аффект сопровождает рассказ в ницшеанском смысле.

Таким образом, постмодернистский нарратив не обращен к праву, хотя и влияет на него в качестве эстетического ниспровержения аргументативного юридического материала: «Мы все — повествователи истории и наш единственный референт зарождается в наших нарративах, которые и творят нас. Но в наше время повествователь должен признать свою власть, а не присваивать ее себе»²⁰.

¹⁹ Ibid. P. 110.

²⁰ Ibid. P. 109.

Не существует, таким образом, никакой связи между нарративом и аргументацией. В отличие от права модерна, структурированного по аргументационной оси, постмодернистский юридический нарратив выявляет себя в качестве альтернативы сознанию, утверждая невозможность какого-либо диалога. Мы также вправе спросить себя, почему постмодернизм отрещивается от какого-либо диалога. Оказывается ли красота нарратива выше уважения к политическому или юридическому порядку? Нарратив как монолог — интересен ли он вне эстетического пространства? Ввиду того, что мы склоняемся к негативному ответу на эти два вопроса, мы можем также исследовать теоретическую апорию, свойственную постмодернистской парадигме.

Наш анализ продолжается обращением к другому постмодернистскому утверждению, согласно которому право уступает место литературе. Как утверждают в связи с этим Дузинас и Уоррингтон, «постмодерн скромно бьется об заклад касательно шансов литературы заменить право»²¹. Речь идет о прямом следствии того, что было предварительно сказано нами по поводу постмодернистского нарратива. Иначе говоря, это анонс упадка права.

Обратимся к теории юридического нарратива и обратим внимание на умозаключение, которое в связи с этим предлагают Дузинас и Уоррингтон. В этой связи мы должны настаивать на том факте, что нарратив, — как фикция или как литература, — влияет на мир. Повествуя о праве как об эстетической интерпретации, — и отличаясь в этом отношении от традиционного нарратива о праве, — постмодернизм занимает место юридического модерна, или более четко — он как в зеркале отражает будущее, где юридический постмодернистский нарратив сбросит с престола так называемый Великий юридический нарратив.

Итак, постмодернистский юридический нарратив — это не более чем фикция, без какой бы то ни было претензии на искренность или правдивость, это — исключение, сделанное единственно по причине существования такого нарратива, о чем свидетельствует его же позитивность. Дузинас и Уоррингтон говорят об этом следующим образом: «Постмодернистская юриспруденция — это (...) конец юриспруденции (...). Она постоянно критикует правовые истории (и тем самым) создает новые значения и новые идентичности»²².

²¹ Ibid. P. 131, 135.

²² Ibid. P. 135.

Тема конца права не чужда и культуре модерна, о чем свидетельствует развитие радикального марксизма. В противовес марксизму, выработавшему теорию относительно конца права как эмансипации и предлога установить гармоничные intersубъективные отношения, постмодернусматривает конец права исключительно в эсхатологической перспективе. Конец права наступит неожиданно, когда все существа этого мира закончат рассказывать свои истории. Однако нам сложно представить такое будущее и следует побаиваться его, поскольку мы, к сожалению, чрезвычайно искусственнолоцентризм.

Альтернатива праву модерна, предложенная постмодернизмом, ясно свидетельствует о тематическом сдвиге в сторону нарративности, которая провозглашает новый способ постижения права. Однако тематизация нарратива без диалога, как того хотелось бы постмодернизму, является тупиком. Без критерия искренности и достоверности постмодернистский нарратив оказывается вне связи с сущностными вопросами, требованиями общества и ситуацией совместной жизни. Отстраняясь от того, что является важным для социализированного индивида, нарратив может рассчитывать только на эстетику.

Выводы

Завершая наш критический анализ постмодернистской позиции в праве, хотелось бы высказать следующие выводы:

1. Постмодернизм своим «прощанием с разумом» направляет юридическую мысль на путь нормативного ниспровержения права, что мы считаем антиюридическим проектом. Он втягивает нас в эстетический нигилизм, смешивающий самобытную роль артиста с совокупными ролями, связанными с юридической практикой модерна. В таком случае юридический постмодернизм — это лишь выражение всеобщего нигилизма.

2. Постмодерн, отрицая любые соображения практической философии по поводу легитимной и нелегитимной власти, справедливости и несправедливости, законности и незаконности, нормативности и фактичности, разоружает нас перед требованиями совместной жизни, особенно в социальной, государственной или мировой перспективах. Учитывая то, что у нас нет логического места для таких соображений, у нас также нет более и единой инстанции для борьбы против сил, несущих человечеству опасность или не желаю-

щих уважать его. Таким образом, юридический постмодернизм открывает двери любому произволу.

3. Постмодернизм не может никоим образом практически проявиться в праве. Поскольку постмодернизм пренебрегает вопросом смысла в праве, любая правовая практика становится ненужной, если не тщетной. Не будучи в состоянии нести практическую ответственность в сфере права, юридический постмодернизм указывает лишь на эстетический выход за пределы практического мира.

Наши три тезиса по поводу юридического позитивизма демонстрируют наше фундаментальное несогласие с постмодернистским проектом. Теоретические апории являются непреодолимыми и обрекают этот проект на «девиацию» без продуктивного будущего.

*Юридическая эпистемология
и уже-право*

Предисловие

Эпистемологические размышления и вопрос о праве*

Выражение «юридическая эпистемология» прошло долгий путь. Сначала довольно-таки скромное на заре XX в. и связанное, главным образом, с именем Франсуа Жени и его трудом «Наука и техника позитивного частного права» (1913), оно кажется сегодня, в XXI в., получившим некоторую известность и снискавшим некоторое уважение в различных юридических кругах. Правовед, и более того, человек, требующий признания в качестве «ученого» в правовой сфере, не может в настоящее время абстрагироваться от этого, не рискуя навлечь на себя упреки в отсутствии серьезности или, вдобавок, в научной легкости, критикуемой и особенно виновной. В этом смысле ситуация представляется, на первый взгляд, вполне благоприятной и свидетельствует о том факте, что юристы соглашаются уважать некоторые эпистемологические требования в качестве авторов юридической доктрины или интеллектуальных проводников для создания «права», способного быть полезным для нас.

По ту сторону этой лубочной картинки реальное положение кажется нам сложнее и заслуживает критики. Скорее, наблюдается противоположная тенденция. Вместо уважения юридической эпистемологии в качестве области размышления о предусматриваемой в праве научности, в умах быстрее водворяется «юридическая эпистемология» обоснования (и защиты), основания (и доктринальной апологии), а также идеологической отсылки (и заблуждения и теоретической чрезмерности). Это подделка, иными словами «юридическая эпистемология», которая искажает «смысл» права, коварно склоняется к идеологии абсолютной правоты и аристократически

Melkevik B. *Épistémologie juridique et déjà-droit*. Paris: Buenos Books International, 2014. Пер. с франц. — к.ю.н., зав. кафедрой истории государства и права Самарской государственной областной академии (Наяновой) В.А. Токарев.

Впервые опубликовано: *Épistémologie juridique et déjà-droit*. Paris: Buenos Books International, 2014.

воображает себя недоступной для любой критики и свободной от того, чтобы давать научный «отчет». Эпистемологическое требование, которое, как предполагалось, конкретизируется применительно к «созданию права» (и в смысловых параметрах этого «создания» в юридической практике), внезапно и негативным образом обнаруживается в своей противоположности, а именно в «юридической эпистемологии» обстоятельств и в роли оправдания, основания и модной сегодня идеологии.

Если в юридическом мире эпистемология обращается к неблагодарной роли некоего *a priori*, готового идеологически превратиться в юридическую методологию, в теорию интерпретации или просто в заранее установленную «теоретическую модель», мы сталкиваемся с настоящей эпистемологической проблемой. Следовательно, цель нашей книги заключается в размышлении над этой проблемой таким образом, что наше исследование само относится к юридической эпистемологии. Необходимо настойчиво критиковать и устранять, насколько это возможно, идеологическое обращение к «уже-праву», которое уже присутствует здесь, так или иначе, и которое может действовать (без какого-либо делиберативного акта создания) в правовой сфере в качестве «оправдания, основания и идеологии». Или, еще хуже, как «идео-право», удобное для исследователей — членов доктринальной секты.

Критическое (и деконструкционистское) обращение к «уже-праву» само по себе является, как обнаружится, эпистемологическим, и совсем не концептуальным. Мы утверждаем, что речь идет об эпистемологической идентификации «синдрома» в этимологическом смысле, а именно о констатации совокупности клинических признаков и симптомов, которые обнаруживаются во время медицинского (и интеллектуального) осмотра. Речь идет о слове, заимствованном из древнегреческого языка, которое означает «объединение» или «совокупность различных элементов» и, таким образом, пригодно, чтобы поставить диагноз или вынести интеллектуальное суждение. Хотя слово «синдром» использовалось в медицинском языке, мы утверждаем, что «уже-право» представляет собой совокупность различных элементов, постулирующих существование или объективность «права» как существующего здесь, уже-права, уже полностью готового, уже являющегося объектом, или еще как присутствующего в теории, в парадигме, в системе, или во всем том, что сторонник уже-права привносит сообразно своему призванию, своей идеологии или своей теории.

Уже-право означает ставить телегу впереди лошади и утверждать, что это делается с целью сдвинуть лошадь с места, или еще грубее, настаивать на том, что хвост виляет собакой.

Сегодня самым обсуждаемым «синдромом», конечно, является СПИД. Однако СПИД — это не болезнь, а совокупность различных элементов, которые провоцируют полное или частичное разрушение иммунной системы человека. По сути, никто не умирает от СПИДа — умирают от самых разных болезней, атакующих тело, неспособное защититься от них, потому что иммунная система ослаблена. Так же вера в «уже-право» может до такой степени способствовать разрушению иммунной системы здорового права, что извращает смысл права, действующего в наших интересах, и, прежде всего, искажает наше понимание юридической современности. Тот, кто верит в то, что юридическая теория может быть некоей формой гипотетически-дедуктивной системы предположений, или тот, кто полагает, что эта самая теория может быть парадигмой понимания или поиска «в праве» (*sic!*), жестоко ошибается. Еще хуже ставить на место юридической современности свое представление об одностороннем и обманчивом идео-праве. Несмотря на то, что это делается со ссылкой на систему, «плюрализм», «нормативность» или другие идеограммы того же порядка, современность выдает себя в разумном основании своего существования, а именно в своей устойчивости на составных элементах в качестве акторов того, что может твориться под вывеской «право».

Несомненно, есть «клинический», а точнее «терапевтический» аспект, поскольку мы присутствуем при интеллектуальном суждении. Мы осуждаем «синдром» уже-права и мы не оцениваем того, что мы наблюдаем, поскольку оно слишком иррационально, слишком проникнуто обскурантизмом или, главным образом, потому что это не нужно нам в действительности. Такая диагностика проводится, т.к. сегодня отмечается, что теория «права» обильно внедряется в монологическую логику и особенно в платонический мир, претендуя на способность «провозглашать право». Многие специалисты по теории «права» разорвали последнюю связь с юридической практикой, чтобы отныне полностью и без всякого стеснения подчиняться прихотям мира идей. Таковы теории «права», отныне не интересные для создания права и для юристов. Их теории служат лишь мушкетированию их символического капитала или подъему в юридических и идеологических олигархиях, не говоря уже о социальном восхождении. На юридическом факультете их теории стали

теоретическим оружием в руках профессора (-ов), аристократически его использующего (-их). Подобное самоотречение и безобразие совершенно бесполезны, за исключением того, что они применяются для обучения дураков, поставляемых на службу нашим олигархиям правого или левого толка.

Наиболее важный вопрос в юридической эпистемологии оказывается вопросом объекта или не-объекта познания. Существует ли «право-объект» познания? Не соотносится ли практически познание в праве, скорее, с «источниками права» (*ius fons*), оказываясь «вне права» или «вне объекта» и выполняя функцию обслуживания юридического предприятия в логике «действия»? Действительно ли право существует «объективно» или «предварительно» в обществе, или оно существует в объективирующей сфере, оппортунистически названной «правом», или даже «бытием- долженствованием» в духе Платона и Кельзена и под влиянием Канта? Существует ли право? Эпистемологический ответ, разумеется, «нет», т.к. неадекватно само слово «существование».

Отсюда идеологическое или еще «позитивистское» напряжение (или метафизический позитивизм), где предполагается в эпистемологической невинности, что глагол «существуют» и термин «существование» сводятся через логику образных выражений или логические ошибки к бесконечности, относясь к текстуальным или «реалистическим» объективациям. Легко заметить, что ситуация зашла в тупик, и сторонники, верящие в то, что они имеют: а) доступ к существованию; б) доступ к способу непосредственного познания; в) доступ к «праву», верят в иррациональность, согласно которой там, где обнаруживается понятие, обнаруживается реальность, или даже объективация самого «права». В их иррациональности «право» задумано (и понято) таким как яблоко, которое срывается с дерева полностью созревшим.

По сути, проблема заключается в том, что сегодня «теория» стала независимой от практики. В долгой и нестабильной истории обнаруживается тот факт, что теории все чаще и чаще поворачивались спиной к юридической практике, чтобы придать самим себе больший вес и представить самих себя в качестве интеллектуальных конструкций. Начиная с Ганса Кельзена, который создавал словарь и воображаемый мир для пользы своей теории «права» (*sic!*), этот феномен наращивал темп, чтобы захватывать все более и более экзотические направления, или воображаемые. С чем сегодня соотносятся теории «права»? Чаще всего, ни с чем! Или

с целым рядом теоретических чтений, которые оправдываются одно через другое — как серия романов — и где слово «право», в конечном счете, не имеет никакого смысла, если только не считать таковым продажу товара автором (-ами), или, более вероятно, чтобы захватывать и усиливать олигархическую власть во благо ей, ее защитникам и сторонникам. Чтобы убедиться в этом, достаточно пролистать научные журналы по праву, издаваемые в США, и задуматься над использованием слова «право», произвольно и небрежно упоминаемого на каждой странице. Это слово чаще всего никак не соотносится с «практикой», но практически полностью с идеологией, которой в настоящий момент придерживается исследователь, и с борьбой за власть, которую ведут между собой олигархии: юридические (*sic!*), политические, глобалистские (или антиглобалистские), плюралистические и т.д. Добро пожаловать на «ярмарку тщеславия»!

Три эссе, которые мы публикуем под общим названием «Юридическая эпистемология и уже-право», являются опытом возвращения на твердую почву. Они представляют собой критику, как правило, всякого обоснования (и фундаментализма), всякого оправдания (и оправдывающего приема) и всякой попытки сделать из теории парадигму для «права» (*sic!*). Очевидно, речь идет о критических эссе в смысле противостояния «песням сирен», которые, наподобие истории с Улиссом (из «Одиссеи» Гомера), могут быть действительно околдовывающими и красивыми, но которые спровоцируют наше интеллектуальное и моральное кораблекрушение, если мы не будем твердо стоять на ногах.

Никогда не надо подчиняться желанию верить в существование «уже-права», права, которое уже присутствует здесь и там, магически существует в объективном мире и готово быть сорванным нашей теорией. Нет никакой причины уступать иррациональному. Скорее, нам следует сопротивляться, противостоять и кричать эпистемологически против иррациональности «уже-права».

I

Немного наведем порядок в области юридической эпистемологии*

Надо начинать с этого! С небольшой расчистки в области юридической эпистемологии! Действительно, есть насущная потребность в такой уборке, чтобы очистить от лишнего юридический мир, который обрушивается под тяжестью не получивших поддержки «предвзятых мнений» или громоздких и контрпродуктивных идеологических моделей. Но, прежде всего, чтобы обдуть свежим ветром тот догматизм, который сопровождает и который крепко связывает сегодня то, что обычно называют «юридической наукой».

Следовательно, мы ставим перед собой такую цель: провести эпистемологическую демаркационную линию по отношению к переизбытку догматики, поглощающей значительную часть современной юридической мысли. Иными словами, речь идет о том, чтобы приступить к спасительной расчистке в юридической области, крайне нуждающейся в ней, где следует вырвать сорные травы, больные растения, нежизнеспособные ростки. В этом смысле, наши рассуждения служат, главным образом, введением, пролегоменами к эпистемологической мысли, которая отныне нацелена на возможность существования права в юридической современности. Короче, профилактическая конечная цель сопровождает наши юридические и философские размышления.

Для достижения поставленной цели, мы проанализируем четыре тезиса юридической эпистемологии, а именно: 1) право не «существует»; 2) «фактичность» не позволяет сделать какого-либо вывода о «праве»; 3) не существует никакого «уже-права», рационально возможного в этом мире; 4) иррационально (и нелогично) верить в то, что посеяв концепции, можно пожинать право. Если эти четыре тезиса рассматриваются один за другим, то следует иметь в виду, что они основательно наслаиваются, прилаживаются и нанизываются друг на друга, как матрешки, чтобы вместе образовать серию

* Перевод с французского В.А. Токарев.

эпистемологических позиций, оценивающих современное понимание права.

Тезис 1. Право не существует

Наш первый тезис решительно утверждает, что право «не существует»! Нам следует принять или признать, что право не имеет никакого реального или эмпирического «существования» в этом мире. Право не имеет никакого физического или материального существования в социальном или политическом мире, и еще меньше — существования с точки зрения наличия или действительности, не говоря уже о том, чтобы быть или иметь, и что, в конечном счете, следует действовать и думать соответствующим образом. Необходимо искоренить иррациональную и догматическую склонность рассуждать о праве или по поводу права так, как будто оно существует тем или иным образом, т.к. оно не существует. Модальность «существования» неприменима к праву.

В этом смысле не существует никакого «объекта», называемого «правом», в реальном, материальном, фактическом или просто «осязаемом» мире! Право не является чем-то «самим по себе» или не имеет этого признака, и мы не располагаем таким средством научного познания, которое позволило бы нам установить, чему может реально, действительно или объективно соответствовать эта символическая репрезентация, называемая «правом». Итак, ошибочно писать и думать, будто «право» существует как «объект», который можно схватить! Однако мы наблюдаем, как многие теоретики или сторонники доктрины и догматики, оппортунистически названной юридической, пишут, говорят, приходят к выводу и утверждают, что право «существует». Они не пользуются буквально словом «существование» (или «эмпирический»), но, скорее, ставят вопрос о праве в терминах бытия и обладания, чтобы привести пример. В этом течении могут быть легко идентифицированы две теоретические и догматические школы, которые, несомненно, пересекаются друг с другом.

Первая традиция (или фракция) структурирует дискурс о «праве» с точки зрения его бытия и утверждает, что право существует в «реальности», в «обществе», в «материальности», в «фактах» и т.д., используя некоторые слова с этой целью. Для этой традиции «право» существует, потому что его материальность отражается в арсенале понятий, верно подтверждающих его существование. Обычно используемые при этом слова подводят к мысли о том, что право

обнаруживается через существование «правовых правил», «норм», «нормативности», или через такое выражение как «правовое государство», или через другие лингвистические приемы того же порядка. Применяемая дискурсивная стратегия постулирует в целом, что использование этих слов соответствует их существованию в реальности и, на самом деле, в качестве «права».

Вторая традиция (или фракция) структурирует дискурс о «праве» с точки зрения обладания и утверждает, что право существует потому, что мы обладаем «правами». Согласно этой дискурсивной стратегии, мир полон и переполнен «правами-обладаниями», переданными гражданам, так же как, хотя и в более скромных масштабах, коллективным или корпоративным субъектам. В этой концепции право предстает приданным, которое каждый индивид получает при рождении (но никак не раньше!) и которое он сохранит после своей смерти (и даже после!). Это мир обладания — мир потребления — в котором «право» мыслится как товар или даже, более аристократично, как социальный статус. В конечном счете, подобное предоставление социального статуса (или политического, или, что ошибочно, «юридического») может способствовать, прежде всего, растворению (и иррационализации) вопроса о «праве» в метафизических понятиях, таких как «суверенитет», «равенство», «достоинство» и *tutti quanti* (*и все тому подобное — итал.*).

Повторяем, что эти две традиции могут входить одна в другую и что даже может быть сложно встретить их во всем блеске эксклюзивной чистоты. Итак, современный теоретик права может легко поддаться желанию спокойно корпеть над одной или другой традицией или смешать их по своему усмотрению в меру своих догматических или идеологических предпочтений. Кроме того, смешение бытия и обладания (предполагаемых «правовыми») подходит для творческой игры и воображения алхимика.

То, что получается в результате такой психологической конструкции, называемой «право», может быть изучено в рамках эпистемологии. Прежде всего, отметим, рассуждая строго на уровне «психологического сознания», что исследователь (или, скорее, идеолог-юрист) сразу ставит между собой и «правом» психологический посредствующий образ. Постулат существования права служит здесь нелегитимному и идеологическому установлению научного посредствующего экрана и, чаще всего, обращен к идеологической конструкции (даже метафизической), которая всегда знает, где в реальности располагается «право». Речь идет, рассуждая эписте-

мологически, о посредствующем психологическом экране, который ободряет исследователя относительно существования «права» там, где его психология диктует, что оно существует или что оно обнаруживается! В итоге «право» находится там, где оно должно психологически (или «эмпирически») существовать, точнее там, где психологическая концепция его обнаруживает. А именно в качестве посредствующей психологической эманации, которая присоединяется к лингвистическим формам, подтверждающим модус ее существования, бытия и обладания.

Подчеркнем, переходя к уровню «псевдонауки», что для сторонника модуса существования «права» оказывается необходимым придерживаться такого представления о «праве», согласно которому оно зависит от знания, познания или даже от науки. Речь идет о сознательном конструировании образа-объекта «права» как того, что «обнаруживается», «становится известным», «познается» или «научно исследуется». Также подчеркнем, что «право» (или идео-право, которое его здесь подменяет) зависит от позитивности (бытия или обладания — по выбору) и необходимо, чтобы тот, кто «знает», говорил от его имени. По сути, речь идет о том, чтобы заставить признать или представить, что право является исключительной областью, которую конкретный мужчина и женщина не должны касаться и о которой они, тем более, не должны осмеливаться говорить. Итак, право было бы эксклюзивной областью для тех, кто знает, понимает и занимается наукой.

Что касается укоренения в «реальности», теоретически речь идет о том, чтобы вступить в альянс с организованной или институционализированной властью, или точнее с властными центрами, которые вращаются вокруг «права», или, говоря яснее, которые заставляют «право» вертеться вокруг самого себя в качестве эманации власти! В конечном счете, речь идет об идеологическом выборе (в смысле необходимости эффективности) момента материализации действующей в этом мире власти для подтверждения правильности предпочитаемого модуса существования. Тот, кто, например, располагается на оси «бытия», будет склонным конкретизировать его применительно к судьям или даже к законодательству, т.к. это позволит ему утверждать, имея на то основания, что он точно все увидел и что эффективность этих институтов подтверждает его концепцию права (или просто ловко мобилизованную концепцию «идео-права»). Тот, кто в свою очередь, высказывается за образ «обладания», обратится к эффективности «права» в плане

социологизма, «плюрализма» и других подобных по своей сути идеологических конструкций.

Становится очевидным, почему тезис о «существующем» праве имеет такой успех в юридических кругах, и понятно такое пристрастие к нему, поскольку это обеспечивает психологическое утешение по поводу права, предполагаемого непосредственно действующим *hic et nunc* (*здесь и сейчас* — лат.). И здесь нет больше необходимости идти в Каноссу, чтобы обрести уверенность или даже заниматься «правом». Эта картинка, именуемая «правом», психологически успокаивает, но на самом деле речь идет о дымовой завесе, где обольщение, даже иллюзорная сила слов, в конечном счете, заменяет «реальность» (понимаемую просто как то, что касается нас, жизни мужчин и женщин в этом мире). Следует, скорее, признать очевидным то, что, строго говоря, невозможно обнаружить право или получить к нему доступ через модус «существования» и что те, кто участвуют в этом, рискуют столько же своим интеллектуальным здоровьем, сколько и устойчивостью своего сознания.

По сути, мы причиняем ущерб, ужасный ущерб вере в красоту химеры (или бытия) «права», которую мы представляем себе руководящей нашими современными обществами — возвращаясь к языческому мифу о Зевсе, управлявшему при помощи «права» как космосом, так и человеческим обществом. Она игнорирует многие народы мира, для которых слово «право» остается в той или иной степени пустым звуком. Далекая от метафизических образов правящего «права» или состояния фактичности или нормативности, речь идет о признании с полной ясностью того, что право ничем не управляет и все рассуждения о том, что человеческое поведение регулируется правом, не точны. Скорее, мы утверждаем прямо противоположное, а именно то, что человеческое поведение совсем не регулируется «правом» («идео-правом»). Вдалеке от подобных фантазий, немного ясности и реализма, разумеется, не причинят вреда и послужат защите правового интеллектуального здоровья!

Итак, мы настаиваем на том факте, что право относится только к сфере возможного и, прежде всего, в качестве возможности, которая раскрывает себя и быстро скрывается, как только наше чувство реальности и чувство «юридического» теряют бдительность. Всегда желать отдавать приоритет практическому правовому решению, горячо защищать право и неустанно работать на благо правового интеллектуального здоровья — в этом нет ничего неожиданного. Более того, это путь, на который нам необходимо

вступить без иллюзий с мотивами и аргументами. Рассмотренное таким образом, право непоколебимо действует на пользу практической возможности и понимается иначе, чем утешительное и идеологическое «существующее».

Тезис 2. Отбросить идеологию перехода от «фактических данных» к «праву»

Наш второй тезис утверждает, что фактичность (или данность фактическая или эмпирическая) не позволяет делать каких-либо выводов о «праве». Здесь достаточно сослаться на Давида Юма. Тем не менее, следует признать, что наши современники насмежаются над его изгнанием любого «натуралистического паралогизма», а именно над рациональным запретом постулировать бытие-долженствование, начиная с предположения о бытии, или даже иррациональности перехода от «факта» к праву. Сегодня подобное напоминание, скорее, обречено на неудачу, т.к. если право в равной степени является «фактом», этот факт (или «фактичность») должен быть способным оправдать, представим себе, «переход» к другому «факту», чтобы окончательно прийти к «праву»! Сторонник «эмпирического» исследования «права» (или просто концепции фактического идео-права) чувствует, что ему разрешено двигаться во всех направлениях (и смешивать бытие и бытие-долженствование в позитивистской каше, даже не подозревая о ее иррациональности), и к тому же иступленно насмеяться над Юмом и переходить от «факта-права» к «праву-факту». Необходимо положить этому конец и осудить такой новый иррационализм за тот эпистемологический ущерб, который он причинил, чтобы скорее вновь утверждать, что «фактичность» не позволяет делать какие-либо умозаключения (или переходы) о праве, по поводу права или в праве.

Напомним, что если право существует (что мы отрицаем), или даже если «уже-право» (мы ниже раскроем содержание этого понятия) находится в обществе или в «праве» (что мы так же отрицаем), то отсюда следует, что существует правовая фактичность, уже наличествующая в обществе. Теоретик может впоследствии захотеть срезать путь, чтобы утверждать, что право уже присутствует здесь как фактичность, которая подтверждается (идеологически, т.к. никакое другое подтверждение эпистемологически не доступно и не приемлемо!) на социологическом, политико-логическом, этнографическом, антропологическом, культурологическом и т.д. уровнях. В итоге, такой исследователь может создать для своего удобства послушный об-

раз «права», которое фактически присутствует *здесь*, и которое мы можем в силу принятия подобной иррациональной картинки, взять и использовать на уровне юридического «права». На самом деле, речь идет о «переходе» от воображаемых фактичностей к праву, оппортунистически называемому позитивным и уже присутствующем здесь. Или даже о введении обманным путем утром «правового плюрализма», который мы обнаруживаем вечером под более привлекательной этикеткой «плюралистического права», причем без какого-либо интеллектуального усилия с нашей стороны.

Итак, какими стратегиями воспользуются наши ученики-алхимики, чтобы совершить этот подвиг? Мы различаем три стратегии.

Первая стратегия заключается в переименовании! Наблюдается затем самозахват властной позиции, где будет признано, что одно слово заменяет другое, или еще заставляют согласиться с тем, что В на самом деле А или Дюпон в действительности Дюпонд. Иначе говоря, речь идет о том, чтобы заставить признать обычай «правом», нравы «правом», привычки «правом», религиозные догматы «правом» и т.д. в соответствии с предпочитаемым фактическим перечнем. Вновь овладевая фактичностями, существующими в этом мире, можно их переименовать, категорировать как действительно относящиеся к «праву», с содержанием, подобающим фактической фантазии, мобилизованной по этому случаю. Это позволяет, прежде всего, иметь в своем распоряжении как «факт-право», так и «право-факт», и одновременно убедиться в невозможности допустить ошибку!

Вторая стратегия состоит в том, чтобы утверждать существование в мире предмета исследования, называемого «правом», и то, что благодаря этому мы можем заниматься «правовыми исследованиями». На самом деле, здесь пересекаются две дороги. Одна предполагает утверждение о том, что объект, называемый «правом» эмпирически существует в реальности или даже в обществе, и что, следовательно, мы можем провести эмпирическое исследование этого «права». Другая дорога ведет к утверждению о том, что необходимо конструировать объект, называемый «правом», и что, начиная с такой конструкции, открывается путь для «правового» исследования. Короче, следуя этим подходам, то, что вкладывается в конструкцию, рассматривается как наличествующее в реальности или в обществе. Итак, если вам удастся доказать, что существует правовой «объект-факт», то можно совершенно спокойно проводить «правовые» исследования в области социологии, политологии, антропологии

и т.д. И наоборот — «проводить исследования» социологические, политологические, антропологические и т.д., настаивая на том, что вы познаете «право».

Наконец, третья стратегия заключается в том, чтобы использовать психологическую оценку социальной или фактической реальности. Точнее, речь идет об обработке человеческой психологии или, конкретнее, нашей естественной склонности верить в то, что «право» соответствует реальности. Таким образом, можно утверждать, что социальные и фактические ситуации (например, плюрализм, мультикультурализм и т.д.), или модные слова (как опять-таки плюрализм), или, наконец, сама динамика фактической эволюции (резюмируемая в таких словах как «признание», «плюрализм», «мульти» то или это, «пост» то или это) охватывают «правовую» ситуацию и даже правовое государство. По сути, пещера Али Бабы открывается здесь перед нашими глазами, но не привычными словами «Сезам, откройся!», а такими: «Право-факт / факт-право, откройся!». Однако результат будет тем же: та пещера, в которой находится «право», полна чудес, ослепляющих взор и кружащих голову. Как и в любую сказку, в нее надо просто верить!

В целом, это картинка, химера, которая создается и признает только конструкцию круга «от права к праву», подобного кругу «от фактов к фактам». Другими словами, речь идет об измененном образе, в котором отныне платонический отблеск идей будет заменен на отблески «фактов» или просто на уверенность и утверждение о том, что «право» отражается в «праве». Вся практика, идентифицируемая фактически, будет, таким образом, автоматически идентифицируема в качестве «права». Также обычаи и нравы — особенно если экзотические или подлежат защите по принципу «политической корректности» — станут в равной степени рассматриваться как «правовые». Даже этика, при условии ее фактичности, является «правом». Получившаяся в результате картина, а именно существование «правового» гаранта всего, что появляется в данном обществе, представляет собой идею настолько обольстительную, что все верят в нее, и она захватывает всех (особенно юристов)!

Сторонник «правовых переходов» может, в общем, утверждать с уверенностью, что он не выражает желания, идеала или утопии. В порыве он раструбит о том, что не переходит от бытия к долженствованию-бытию (т.е. к юмовскому «не-надо») и с жаром будет кричать о том, что излагал лишь последний и окончательный результат научного позитивизма, говорил о всемирном государстве или еще о

правовом состоянии (или о правовом государстве), которое предполагается существующим и функционирующим через неограниченное использование дополнения «правовой». Прежде всего, он будет убежденно утверждать, что фактический образ «права», который он создал, определяется познанием, Знанием и к тому же еще наукой, которые принадлежат ему одному.

Против сторонников правовых «фактичностей» или «переходов от факта-права к праву-факту» выдвинем два аргумента.

Во-первых, подчеркнем, что факты, и к тому же «фактичность», на самом деле являются нашим образом жизни. Однако этот образ жизни, так же, как и происходящие события, счастливые или несчастливые, всегда требуют интерпретации. На этом основании можно констатировать, что каждый «факт» может быть интерпретирован тысячами способами, и что нам нет необходимости обращаться к Ницше за подтверждением того, что факты, которые нам открываются, являются ничем иным как интерпретациями, навязываемыми нам в принудительном порядке. Кроме того, как язык интерпретации, так еще и «перевод» представляют собой язык власти и гетерономии, и прежде всего, тупик, который приводит нас к антиправу. Рассматривая этот вопрос под углом юридической эпистемологии, мы утверждаем, что «интерпретация» может быть, таким образом, только несостоятельной монологической позицией, которой всегда не хватает аргументированного разъяснения, чтобы избавиться от врожденного антиюрицизма. Это тем более верно, что факты никогда не будут иметь власти в «праве».

Во-вторых, продолжим нашу аргументацию, но на этот раз против сторонников «правовых переходов», напоминая о том, что вопрос суждения становится настолько важным в праве и для права, потому что в праве невозможно «фактическое суждение». В праве не существует «фактов», и еще хуже, право могло бы позволить принять дискурс «фактов» только рискуя потерять, буквально говоря, свою «душу» и, прежде всего, сползти к своей противоположности, а именно к не-праву или попросту к насилию над другим! В праве имеет значение только вопрос «доказательства». Вопросы о «фактах» имеют смысл только в той мере, в какой они могут быть оспорены и загнаны в рамки справедливого судопроизводства.

В конечном счете, иррационально верить в то, что юридическая проблематика могла бы быть разрешена на фактическом уровне или к тому же предполагать, что какая-то фактичность могла бы позволить совершить переход к праву! Это интеллектуальный подлог,

когда заставляют поверить, будто мы можем назвать фактичности «правом», чтобы рассматривать их идеологически как право! Ничего хорошего не выйдет из этой затеи.

Тезис 3. Отбросить идеологию «уже-права»

Наш третий тезис утверждает в тесной взаимосвязи с предыдущим, что следует решительно отбросить любую идеологическую или референтную концепцию «уже-права». Его не существует; нет «уже-права» в этом мире или в данных обществах. Поскольку у права нет никакого физического существования, материального или социального, постольку любая иллюзия «уже-права» должна быть устранена и энергично отброшена по ту сторону нашего юридического горизонта. Следует пресекать любое влияние, любую идеологию, любую веру, которая постулирует существование или феноменальность «уже-права», а именно образа «права», наличествующего здесь и предположительно «юридически». Для того чтобы понять этот тезис, надо проанализировать идеологический механизм в процессе создания такой веры в «уже-право» и тот ужасный эффект, который он производит в отношении понимания (и возможности) права.

Отправная точка в нашем анализе — одна из самых элементарных, а именно: если право создается на практике, то оно «создается на практике», но теория и все, что может быть сказано о практике — это совершенно другая тема! Право устанавливается на практике и *post festum* (задним числом — лат.) юриспруденцией в единственном числе, и это все! Таким образом, нет никакой возможности для «уже-права». Отсюда возникает необходимость для сторонников какого-то или конкретного «уже-права» объединить практику и теорию, чтобы получить рабочую модель «уже-права», которую они могли бы изменять по своему усмотрению.

Долгое время юристы, даже самые закаленные среди них, на самом деле развивали идеологию посредничества между двумя сферами правовой мысли. Верить им — это как если бы один следовал за другим в зеркальной диалектике, или просто в блеске двух страниц в книге, где одна из них отражается в другой в качестве дискурсивного эквивалента. Это как если бы язык, или степень «читаемости», предполагались отражаемыми от правой страницы на левую страницу, или, что вполне понятно, от страницы теоретической на страницу практическую: «уже-право» с одной стороны и «уже-право» с другой стороны.

Действительно, теоретиками «уже-права» используется образ зеркала, потому что если зеркальный образ присутствует, то в

результате, по их мнению, идеологическая форма может незамедлительно появиться в качестве синтеза, по-своему выражающего «право-здесь», а именно «уже-право». Конечно, так выражается простая истина о взаимозаменяемости практики и теории, но она, кроме того, описывает образ уже совершившегося превращения, наличествующего и действующего в таком качестве, и прежде всего идеологический образ «уже-права», по сути, более спекулятивный, чем иррациональный. Этот образ «отражается» и всегда предполагается наличествующим «от похожего к схожему»: право с одной стороны, право с другой стороны! Иными словами, речь идет о смешении одного с другим, и образ «уже-права», который отсылает лишь к «возвращению» — всегда зеркальному — либо от практики к теории, либо от теории к практике.

Одна из причин успеха уже-права в правовой сфере связана с отношением между практикой (т.е. тем, что относится к фактам, реальности, действию / манере рационального поведения, аргументации) и теорией (предположим, совокупность абстрактных «знаний» / навыков / интеллектуальная спекуляция гипотетического характера) в праве. Легко представить, как такой редукционизм, по сути, эпистемологический абсурд, обладает всем, чтобы покорить юридический мир. Теоретик, и к тому же «догматик» права, мог бы с апломбом заявить или, более ловко, внушить, что он «создает право». Можно было бы даже представить себе такие понятия как «правовое правило», «юридическая норма», «юридическая сила», «конституционность», «юридические принципы», чтобы таким образом выдать теорию за бытие практики, или даже «права». Теоретическое понятие, происходящее от такой фантазии, в действительности образует «мост» — или исключительное образное выражение — прежде чем стать особым языком, в котором теория и практика соединились в образе «права-уже-здесь» или соответствующего «идео-права»! Единственный отсутствующий в этом танце образных выражений, а именно понятие «правового государства», должен быть впоследствии приглашен на праздник, чтобы, конечно, стать юбиларом, «идеологическим памятником», достойным прославления в качестве доказательства существования «уже-права».

Такие маневры могут служить на уровне коллективной идеологии, насколько это возможно, сплочению все более и более гедонистического и нарциссического общества, иначе говоря, плюралистического и мультикультурного, чтобы так подкрепить ожидания внутри рамки *a priori*. Однако при этом теряется из виду горизонт практического смысла в нашей юридической современности.

Следовательно, тот, кто верит в подобное «уже-право», несмотря на его манеру выражаться или доказывать, рискует ничего не понять в современном обществе — ни современную реальность, ни юридическое требование. Когда мы принимаем позицию «уже-права», возникает опасность остаться на ней, поскольку эта идеология тотчас встает как препятствие, стена, нелегитимная «легитимность», которая препятствует любому юридическому суждению, адекватному фактам, и которая, что еще хуже, рискует обеспечить триумф силы, власти или олигархий, так ловко управляющих нами. Угроза, которую они создают для любого юридического предприятия, усиливается, кроме того, за счет той легкости, с которой они могут пользоваться идеологией «уже-права», маскируя его такими словами как «конституционализм», или «правовая доктрина», или «юридическая экспертиза», или любой другой формулировкой того же типа с целью пресечь любые возражения, сломить любое сопротивление, которое встанет на защиту современного права.

Поэтому мы убежденно поддерживаем аргумент, согласно которому не должна быть принята никакая концепция «уже-права»! Скорее, следует утверждать, что вопрос о праве решается на практике в реальном мире с людьми из плоти и крови и, в конечном счете, представляет собой завершение спора, разрешаемого процедурным, дискурсивным, аргументативным, диалектическим путем через соответствующее судебное решение. Если каждый юрист или адвокат может иметь свои собственные представления о праве, которые следует высказать, то это совершенно иной вопрос о поиске аргументов, приемлемых для всех или юридически. Таким образом, право создается на практике и любая вера в «уже-право» не имеет оснований. Не существует хорошего или плохого права, или «уже-права», но, скорее, есть хорошая или плохая работа юристов, адвокатов и судей по интерпретации и аргументации. Если мы плохо создаем право, то оно будет «плохим»; если мы хорошо выполняем свою работу юриста, то право будет «хорошим».

Тезис 4. Посеем понятия, чтобы пожинать (иллюзорно) право

Наш четвертый тезис решительно отвергает новую тенденцию, которая состоит в том, чтобы посеять понятия и потом пожинать «право». Однако когда мы говорим «новая тенденция», это не совсем точно, поскольку речь идет, скорее, о рецидиве детских болезней теории и доктрины права, которые снова входят в моду с

большим напором и силой благодаря отсутствию интеллектуальной бдительности и теоретических антител у юристов. Итак, речь идет о вчерашнем перевоплощении, которое возвращается сегодня и против которого необходимо настаивать на том, что должно бы оказаться очевидным для всех, а именно, что ничего нельзя достичь фактом обладания понятием или путем посева «понятий» направо и налево, надеясь на то, или уверяя в том, что посеяли «право».

Стратегия сеятелей понятий и их тактики захвата территории и власти в юридической науке могут быть проиллюстрированы путем анализа трех дискурсивных этапов, используемых чаще всего.

Первый дискурсивный этап, используемый сеятелями понятий, состоит в том, чтобы заставить поверить в существование одного или многих *юридических* понятий. Итак, если исторически юристы полностью отрицали «юридическое» существование понятий, то сеятели понятий занимают прямо противоположную позицию. По их мнению, необходимо, чтобы понятие юридически существовало в соответствии с чувствительностью к идео-праву, присущей каждому его стороннику. Как только этот результат достигнут, можно верить и уверять, что именно там, где посажено понятие, было обнаружено право. При желании можно также верить и уверять, что такие слова как «собственность», «договор» и т.д. уже являются «юридическими» и составляют часть права. Понятие «договор», таким образом, это не только «договор», но оно «юридическое» *in se* (*само по себе — лат.*)! С помощью такой алхимии (не забывая, что это спор о практической интерпретации договора называется юридическим в качестве приметы способа разрешения данного спора) понятие «юридический» начинает отныне самостоятельную жизнь как чисто идеологическое понятие. «Жизнь понятий» не имеет ровным счетом ничего «юридического», кроме того, что ей приписывает концептуальная фантазия сеятеля понятий! Это автаркия юридического.

Второй дискурсивный этап заключается в убеждении, будто некоторые слова, понятия, категории и т.д. не были правильно поняты как имеющие отношение к праву. Тому, кто верит сеятелю понятий, надлежит исправить эту ошибку и признать, что некоторые понятия стали «правовыми» или являются «юридическими». Исторически такие экзотические понятия как «норма», «нормативность», «правило», «правовое правило», «принцип», «суверенитет», «общественный договор», «справедливость», «эффективность» и *tutti quanti*, могли быть успешно признаны в качестве волшебным образом «юридических» или «правовых». Но и сегодня какой-нибудь се-

атель понятий может элегантно и убедительно представить другие понятия по своему выбору как правовые, такие как «суверенитет», «народ», «нация» и т.д. Можно с удовольствием поискать в других университетских дисциплинах понятия, которые позволительно вновь упомянуть и обновить в качестве правовых.

Третий дискурсивный этап, особенно любимый сеятелями понятий, заключается в том чтобы верить или уверять, что другие слова, понятия, категории и т.д. содержат в себе компонент, оппортунистически называемый «правом». Таким образом, «устойчивое развитие», «справедливая торговля», «помощь в развитии», «справедливый доступ к морским ресурсам» и т.д., чудесным образом уже являются «правовыми» и «юридическими». Если все эти понятия вызывают сегодня большую симпатию в сбитом с толку мире, почему бы не утверждать, сея понятие, что все это уже является «правом»? Можно также утверждать, что вызывающие симпатию понятия в силу природы вещей снова соединяются с «правом» как выражение его прогрессивности и открытости миру. Если в каком-то уголке мира дела идут плохо, то почему бы не посеять там «правовое» понятие и утверждать, что «праву» не было оказано уважение!

Как мы можем наблюдать, сеятели «понятий» любят убеждать в том, что понятия колдовским образом уже являются «юридическими» или даже «правовыми». Поскольку это удобно, почему бы в это не верить? Почему бы не использовать понятия, предполагаемые «правовыми», как отправную точку и создавать «мировоззрение» (т.е. мировую идеологию) для юристов? При этом каталог понятий, предполагаемых юридическими, всегда под рукой для получения метафизического (или доктринального) благословения. Он дает сеятелю понятий уверенность и гарантию, которая позволяет ему, как он считает, конструировать доктрину или правовую науку.

В результате такая «юридическая наука» должна была бы предлагать нам понятия, «нормы», «правила», «принципы», относящиеся к правовой доктрине, подобно тому, как скобяная лавка на углу снабжает нас инструментами. Сеятеля понятий, называемых «правовыми», можно сравнить с владельцем скобяной лавки, ассортимент товаров в которой настолько широкий, что он готов к любым неожиданностям и превратностям судьбы. Он творит в этой скобяной лавке, чтобы подправить старые понятия в качестве «права», перековать их, или даже вложить в уже существующие понятия новое содержание.

В конечном счете, язык неизбежно становится «властью», поскольку с тех пор как доктрина / догматика (всегда оппортунистически характеризруемая как право) села в седло в качестве господина над словами, все непосредственно зависит от сохраняемого понятия! Тот, кто внимательно следил за развитием теории в том, что касается формирования юридической догматики, несколько удивится здесь, т.к., вспоминая знаменитую школу «Begriffenjurisprudenz» (*юриспруденция понятий — нем.*), т.е. школу понятий, все возвращается к отправной точке: в идеализации понятий, которая, собственно говоря, снимает любой правовой вопрос. Если эта школа действительно считалась вершиной теории права в XIX в. (и даже в начале XX), разве не любопытно наблюдать за тем, как она возвращается в XXI в. подобно ударной волне? Согласно Марксу, первый раз как комедия, а на этот раз как трагедия.

Конечно, можно было бы подробнее поговорить об идеологии «посева понятий для сбора права», о ее вариантах и перевоплощениях, но напомним, что насколько заманчивой и утешительной может показаться эта концепция, настолько весомы рациональные причины отказа от нее. Такая идеология абсорбирует или кристаллизует весь вопрос о праве внутри догматики (она также ошибочно представляется как «право») и приводит к тому, что этот вопрос о праве снимается в пользу модного «понятия», которое доминирует в этой догматике. На наш взгляд, пагубным последствием данной концепции идео-права является то, что человек с его плотью, костями и душой — ничего уже не говоря о его правовом статусе — передается во власть доктринальной и догматической концепции полностью ограниченным и зависимым от тех гетерогенных сил, которые наполняют нашу жизнь в обществе. Отметим по поводу последнего аргумента, что «жизнь понятий», прежде всего в продолжающейся движении современности, быстро избавляется от своих узко доктринальных рамок для того, чтобы присоединиться к неравномерному распределению власти, которое отличает такое общество, укрепляющие наиболее темные и ретроградные силы.

Что скрывается за этой одержимостью «посевом понятий» и ролью хранителя понятия, которая является ее результатом, если не комплекс неполноценности, раздирающий душу юристов при виде ученых, или даже их неотвязное желание тоже заниматься «наукой» в виде жонглирования понятиями. По сути, нам кажется, что это желание резюмируется, в конечном счете, в этой «понятийной логике», которая не имеет ничего общего с наукой в ее нормальном

понимании. Посев понятий осознается как повторение аксиоматичных или общезначимых правил, которые провозглашаются как «правовое понятие», не имея отношения к «науке» и, прежде всего, к праву. Неизбежным результатом этого становится догматическая (доктринальная) избыточность и хроническая слепота в том, что касается смысла, которым наделяется вопрос о праве в демократическом обществе.

Заключение:

Чтобы высказываться в более реалистичной манере

Если мы правы, полностью или отчасти, тогда мы сталкиваемся с проблемами в области юридических наук. Мы имеем проблемы:

(1) с «научностью», которая больше не функционирует адекватно и, прежде всего, не защищает нас надлежащим образом от обскурантизма, все чаще и чаще вмешивающегося в создание права;

(2) с нашим подходом к созданию современной доктрины (догматики), в которой обнаруживается все более настораживающее и идеологическое интеллектуальное отречение;

(3) с эпистемологическим разграничением в отношении «идеоправ» и иррациональностей, которые проникают в право или любят злоупотреблять словом «право» по непонятным причинам или просто для того, чтобы пересыпать речь модными словами.

Мы далеки от мысли разрешить эти проблемы в рамках настоящего эссе. Скорее, наша цель состоит в том, чтобы захватить сознание, открыть дискуссию, дающую пищу для размышлений и никогда не уступать ни пяди земли для властных игр наших сектантов. В этом смысле мы являемся приверженцами юридической современности, в которой хорошо жить!

II

Небо, затуманенное уже-правом: эпистемологическая критика*

Уже-право хочет заставить нас поверить в существование «права», предполагаемого «уже наличествующим» в социальной или юридической реальности. Оно нелогично постулирует, что существует инстанция «уже-права» или даже «объект-право», содержащийся в зачаточном состоянии в реальности и доступный для познания права. Мы отвергаем такой подход решительно и бескомпромиссно, поскольку он невозможен и иррационален.

Мы утверждаем, что вопрос о праве не вписывается ни в один модус существования или «предшествования», реального, социального или юридического, и что следует отделяться от таких идиосинкразий со всей ясностью ума и с полной определенностью. Таким образом, целью является деятельность во благо интеллектуального здоровья в области юридической мысли и избавление от крайне удобного, но, увы, очень обманчивого образа уже наличествующего «права», имеющегося в распоряжении или доступного для наблюдения «уже-права».

Мы далеки от того, чтобы составить скучный список всех теорий (и теоретиков) права, которые обращаются к образу «уже-права» и строят на этом основании, на этом постулате замки из песка. Как будет показано ниже, это касается, в конечном счете, «позитивизма», называемого научным (и его аналитических, реалистических, эмпирических и т.д. направлений), а также теорий, которые злоупотребляют гуманитарными науками, чтобы создать удобный и хорошо служащий им объект «уже-права». Итак, вопрос об «уже-праве» не относится, строго говоря, к определению феномена, но более адекватен признанию того, что действительно в сфере юридической мысли существует арсенал теорий, которые претендуют на то, чтобы говорить, анализировать и писать так, как если бы «право» уже существовало! Иными словами, постулируется: 1) что теория (и метод

* Перевод с французского В.А. Токарев.

или методология) позволяют нам выражать свое мнение об «уже-праве», которое существует; 2) что мы можем в рамках наблюдения, описания или «нормативности» сослаться на «уже-право»; 3) что мы можем пользоваться (в модусе бытия и обладания) или жить, экзистенциально или психологически (в качестве поддержки и подтверждения реальности), «уже-правом». «Уже-право» является в некотором роде наркотиком для ума, что подтверждается как в его позитивистских или реалистических фармакопоях (на парижский манер), так и в метафизических и социологических.

Чтобы отвлечь часть «уже-права», насколько это возможно, мы выдвинем против него четыре эпистемологических аргумента. Наш первый аргумент заключается в том, «право» возникает в результате справедливого и беспристрастного процесса и что абсурдно рассуждать о предварительности «уже-права» и допускать его существование в какой-нибудь «реальности». Наш второй аргумент утверждает затем, что юристы работают на практике с «текстами-инструментами», чтобы исполнять свои обязанности, и что иррационально настаивать на том, что эти тексты, эти инструменты своим существованием репрезентируют какую-нибудь работу, выполняемую в модусе «уже-права». Наш третий аргумент утверждает, что методическое взаимоотношение между инструментом-текстом и вопросом о праве понимается как овладение инструментами и что методологической ошибкой является объективация инструментов-текстов с помощью методологической уловки «уже-права». Наш четвертый аргумент состоит в защите идеи о том, что право реализуется на практике и что теория (и метод, и методология) никогда не позволяют нам выражать свое мнение о праве. Собственно четыре аргумента преследуют единственную цель очищения современной правовой мысли от любой идеологии «уже-права».

1-ый аргумент: право является результатом справедливого и беспристрастного процесса

Отметим сначала, что право никоим образом не зависит ни от одного *a priori* (неважно, выражено оно в модусе нормативном или фактическом, эмпирическом или историческом, догматическом или генеалогическом и т.д.), или от чего-то предшествующего ему, что подтверждает его наличное «бытие». Напротив, мы полагаем, что право появляется только в результате справедливого и беспристрастного судебного процесса и что оно, таким образом, никогда рационально не выходит из этого состояния «результата». Следова-

тельно, любая интеллектуальная операция, имеющая своей целью преобразование этого «результата» во что-то другое, ничего не изменит в таком положении вещей. Право, понимаемое на индивидуальном уровне (или мыслимое в общем виде), соотносится лишь с тем, чем оно стало для сторон, обратившихся к «праву»; и то, что было принято как результат справедливого и беспристрастного судебного процесса, должно на данный (и логически определенный) момент времени конституировать для них «право».

Понимаемое так, «право» не располагает (или не корреспондирует) никаким *a priori* (или предшествованием, неадекватно называемом «правом») и также никаким *a posteriori*! Логически *a priori* является конфликтом между различными индивидами (или идентифицируемыми интересами), который приведет к правовому результату, тогда как *a posteriori* логически является извлечением выгоды, последствиями и референтным авторитетом исторического суждения, которое на данный момент создает «право» для людей, принявших участие в этом судебном процессе (иначе говоря: юриспруденция). Подчеркнем, что право касается *stricto sensu* (в строгом смысле — лат.) только индивидов (или заинтересованных лиц), которые приняли участие в процессе и которые были поименованы во время и по итогам этого справедливого и беспристрастного процесса, и, как следствие, никого другого (в качестве «права»). Это означает также, что право понимается и мыслится рационально на уровне участников судебного процесса, которые вступают в процесс во имя правового решения; отсюда утверждение о том, что смысл права соответствует участникам процесса, которые соглашаются жить по праву.

Сторонник «уже-права» не принимает такой рациональности и, прежде всего, в соответствии с параметрами, описанными нами выше. Он только думает, размышляет о праве в отрыве от практики как о «наличествующем», которое существует до и после, и не принимает во внимание участников процесса, адвокатов, процессы, споры, последствия судебного решения, последствия для третьих лиц, и другие вопросы, которые представляются ему достаточно сложными. Они касаются той процедуры, от которой он, часто добровольно, отстраняется, поскольку она кажется ему тривиальной. Скорее, он мыслит право по аналогии с игроком в мяч, играющим перед публикой, или воображает себя в качестве зрителя на трибуне, который наблюдает за игрой, описывает и анализирует ее. Он представляет, что право — это «игра», и чтобы заставить принять

свою модель, обращается к шахматам, бейсболу, соккеру (футболу) или к любой другой игре. Некоторые проводят аналогию даже с кухней или театром, а другие приводят в качестве примера игру в карты или шашки. Этот образ позволяет ему утверждать, что для игры необходимы «правила», «нормы» и «нормативность», и наблюдая за игрой, описывая и анализируя ее, он обнаруживает, что «правила», «нормы» и «нормативность» предшествуют этой игре. Затем сторонник «уже-права» с апломбом утверждает, что право также является игрой, чтобы таким образом извлечь слово «правовой» (или юридический) из своего интеллектуального багажа и поместить его рядом с названными «правилами», «нормами», «нормативностью»! Фокус проделан, и люди, верившие в то, что заниматься исследованиями в юридической сфере сложно, теперь знают секрет! Речь идет исключительно о наблюдении, описании и анализе игры, а также о добавлении научных понятий, оправдывающих игру, чтобы таким образом пожинать «уже-право».

Итак, на первый план выходит воображаемая игра, которая приглашает к наблюдению и вере, и где каждому (особенно исследователю) предлагают вообразить, что на его глазах обнаруживается право, напоминающее игру в мяч. Как только «мяч» оказывается на поле, игра начинается, и с этого момента действуют — если вы в это твердо верите — «правовые правила», «юридические нормы», «нормативность права», вступающая «в игру». Так игра становится онтологическим предварительным условием, которое должен вдохнуть жизнь именно в ту игру, т.е., повторим, в «правовые правила», «юридические нормы», «нормативность права» и другие подобные им выражения. Речь идет об онтологии права, которая психологически соблазняет поверить или представить, что исследователь может на самом деле наблюдать, описывать и анализировать «право», чтобы оно «было». Онтология или парадигма «игры» насмехается над реальными и произнесенными словами, чтобы психологически лучше сделать «научный» вывод о том, что некоторые слова были здесь всегда, и они наблюдаются, обнаруживаются и вызывают восхищение ученых как «уже-право». И если бы это было правдой (предположим), то каждый сторонник «уже-права» обладал бы необходимыми качествами (допустим!) для того, чтобы говорить о том (и заставлять в это поверить), что он создает право, что он единственный, кто знает игру, что он наблюдает за ней и тоже играет в нее по-своему. Еще хуже, что он может видоизменить игру в силу своих знаний.

Сторонник «уже-права» может легко представить себя в желанной роли игрока из «Harlem Globetrotters» или просто в роли виртуоза игры в мяч, который, как *маэстро*, знает как артистически и эстетически обработать мяч, закрутив его, сделав поворот или пируэт. Только те, кто обладают «научным» знанием, могут восхищаться его игрой. Если «право наличествует» здесь, или если «уже-право» может быть схвачено нашими чувствами, то для того, чтобы говорить или играть, необходимо знание игры. Тот, кто владеет терминологией игры, знает «правовые правила», «юридические нормы», «нормативность права», заявляет, что именно его «знание» подтверждает, оправдывает и объясняет существование уже-права! Он (или она) мобилизует это «знание» с тем, чтобы требовать, преэюмировать, что «уже-право» обнаруживается (или раскрывается) на наших глазах и что, таким образом, необходимо наблюдать — в любом случае тому, кто твердо верит в это вопреки разуму — «уже-право» как наличествующее здесь, как доступное для наблюдения одинаково на сцене или с балкона. Впрочем, возможен вздох уныния и эмпатический «тем хуже» бедолаги, который не смог увидеть право и безнадежно его ищет!

Запомним, что, в конечном счете, «знание» вынуждено гарантировать, что «право уже наличествует здесь» онтологически! Чтобы утверждать, что тот, кто адекватно управляет (предположим) «знанием», может с полной уверенностью гарантировать, что слова, которые он произнесет, являются «правом»! Отсюда «знание» предполагается в иррациональной и нелогичной роли онтологии, которая оправдывается как способная произнести «право» в качестве «уже-права». Как таковая, эта современная и модернистская форма онтологии права сильно отличается от античной юридической онтологии в той мере, в которой она отныне основывается на постулате «уже-права», способного быть объектом исследования, описания и анализа. Тот, кто на самом деле ищет в *социологической юриспруденции*, социологизме «юридической» инженерии, юридическом бихевиоризме, американском или скандинавском реализме, обычном или «научном» позитивизме и т.д., обнаруживает там лишь призыв (метафизический — *sic!*) присоединиться к наличествующей онтологии, «уже-здесь» присутствующей. Тот, кто пишет со знанием об этом «присутствии», создает (предположительно) «право» в знании / наблюдении / освоении «уже-здесь», «уже-права». Тем хуже, если эта демонстрация ходит по кругу! Тем хуже, если это, впрочем, не предполагает никаких объяснений или не добавля-

ет ничего другого или дополнительного к тому, что уже было озвучено предварительно!

Конечно, проблема состоит в том, что это абсурдно, иррационально и нелогично! Вера в то, что онтология может служить нам для утверждения наличия «право», и что это наличие могло бы быть переписано как «уже-право» — это не что иное, как *галиматья*. Скорее, мы решительно утверждаем обратное, а именно, что мы никогда не сможем написать право, исходя из онтологических посылок, что иррационально в это верить и что любой человек в здравом уме должен отказаться от обнаружения Права! Достаточно прочитать и понять диалог Алисы и Короля из «Алисы в Зазеркалье» Льюиса Кэрролла:

«— Итак, кого вы видите?»

— Никого, — ответила Алиса.

— Я бы дорого дал, чтобы иметь такие глаза как ваши, — раздраженно заметил Король. — Быть способным увидеть Никого, Нереального собственной персоной! Да еще на таком расстоянии! А я, по правде, способен только иногда видеть кого-нибудь вполне реального!»

Вот проблема! Мы сможем увидеть только то, что «вполне реально»! И до сих пор нам не удалось увидеть право! Причина этого достаточно проста: право не существует в модусе видения.

2-ой аргумент:

юрист работает с текстами-инструментами

Наш второй аргумент заключается в утверждении, что юрист работает с текстами, которые являются его рабочими инструментами. Тот, кто готовится приступить к юридической работе, должен знать, при помощи чего делают ту работу, которая от него требуется. Если проблема, условно признанная юридической, никогда не создается юристом, но общественной жизнью, и главным образом, его клиентами, то юрист, призванный выразить свое мнение о ней, очевидно, нуждается для работы в текстах, поскольку без этих инструментов он бы просто не смог ничего сделать. В конечном счете, «тексты» необходимы — чему мы пока не даем оценки — чтобы работать над решением проблемы, условно определяемой в качестве юридической теми, кто не является юристами. Что это означает?

Это означает, что таким же образом, как плотник работает с молотком, пилой, дрелью и т.д.; как каменщик работает с мастерком, гладилкой, грейфером и т.д.; как экономист работает с цифрами, ста-

тистикой, демографическими или географическими данными, юрист работает с текстами. Это его рабочие инструменты и без них он не может ничего сделать! Так же, как и молоток, мастерок, цифры и статистические данные, которые, строго говоря, «сами по себе» не имеют никакой ценности, кроме того, что их используют при проведении работ. Именно через их применение плотник, каменщик и экономист сумеют «заставить заговорить» свои инструменты. Эти последние не говорят со своих мест; их инструменты говорят тем, что осуществляется через обращение с ними, через их интерпретацию, иными словами, на практике. Инструменты оправдываются и объясняются через то, что делают с ними действующие лица. Наличие инструментов в руках рабочего или на стройке означает только то, что была произведена какая-то работа. Без инструментов, без текстов юрист, строго говоря, не способен ни на что или на какой-то пустяк!

Так же, как плотник больше не изготавливает свой молоток, пилу, дрель и т.д., но покупает их у своего поставщика; как каменщик покупает свой мастерок, гладилку и рейсер; или так же, как экономист получает статистические данные от статистиков, юрист получает свои «инструменты». Его снабжают ими люди (или «институты»), которые делают, производят тексты на перспективу, что эти последние окажутся полезными в качестве «инструментов» для современного юридического предприятия. Конечно, отдельный юрист как специалист по праву, а также из соображений предусмотрительности для своих клиентов может сам принять участие, индивидуальное и частичное, в производстве некоторых из этих «инструментов» (т.е. договора, соглашения и т.д.). Но это не даст ему возможности, даже если бы он попытался, добавить слово «правовой» или «юридический» к этим текстам.

Выбор и производство «текстов-инструментов» с целью обслуживания юридического предприятия зависит от конвенциональной ситуации, присущей обществу, сделавшему выбор в пользу юридической современности. Это также верно и в отношении вопрошания о роли или предполагаемом «весе» взятых на вооружение инструментов. Все это осуществляется на расстоянии и независимо от юристов, к чему добавляется также констатация того, что наступление демократии (в качестве модуса жизни и политики) предполагает еще большее удаление юристов от выбора и создания «текстов-инструментов». Что касается вопроса о предпочтении текстов-инструментов, то исторически, на протяжении веков, он порождает много споров, чтобы окончательно свестись к модели текстуального авто-

ритета, относящегося к законодательству, юриспруденции, доктрине и обычаю (включая договоры, сделки, расписки и т.д., а также соглашения, делающие «закон» участников процесса). Однако этот спор не был разрешен раз и навсегда и неустанно порождает бесчисленные научные выступления (так же как политические и идеологические) с целью добавить сюда другие текстуальные авторитеты. Кроме того, это более или менее допускается и признается в различных специфических отраслях «права», главным образом, в области, называемой международным «правом», где добавляются «договоры», «конвенции» и т.д. в качестве авторитетных инструментов

Между тем, это ересь — приписывать какой-то смысл, ценность или внешний характер (психологический или идеологический) тексту или текстуальному авторитету, поскольку следует признать, что не существует ничего «вне текста», ничего под текстом, ничего выше текста и ничего рядом с текстом. Любой дискурс или предположение, которые пытаются ввести психологическую, реалистическую, эмпирическую, социологическую, бихевиористскую, нормативистскую и т.д. реальность, лгут и плутуют, и прежде всего, пытаются контрабандным путем сформулировать, изобразить или оправдать идеологическую или теоретическую позицию в тексте и внутри него в ущерб любому здравому эпистемологическому соображению. Следовательно, необходимо отвергать любую онтологическую претензию «правового правила», «норм» (или нормативности), юридических норм, юридического обязательства и т.д. в модусе «уже-права» в отношении инструментов, поскольку это зависит, строго говоря, от метафизических установлений. Речь идет об «объективирующей» стратегии (и «уже-права») признания, что на самом деле речь идет о тексте. «Текст» не представляет собой ничего, кроме «текста», напечатанных слов, иногда опубликованных в официальных изданиях или размещенных в электронной базе данных.

Так же иррационально приписывать тексту «имманентность» или «присутствие» в праве или юридически. Уверенность в том, что мысль или интерпретация служит разоблачению, хотя и на правовом или юридическом уровне, относится к магии, колдовству. Тексты, используемые юристами, чтобы выполнять свою работу, никогда не должны рассматриваться как рождественский подарок, который после того, как его распакуют, разоблачит нам чудеса «уже-права». Текст никогда не должен пониматься (или операционализироваться) как соотносимый с другой инстанцией (или посредствующей

инстанцией), которая предполагается наделяющей его смыслом или придающей ему характер «уже-права». Понимание текста в качестве онтологии «потребности», «интереса», «обязанности», «инженерии» сводится, строго говоря, к онтологическому захвату и не объясняет ничего в отношении права (но многое в отношении стратегии власти применяемой тем, кто ей манипулирует).

Необходимо просто понять, что «инструменты», которыми пользуется юрист, имеют только тот статус, которым они обладают в настоящий момент времени. Они все имеют статус «древности», они все «датированы» (иногда с точным указанием времени), они все представляют собой историческую данность. Судебное решение, принятое верховным судом, приобретает свой исторический статус (и древний) в следующую секунду после его опубликования и, таким образом, может быть принято только в качестве юридической возможности быть, образно выражаясь, влитым в исторически набранный бассейн как еще одно дополнение к «юриспруденции» в целом. Все инструменты юристов «датированы», и ничто «живое» (или другие биологические метафоры, существующие или исторические) не превышает, не превосходит простой хронологической констатации. Все тексты-инструменты не имеют истории и будущего — особенно грядущего — но лишь дату, которая удостоверяет, что текст «датирован». Думать иначе — значит верить в фей и, прежде всего, вставить на идеологическую скользкую дорожку, к сожалению, ведущую к идеологии «уже-права».

Отсюда следует, что те инструменты, которыми пользуются юристы, не сообщают нам ничего относительно «права» или «юридического», т.к. именно нам надлежит делать и то, и другое. Не следует верить в то, что «тексты-инструменты» позволяют нам проходить сквозь зеркало на другую сторону «уже-права». Перефразируя «Алису в Зазеркалье» Льюиса Кэрролла:

«...Там есть эта комната, которую ты можешь видеть в зеркале... Она совсем такая же, как наша гостиная, только там все наоборот. Я хочу увидеть ее целиком, когда я залезаю на стул... всю целиком, кроме той части, которая находится за камином. Ах! Я умираю от желания ее увидеть! (...) Книжки там очень похожи на наши — только слова написаны задом наперед. Я это точно знаю, потому что как-то раз я показала им одну из наших книг, а они показали мне свою в другой комнате.

(...) Это было бы чудесно, если бы можно было войти в Зеркальный Дом! Давайте делать вид, что мы так или иначе можем туда во-

йти. Давайте делать вид, что стекло может стать таким же мягким как газ, чтобы мы могли пройти через него. (...) Теперь довольно легко пройти через него...».

Тем не менее, никогда не надо ни «делать вид», ни проходить по ту сторону разума и, очевидно, никогда не надо верить словам, написанным «задом наперед». Надо устранить образ и сверкание, коварно наводящее на мысль о том, что тексты-инструменты предоставляют нам доступ к какому-то «уже-праву», или верить в то, что инструмент для производства «права» отличается от инструмента или права, уже признанного в качестве такового. Необходимо отказаться от спонтанной идеологии, которая обманным путем внушает нам, что «уже-право» существует и мы должны, вопреки разуму, принять неприемлемое!

3-й аргумент:

овладеть своими текстами-инструментами

Наш третий аргумент представляет собой напоминание о том, что каждый юрист знает наизусть, а именно, что необходимо ознакомиться с инструментами для того, чтобы ими овладеть и, главным образом, оценить, что можно рационально и юридически сделать с их помощью. Так же, как плотник, каменщик или экономист заинтересованы в том, чтобы понять и овладеть своими инструментами (напомним, что именно инструменты определяют, что можно сделать на уровне работы), юрист должен будет стать «хозяином» для своих инструментов, своих текстов-инструментов.

Если действительно тексты являются инструментами для юристов, следует предположить, что они существуют здесь для того, чтобы быть изученными и освоенными. Профессиональный долг юриста заключается в том, чтобы «овладеть своими инструментами и знать их», а также иметь представление о том, «что с ними делать». Речь идет об ответственном индивидуальном акте «ознакомления» со своими инструментами и даже если это занятие не дает само по себе, повторим, ничего специфически «правового» или «юридического». Компетентность юриста в отношении своих текстов-инструментов не гарантирует ничего относительно правового вопроса.

Однако нелогично ставится вопрос о «методе», который в перспективе «уже-права» коварно предполагает осуществить невозможное, дать «уже-право» и нарисовать квадратный круг по тому же случаю через метод, герменевтику, интерпретацию или «конструкцию» (т.е. социальный «конструкционизм» (*sic!*), социоконструктивизм или со-

циальный и юридический конструктивизм)! И как же это сделать? Постулируя, что метод служит вопрошанию, схватыванию или прояснению «объекта», и что этот последний включает в себя, так или иначе, «уже-право». Итак, этот «объект» должен, по мнению того, кто верит в это, быть взаимосвязанным с «уже-правом». Следовательно, необходимо искать «объект», чтобы увидеть, как раскрывается «уже-право»! Иными словами, если вы верите в то, что право наличествует в качестве субстанции (речевой), вам не остается ничего другого, как искать субстанцию там, где она предположительно находится, а именно в «праве», правовой системе, правовой реальности (*sic!*) и подобных выражениях, чтобы обнаружить его в модусе «уже-права».

По сути, это необдуманное злоупотребление моделью современной науки, которая ставится на службу идеологии. Она действительно создается по образцу «субъекта познания», относящегося к «объекту исследования» — философски это описывается в качестве «субъект-объектного отношения». Это базовая модель наук, называемых точными (иначе говоря: естественных наук), в которых исследователь конституируется методологически в качестве «субъекта» с помощью применяемого метода и заключая в скобки свою личность и индивидуальность. В этой модели потом метод, а сначала субъект открывают физическую реальность (или биологическую, генетическую и т.д.) и только метод раскрывает объект, или, более прозаически, заставляет его говорить. В этом смысле, исследователь присутствует только благодаря методу и никогда в качестве индивида, так же как метод заставляет объект говорить по всем правилам науки, несмотря на то, что думает и совершает исследователь в качестве индивида. Авторитет естественных наук основан, таким образом, на скрупулезном использовании такого метода исследования и на повторении того же результата, который из этого вытекает.

Теперь легко понять причину, по которой такая модель обладает всем, чтобы соблазнить юриста, исследователя-юриста! Он (или она) должен стать своим «собственным методом» или даже суверенным хозяином метода, который постулирует существование объекта, «уже-права», утопии. Кто в юридическом мире не хотел бы пристроиться, если без обмана, к авторитету естественных (и физических) наук и называться ученым, соответствуя их базовой методологической модели, особенно если для этого требуется лишь утверждать наличие «уже-права», которое обязуются обнаружить потом? Действительно, зачем отчаиваться, признавая, что в правовой сфере нет никакой рациональной возможности идентифицировать

и научно верифицировать «объект исследования», когда все, что требуется — это идеологически перепрыгнуть через все реальные научные препятствия и поверить (заставить поверить) в то, что есть метод, способный «подвергаться резорбции» внутри онтологического предшествования, внутри объекта (совершенно очевидно, не существующего), называемого «правом»?

Речь идет только о том, чтобы самим убедиться, что это возможно, что некий «метод» окажется способным уверить или разуверить нас в том, что есть доступ к какому-то «уже-праву», готовому к нашему «познанию», «наблюдению», «признанию», и поверить в то, что слова преданно и без сопротивления следуют за объектом нашей веры. Вот та идея, которая, по существу, проникает в юридическую мысль с начала 19-го века и которую можно резюмировать в утверждении о том, что такой объект как «право» существует и что наблюдаемый, описываемый и анализируемый объект и есть «право».

Итак, перед сторонником «уже-права» открываются три пути.

Вначале, он может утверждать, что метод создает то, что ищется. Разыскиваемый объект в силу этого зависит от метода и своей доступности, поскольку известно, что он уже существует. Тот, кто ищет «уже-право» в такой методологической перспективе, безусловно, найдет его, т.к. именно объект оправдывает и объясняет образ действий, и, прежде всего, утверждает результат как то самое искомое «уже-право». Метод разрешает вам, на самом деле, ошибочно утверждать, что вы обнаружили то, что искали, описывая результаты исследования терминами «уже-права», таким же образом, как, уточним, обращение к вышеупомянутому методу оправдывает и делает приемлемым ваши претензии по отношению к «объекту исследования». Как следствие, метод оказывается «концепцией реальности», *weltanschauung*, как в свое время говорили марксисты, или парадигмой, вводящей «имя» или «слова» в исследование. Это, главным образом, историцистский или генеалогический аспект (сошлемся на Мишеля Фуко, постмодернистов и т.д.) вводит в заблуждение, т.к. задействованное в качестве «метода», все объясняется интеллектуальным запасом, который сопровождает метод. И если метод представляет собой интеллектуальный продукт, то аура, слава, реноме, которые исходят от великих имен, переносятся автоматически на этот культурный продукт, чтобы сделать вас буквально непобедимыми. Впрочем, у вас исчезла неуверенность, неизбежно сопровождающая разговор от своего имени, поскольку это не вы провели исследование, но метод!

Сторонник «уже-права» может так же решительно утверждать, что метод генерирует собственную онтологию. А именно, когда метод говорит (через интерпретацию), тогда и обнаруживается правовая «реальность» (*sic!*). Предполагается, что метод гарантирует это фактом своего словаря, в котором есть «причина», «результат», «влияние», «практика», «изменение», «живое», «зарождающийся», «прогресс», «исторический», «линейность», «общность», «общество», «глобальный», «мировой», «международный» и т.д. Исторические, социологические, антропологические методы оказали настолько большое влияние на право, потому что они позволяли объяснить право как уже-здесь наличествующее, как «уже-право». Стороннику «уже-права» достаточно спокойно прочесть несколько книг, чтобы утверждать, что он провел исследование! Следовательно, он мог бы прочесть, например, десять книг по социологии и утверждать, что нашел «уже-право» на том основании, что он сам является юристом по образованию. Он мог бы так же прочесть книги по истории, антропологии, экономике и т.д., и утверждать то же самое. В конце концов, идеология «уже-права» подтверждается фактом прочтения одной книги, как если бы кто-то заявлял, что он провел исследование на том основании, что он много прочитал!

Наконец, сторонник «уже-права» мог бы также утверждать, что правовым объектом являются тексты, подлежащие интерпретации. В этом смысле напомним, что языческий бог Гермес — откуда произошло понятие юридической герменевтики — изображался (если речь идет о греческой мифологии) посредником между олимпийскими богами и людьми. Отсюда образ метода (и интерпретации), который, находясь между текстом и интерпретатором, обуславливает «значение», или в равной степени открытие «уже-права», получаемое благодаря методу (философскому). Стороннику «уже-права» не остается ничего иного, кроме как утверждать, что «уже-право» объективно существует по отношению к методу, чтобы затем с помощью того же метода, интерпретировать тексты (или «реальность», которая предполагается не отстающей от них — *sic!*), чтобы увидеть подтверждение первоначального «уже-права». Демонстрация метода как предварительного приводит, таким образом, к тому, что реальный интерпретатор уходит на второй план, чтобы скрыться за методом, который нацелен только на «объект», предполагаемый наличествующим здесь, наличествующим здесь в качестве «уже-права».

Найти «уже-право» по итогам методической интерпретации означает вытащить счастливый билет, *maran-atha* (*приди, Господь* —

арам.) ликования, момент, когда исследователь вырастает в своих глазах. Тем хуже, если у этого практически нет содержания, нет никакой ценности и, прежде всего, никакой научной или эпистемологической ценности.

В целом речь идет о логической (и методологической) ловушке! Ловушка разума, которую Льюис Кэрролл в своей «Алисе в Зазеркалье» представляет нам следующим образом:

«- Когда я беру слово, — возразил Шалтай-Болтай немного пренебрежительным тоном, — оно точно означает то, что мне хотелось бы, чтобы оно означало... ни больше, ни меньше.

- Вопрос в том, чтобы знать, есть ли у вас власть заставить слова означать не то, что они хотят сказать, — сказала Алиса.

- Вопрос в том, — возразил Шалтай-Болтай, — кто будет хозяином... И точка».

Что касается нас, перспектива стать хозяином метода и слова «уже-права» не имеет ничего общего с научным исследованием! Тексты-инструменты, которыми пользуются юристы, не дали бы им никакой власти в отношении элейского «уже-права». Необходимо *a contrario* (напротив — лат.) удовлетвориться той логикой, согласно которой слова не означают ничего другого, кроме того, что они хотят сказать, а юристы, как следствие, продолжают давать «юридические советы», развивать правовую доктрину, преимущественно никогда не произнося слово «право»! Иными словами, наиболее важное в методе — понять то, что мы никогда не сможем «обнаружить, увидеть и проанализировать»!

4-й аргумент: вопрос о праве относится к практике

Наш четвертый аргумент отстаивает идею о том, что право создается и реализуется на практике через справедливый и беспристрастный судебный процесс перед лицом приглашенной третьей стороны, а именно судьи (т.е. суда, магистрата, государственного судьи или профессионального судьи), и нигде больше. Юристы «практически» работают со своими текстами-инструментами, подобно плотнику, каменщику, экономисту. Когда человек обращается к услугам юриста, чтобы сделать работу, это происходит потому, что он нуждается в компетентном специалисте, чтобы подготовиться к участию в судебном процессе или избежать этого. *A contrario*, сторонник «уже-права» стремится разместить свой концепт на уровне теории, чтобы заняться интеллектуальной контрабандой, а именно снова найти или обнаружить «уже-право» на теоретическом уровне

не. Если эта концептуальная попытка окажется успешной, то право будет там, освященное, в «уже-праве», теоретически готовом быть навязанным другому в перспективе соединения и идеологического вовлечения, или чтобы учредить теоретический клуб (или философский, социологический, исторический и т.д.) «уже-права».

Обратимся к Иммануилу Канту для объяснения нашего аргумента, главным образом, потому, что он символизирует парадигматически (и эвристически) два возможных подхода к роли теории относительно права. Приведем слова И. Канта из его самой известной книги «Критика чистого разума» (1787): «Юристы все еще ищут свое определение права». Именно в двусмысленности этого предположения таится изъян. Прежде всего, верно ли это предположение?

Нет, несколько! Почему юристы должны искать определение для понятия, субстанции, называемой «право»? Зачем искать такое понятие и каким будет логическое и рациональное взаимоотношение между понятием и практикой «права»? Нет ли более полезного занятия, чем искать понятия или определения? Станут ли они счастливее после того, как обнаружат понятие с субстанцией, называемой «право»? Проблема заключается в том, что Кант ошибается, и ошибается жестоко, тем более что юристы больше не нуждаются в «определении для своего понятия», как врач сегодня не нуждается в «определении» или «понятии», чтобы понять свою роль врача по отношению к своим пациентам, или просто по отношению к болезни. Если, таким образом, Кант ошибается на «концептуальном» уровне, то что можно сказать о двух ролях, предусматриваемых теорией в отношении права?

Primo, в строгой интерпретации Канта, он сам придет к выводу, обозначенному выше, а именно, что понятие бесполезно. По сути, Кант учит нас в «Критике чистого разума» (1787) — откуда, как мы отметили, была взята эта цитата — тому, что юридический мир (релевантный точным наукам) не разговаривает с нами, и что мы нуждаемся в теоретических предварительных условиях, чтобы заниматься научными исследованиями (применительно к физическому или природному миру). Здесь он абсолютно прав, поскольку исследование в области точных наук (т.е. номотической и аксиоматической) дает только предварительные результаты в ожидании процесса строгой верификации, проводимой через второе экспериментирование (независимой лабораторией) и с уважением принципа оспоримости. Иначе говоря, необходимость теоретического основания для проведения научного исследования оборачивается против теории в том смысле,

что эта последняя всегда, строго говоря, «ложна» (т.е. ненаучна или зависит от личного убеждения, не поддающегося верификации), если вторая проверка не сможет подтвердить научных результатов, полученных при первой проверке. То есть ученый полагается на верифицированный, «подтвержденный» результат исследования — и никогда на теорию. В этом смысле Кант принимает участие в «коперниканском перевороте», рационально придавая особое значение теоретическому основанию и удостоверяя то, что только верифицированные в ходе второй проверки результаты научного исследования могут называться «научными».

Сообщенное праву, это означает применительно к вопросу о правовой «теории», что любая теория права будет ложной и останется таковой до конца света! Почему? Просто потому, что никакая проверка рационально не возможна или не реализуема — ни первая проверка, ни вторая проверка — разве что в воображении, и никакой магический или «теоретический» момент (*sic!*) не изменит этого. Если Кант прав, в чем мы не сомневаемся, это означает, скромно, что теория права должна будет перестать высказываться по поводу реальности, предполагаемой «правовой», и еще меньше по поводу практики (т.е. в той степени, в какой теория требует подчинить теорию научности, управляемой той же теорией). Потому что, повторим, проверка на уровне «результата научного исследования» исключает «теорию» в любой допускаемой роли и способна лишь отвести ей роль, всегда противоположную собственно «праву». Коротче говоря, теория не может высказываться по поводу того, что считается создаваемом в обществе или в юридической сфере. Это предполагает необоснованное утверждение о том, что теория волшебным образом позволяет нам начинать онтологический монолог с обществом (и правом) и слушать (или наблюдать), как она шепчет нам на ухо имена (и слова), индуцирующие ее реальность. Неукоснительное возвращение к Канту в теоретическом и научном мире служит в целом, *stricto sensu*, вакциной для нас против теоретического воображения и языка «уже-права».

Secundo, читая иначе, можно, увы, прийти к прямо противоположному результату. По сути, зачем выбирать трезвость, когда опьянение настолько привлекательно? Проблема непосредственно связана с процитированной фразой Канта, т.к. если юристы ищут (что со всей очевидностью рационально ошибочно!) «определение для своего понятия права», почему бы не дать им его? Это было бы очень просто! Представим себе ощущение от занятия император-

ского трона в империи права! Представим искушение! И власть! Не поддался ли ему сам Кант при написании «Метафизики нравов. Учение о праве» (1795), где *a priori* резюмируется в «уже-праве» объективированная мораль? Если сам Кант поддался этому искушению, почему бы не поднять определение «уже-права» на уровень теории в качестве ответа на ее вопрос?

Действительно, легко определить «право»! Продолжение бесспорно верифицируется на уровне «уже-права» и подтверждается в качестве теории перед потоком определений «права»! Поскольку речь идет о том, чтобы выдумать «определение» или «понятие» с целью получить в теории «право» (или «уже-право»), каждый может почувствовать себя выполняющим эту миссию. Если мы знаем на сегодняшний день, *grosso modo* (в общем — лат.), около 2200 определений, это означает только то, что задача решается с теоретическим задором! Идолопоклонничество, захватившее «теорию», и слепота «уже-права»!

Каждый может на досуге составить перечень современных теорий «права» и сослаться на «определение понятия» в качестве «уже-права»! В нашей перспективе более важно настаивать на том факте, что таким образом теория становится обоснованием и легитимацией «права», которое относится к «определению» и «понятию». Это осуществляется в круге, который начинается с определения «права», чтобы идти к теории «права», или к теории права, которая выходит на определение «права», как это, впрочем, констатируется (и без какой-либо исчерпанности) в системизме или еще у Тойбнера, Лумана и т.д., в скандинавском реализме или у Альфа Росса, Акселя Хэгерстрёма и т.д., или в теории «юридической связности», или у А. Печеника и т.д.

Опасность, с которой теория «уже-права» встречается лицом к лицу (и которую она, в принципе, разделяет с объективистской методологией), состоит в том, что она никогда не скажет ничего, кроме того, что разрешено этой теорией. Разбирая свою теорию, вводя ее в «действие» и используя ее как оптику (вспоминая Галилея), теория установила контроль и никогда не сможет сделать ничего иного кроме, как предложить образ «уже-права», представленный в теории, в самой архитектуре ее конституции в качестве «правовой теории». По сути, все урегулировано заранее, и исследователь не должен никогда выходить из своего кабинета, чтобы заниматься научным исследованием (или чувствовать потребность осведомляться!), т.к. все уже урегулировано, подготовлено и упаковано! Теоретически

инвестированное, «уже-право» неизменно обнаруживается в искусственном процессе дискурсивной переписи, который до бесконечности (т.е. теоретической бесконечности), подтверждается как один и тот же, подобный понятию «уже-права», иначе говоря, как круг, замыкающийся на себе, или в качестве теории, которая никогда не скажет ничего иного, кроме того, что ей позволено «определением понятия». Вместе того, чтобы стараться «увидеть», теория становится слепой!

Если мы правы, даже отчасти, то любая теория должна отказаться от высказываний о праве, отказаться от любого «уже-права». Необходимо восстановить здоровое отношение между «теорией и практикой», в котором только «практика» (или действие) может высказываться по вопросу о праве в современном обществе. Теория в правовой сфере должна, следовательно, ограничиться двумя направлениями.

В первую очередь, утвердить правовую теорию в эвристической или педагогической роли; теория права заключается в преподавании, касающемся юридической сферы, и ни в чем другом.

Затем на эпистемологическом уровне, где теория права будет критиковаться по отношению к юридической сфере, или критиковаться по отношению к своим традициям, теориям, учебным курсам, доктринам, терминологии и т.д.

Таким образом, теория права признается неспособной высказываться о «праве», неважно, на уровне Бытия (есть) или Долженствования (долженствование-бытие). Теория или философия права может только сопровождать юридическую практику в том виде, как она действительно реализуется адвокатами и магистратами в обществе, которая создает из права горизонт его современности.

Проиллюстрируем этот аргумент, снова обратившись к «Алисе в Зазеркалье» Льюиса Кэрролла, чтобы пояснить нашу точку зрения:

«Позже, когда Алиса размышляла об этом дне, она никак не могла понять, как это случилось: она только помнила, что они бежали, крепко взявшись за руки, и Королева так неслась вперед, что девочка едва за ней поспевала. Королева не переставала кричать: «Быстрее!», и Алиса чувствовала, что быстрее бежать она не может, но она задыхалась и не могла этого сказать.

Самое удивительное было то, что деревья и все предметы, которые их окружали, не меняли своего положения: как ни стремительно они неслись, они никогда не оставляли их позади. «Мне интересно, перемещаются ли вещи одновременно с нами?», — ду-

мала бедная Алиса, совсем заинтригованная. Королева, казалось, прочла ее мысли, потому что она кричала: «Быстрее! Не разговаривай!» Но Алиса и не думала разговаривать. Он так задыхалась, что ей казалось, будто она никогда в жизни не сможет произнести ни слова, а Королева все кричала: «Быстрее! Быстрее!», и изо всех сил тянула ее за собой. [...]

- Клянусь, в моей стране, — ответила Алиса, все еще запыхавшаяся, — если долго бежать, как мы только что, то непременно попадешь в другое место.

- Какая медлительная страна! Здесь, знаешь ли, приходится бежать со всех ног только, чтобы оставаться на том же месте! Если хочешь попасть в другое место, то надо бежать, по меньшей мере, вдвое быстрее, чем сейчас!»

Вот, что справедливо в отношении «уже-права». Оно обрекает нас на то, чтобы бежать и никогда не продвигаться вперед, к тому, чтобы все время стоять на одном месте. Теория делает нас слепыми, и мы вынуждены постоянно повторять одну и ту же теоретическую литанию в пользу этой самой теории. Отсюда возникает наивный вопрос, а именно: почему столько исследователей (*sic!*) утверждают, что они (мужчины или женщины) занимаются научными поисками (*sic!*) «определения права»? Только потому, что это легко! Потому что престижно (и позволяет сделать университетскую карьеру)! Потому что вступление в теоретический клуб (предполагаемый интеллектуальным) «уже-права» обеспечивает безопасность и известность! Итак, это не утешительные ответы!

Заключение: выбрать между «уже-правом» и «созданием права»

Мы осознаем то, что каждый из наших аргументов можно было бы развить и эпистемологически углубить. Недостаток (как и преимущество) представления аргументов заключается в том, что необходимо быть кратким, ограниченным дискурсом, свойственным манифесту или искусству памфлета. Выведем из этого факта, что если каждый из наших аргументов (и их практические и теоретические ответвления) имеют эпистемологическую (и философскую) историю, долгую и сложную, то было бы, тем не менее, безрассудно ожидать от этой маленькой статьи больше того, что она может дать. Необходимо, с ясностью и скромностью, утверждать, что будущее предоставит нам другие поводы, чтобы пойти дальше, эпистемологически говоря.

Отметим, наконец, что любая ссылка или онтологическая, методологическая конструкция, или теория какого-нибудь «уже-права», права урегулированного «заранее» в качестве уже наличествующего, должна быть запрещена. Это только создает путаницу и бесплодную идеологизацию перед лицом вопроса о праве в современном обществе. Предположим рационально, *a contrario*, что мы предварительно не располагаем каким-то «уже-правом», доступным для размышления и действия. Мы не располагаем «уже-правом», чтобы предварительно «придавать форму» нашему пониманию права (т.е. форматировать его). Мы не обладаем никоим образом даром предвидения (или магическим шаром), чтобы наблюдать, видеть, изучать, схватывать и т.д. право в реальности, в обществе или в другом месте. Такие предположения попросту не имеют смысла и, прежде всего, никакой ценности, разве что они отражают интеллектуальные и юридические заблуждения, главным образом, идеологические позиции, которые не несут настоящей ответственности перед правом и нашими согражданами!

Только когда (и если) мы сумеем освободиться от любой мысли об «уже-праве», мы сможем адекватно рассмотреть вопрос о «создании права» на практике и в теории. «Создание права» понимается практически и теоретически как юридический горизонт нашего современного общества и как проблематика, которая должна располагаться на уровне «участников» и по отношению к тому праву, которое мы желаем сделать нашим. Таким образом, «создание права» интеллектуально и практически ставит нас на путь, противоположный «уже-праву», и заставляет преодолеть препятствие, оказывающее влияние на современную правовую мысль.

III

Замечание о понятии «обязательной силы» и праве*

Мы не должны углубляться в юридическую сферу для того, чтобы констатировать, что на понятие «обязательной силы» постоянно ссылаются, открыто и непосредственно, но чаще неявно и иногда в подразумеваемой догматической ссылке. Однако понятие «обязательной силы» не вызывает непрерывных вопросов и еще меньше размышлений, поскольку оно рассматривается как приобретенное, как являющееся «неотъемлемой частью» современного юридического предприятия. Эта позиция, основана, увы, на непонимании, даже на некоторой юридической безграмотности, которая привязывается к этому понятию и его «целям» в юридическом мире, разумеется, с риском интеллектуального отклонения современного права.

Следовательно, цель нашего эссе заключается в исследовании этого понятия, в размышлении над тем смыслом, который мы соглашаемся ему придать, и над той ролью, которую мы признаем за ним в праве. Итак, нет никакого онтологического, «позитивистского», «юридического» или гносеологического секрета, который следовало бы раскрыть. Напротив, речь идет о том, чтобы поразмышлять над причинами, побуждающими нас на практике прибегать к этому понятию, и затем показать мотивы, по которым «обязательная сила» в качестве доктринального понятия, кажется, несмотря ни на что, проливающей свет на смысл в теоретическом и абстрактном конструировании, поддерживаемом таким лингвистическим применением.

Принятый подход, заключается в том, чтобы: 1) подумать над эпистемологической проблемой, которая связана с понятием «обязательная сила»; затем 2) рассмотреть перекрестный характер этого понятия, который обнаруживается, как на практике, так и в теории, во множестве областей юридических исследований, и, наконец,

* Перевод с французского В.А. Токарев.

з) изучить, как это понятие всегда мобилизует «актеров» (и интeрcубъeктивность), позитивно или негативно символизирующих «обязательную силу», которую надо оценить внутри правовой возможности.

1. Предварительные и эпистемологические замечания о понятии «обязательной силы»

Наши предварительные и эпистемологические замечания необходимы нам для того, чтобы предложить два направления размышлений. Вначале отказаться от любого психологического объяснения понятия «обязательная сила» (и понятия «юридического» в целом), а затем объяснить это понятие только как лингвистический координатор, нацеленный на практическую оценку внутри правовой возможности.

Применительно к феномену «психологизации» понятий, называемых юридическими, речь идет, по сути, о периодически повторяющейся и широко распространенной проблеме в современной правовой мысли. Этот феномен можно кратко представить, *grosso modo*, как имеющий склонность:

1) располагать понятие (в области создания «юридической» доктрины) и его понимание внутри «психологической рамки» (т.е. обязанность, воля, полезное действие, эффективность, сила, солидарность, поведение и т.д.),

2) чтобы затем использовать психологические элементы, разрешенные рамкой, для «обнаружения» в ней (т.е. психологического конструирования) «психологического смысла», и

3) полагать с уверенностью, скорее, метафизической, что результат этой операции «юридический» или «правовой».

Благодаря такому приему любое понятие автоматически получает то, что предварительно было принято «психологической рамкой» (или вложено в нее) в качестве подтверждения того, что это является понятием или его конституирует. Понятие приобретает свое «юридическое» наименование (или свою «реальность»), потому что такой эпитет относится, для того, кто в это верит, к данному понятию.

Речь идет о почти магическом приеме! Все может быть немедленно объяснено тем, кто мобилизует психологическую рамку для понятий, или просто обратится непосредственно к психологическим категориям, чтобы объяснить понятие, используемое в правовой доктрине. Создание психологического образа понятия, под которым понимается обращение к «менталитету» или интеграция в чистую

психологическую деятельность (например, воля, обязанность, солидарность, поведение, или «*behaviour*», намерение и т.д.), в действительности является запуском двойного процесса персонального (и доктринального) самоубеждения. С одной стороны, правовед внимательно изучает свой психологический мир, чтобы обнаружить психологические понятия, которые его устраивают и отвечают ему (т.е. психологически). С другой стороны, исследователь принимает участие в психологической идеологии применительно к праву, в которой он находит все психологические понятия как разделяемые с его «доктринальным референтным кругом» (или просто с научной «школой» или с «сообществом», специфическим для исследователей, занимающихся доктринальным описанием в «праве») и доказательство (психологическое) правильности концепции, всегда оппортунистически называемой «правовой».

Помимо мира психологического признания, в котором современный человек обнаруживается в силе и «догматически» по отношению к «праву», которое корреспондирует психологическим понятиям, инвестируемым им, утверждается тот факт, что психологические идиомы непосредственно становятся основанием доктринального описания «права» (или «в» праве). Здесь действует особенный феномен, поскольку если «правовой» актер (при условии, что такое выражение на самом деле имеет смысл!) предполагается создающим «право», исследователь в «праве» располагает, согласно такой концепции, всей полнотой смысла и значением того, что могло произойти в психологическом модусе и сообразно психологическим категориям, которые он (или она) мобилизует, чтобы понять вышеупомянутое «право». Полезно уточнить, что речь не идет исключительно о банальном юридическом антропоморфизме (так широко распространенном в юридической доктрине или догматике), но об идеографической концепции, которая заставляет объединить «то, что должно было произойти» внутри психологических категорий, и чем исследователь манипулирует как правом или «правовым». Психологический мир понятий, называемых юридическими, представляет собой, в этом смысле, «уже-право», которое подтверждается в ментальном мире исследователя и которое только он один может понять! Вот почему он (или она) создает доктрину, называемую «правовой», как психологическую эманацию. Так же создается «право»!

Поскольку психологическое понимание права представляется нам иррациональным и неадекватным, следует сформулировать наш эпистемологический отвод в трех принципах:

1. Понятия не сообщают или не несут ничего «юридического» или «правового».
2. Любое наделение понятий, называемых юридическими, каким-либо психологическим качеством иррационально.
3. Любое понимание прав с точки зрения обладания или бытия — через используемые понятия — иррационально.

Итак, теперь нам необходимо обратиться к пониманию понятия (в данном случае понятия «обязательной силы») как лингвистического координатора, нацеленного на практическую оценку в правовой возможности.

Такое понимание сообщает нам, что даже «объявление» утверждается только как «разглагольствование о том, что было сказано», а никак не в качестве «права» какой-либо «реальности», и еще меньше «реальности» какого-либо понятия, называемого «правовым». Предположение и утверждение о том, что слово, квалификация, понятие или любое другое используемое лингвистическое выражение присоединяется, так или иначе, к реальности, обусловлены мистицизмом или умопомешательством. Наша способность рассказывать о реальном мире с целью создания для нас самих социальной непринужденности (если не низовой трансцендентности) не должна вводить нас в заблуждение и позволять нам воображать, вопреки разуму, будто этот нарративный уровень обладает какой-то способностью взаимодействия, называемого «правовым», с реальностью. Ничего подобного! Наши рассказы о реальном мире отправляются от субъективностей и интерпретаций, которые утверждаются как таковые (или пересказывают к коллективу как лингвистический опыт, разделяемый всеми) и, главным образом, которые обнаруживают свои нарративы в потоке конфигурации (и реконфигураций) традиций. В этом смысле, «сказанное» не является ни объективной реальностью того, что произошло, ни интересубъективной реальностью пережитого, но исключительно интересубъективной реальностью того, что в действительности было «сказано». Прежде всего, это подтверждает любое понятие как разглагольствование о том, что было сказано, и затем как возможный лингвистический координатор на интересубъективном уровне.

Итак, по контрасту с психологическим пониманием понятий как «юридических» (или правовых), мы утверждаем, что понятие или концепт является только языковым актом, а именно элементом коммуникации, самой по себе «пустой» вне своей способности координировать мнения и межличностные «действия». Следовательно

но, понятия, называемые юридическими, являются лингвистически конвенциональными внутри естественного языка и могут, таким образом, быть понятыми в праве (или в других сферах межличностной деятельности) только как символические координаторы или апелляции к суждению!

Вместо того чтобы дальше развивать эти положения — напоминая при необходимости про установленные нами ограничения — сформулируем три эпистемологических предположения, на которые будут ориентироваться наши рассуждения, а именно:

1. Понятия и концепты, называемые юридическими, ссылаются только на естественный язык и свидетельствуют, в юридической доктрине, либо о традиции, либо о рационализации на уровне речевого общения;
2. Никакой психологический (или социологический, идеологический, политический, теологический и т.д.) атрибут не должен быть приданным (или признанным) понятиям, мобилизованным для создания доктрины, называемой юридической;
3. Письменная фиксация понятий, концептов и т.д. служит в юридической области исключительно приглашением к суждению, которое высказывается на практике относительно возможности права.

Не развивая дальше эти эпистемологические соображения, необходимо теперь внимательно применить их при анализе понятия «обязательной силы».

2. Понятие «обязательной силы» в качестве дискурсивного координатора

Обратимся теперь к понятию «обязательной силы» в качестве дискурсивного координатора, настаивая на том, что это специфически *атопический* аспект той дискурсивной роли, которая раскрывает нам причину появления данного понятия, главным образом, в сфере правовой доктрины, как перекрестного. Действительно, если наши эпистемологические рассуждения верны, то понятие как дискурсивный координатор отличается, прежде всего, тем, что является символической инстанцией, служащей для оценки ситуации, называемой юридической, и затем как апелляция к правовому суждению, выносимому по поводу этой ситуации. Поясним это утверждение на примере гражданского и договорного права, публичного права и международного права.

В первую очередь необходимо оценить понятие «обязательная сила» в гражданском / договорном праве, опираясь на лексическое

определение, а именно на то, что символический аспект данного понятия специфицируется таким образом: «Принцип, согласно которому договор занимает место закона для его участников и может быть отменен только с общего согласия или по причинам, указанным в законе».

Не углубляясь в догматику гражданского и договорного права, подчеркнем, что таким образом понятие «обязательная сила» вводит в действие логику символической оценки, которую необходимо произвести, настаивающую, прежде всего, на позитивном аспекте этого принципа, а именно на том, что договорные связи конституируются двусторонним образом — одностороннее обязательство не является договором — и что их участники, вступающие таким образом в эти отношения, делают это, по общему правилу, в здравом уме и по взаимному согласию. Обязательство, называемое договорным, создается, в принципе, как двустороннее, и никогда как одностороннее, и значительные разделы доктрины договорного права сводятся к тому, чтобы прояснить эту логику, на первый взгляд, такую простую, которая на практике сразу оказывается более сложной и даже интригующей. Напомним только о постоянном возвращении в правовой доктрине к проблеме определения, в какие моменты или при каких условиях «обещание» становится обязательством и может ли обязательство (или обещание) действительно стать предметом акцептования! Также подумаем о вечных и крайне интересных дебатах по вопросу о том, на самом ли деле намерение, воля, взаимность или согласие (явное или подразумеваемое) — понимаемое лишь как символический элемент — прибегая к преувеличенным «долговым» или «обязательственным» формам символизирует и формирует договор, и наделяет его «обязательной силой». Несмотря на теоретический результат, который, скорее, зависит от догматических сходств, практический смысл «обязательной силы» обозначается, в конечном счете, как место для оценки, отсылающей к двустороннему характеру и взаимности договорной ситуации, и ничто иное.

И мы вместе с тем утверждаем, что так же, как понятие «обязательная сила» одинаково подходит в качестве практического (и доктринального / символического) ключа для понимания того, каким образом освобождаются от договорных обязательств, нормальный вариант состоит в том, чтобы просто выполнить свое обязательство! Это означает, что честность (и мораль), конечно, присоединяется к понятию обязательной силы с внешней стороны — в предположении о том, что участники договора в качестве членов

гражданского общества в равной мере наделены совестью. Этим объясняется, почему право всегда было настроено враждебно по отношению к внедоговорным освобождениям, следующим за всем тем, что может происходить вокруг договора, или, более узко, вокруг индивида и его психологических состояний. Однако если способность внедоговорного освобождения была изначально жестко ограничена — упомянем здесь древнее римское право, которое систематически запрещало его — «обращение к психологии», которое известно нашему современному договорному «праву» (если не всей традиции гражданского права), конституируется на противоположном полюсе. Это «обращение к психологии» конкретизируется через релятивизацию договорных связей, которая отражается на «обязательной силе» договора (даже на гражданском обязательстве). Отсюда констатация того, что такое «обращение к психологии», благоприятно сочетаясь с созданием доктрины, называемой правовой, формирует сегодня практически-догматический блок, который тяготеет к морали сострадания, если не к «жертвенной» идеологии, которая плохо согласуется (или совсем не согласуется) с обязательной силой, заключенной исключительно в договоре. Что касается этой идеологии, скорее, предполагаемый образ «общественного интереса», еще более невероятный логически, заменяет ее. Как бы то ни было, понятие «обязательной силы», тем не менее, всегда подтверждает принцип, согласно которому сторона может быть уверена в том, что договор действует, и все участники должны вести себя в соответствии с ним.

Рассмотрим «публичное право», для которого, как мы констатируем, понятие «обязательная сила» так же важно, учитывая то своеобразие, по сути, парадигматическое, которым отличается его соединение с принципом «действительности», или с метафорой «действующего права». Это нетрудно заметить, наблюдая единогласие, как практическое, так и доктринальное, по поводу того, что если закон, регламент, административное решение и т.д., признается действующим, на нас автоматически распространяется его «обязательная сила». Иными словами, то, что связано с «законом для всех», имеет характер «обязательной силы», независимо от той формы, в которой оно представлено, будь то конституция, закон, регламент, директива и т.д.

В теоретическом плане, такой принцип открывает дверь дискуссии по вопросу о том, как действительность может быть действительной (или легитимной). С этой точки зрения, решение Кельзена вызвало одобрение у юристов-догматиков, хотя иначе сформулиро-

ванное в контексте общего права, потому что оно обеспечивает операциональную связность, одновременно фактическую и нарративную, в сфере, называемой «публичной». Образ пирамиды «законов для всех» и обязательная сила, которая предполагается выражаемой здесь, обеспечивают, таким образом, оптимальную операциональность в пользу администрации и государственного управления. Сторонника такого «операционального позитивизма» восхищает то, что он соединяет «легкость, действительность и эффективность», становясь выше спора и действуя незамедлительно.

По ту сторону любого теоретического рассуждения, наблюдается та же самая метафора «обязательности», что и в сфере гражданского права, а именно речь идет о том, чтобы подтвердить (или оспорить) «обязательную силу» закона, регламента, административного решения в качестве «закона для всех», таким же образом, как договор представляет собой «закон для его участников». Вся публичная система работает вокруг символической веры в то, что законы, регламенты и т.д. обладают внутренне присущей им «обязательной силой». Такое элементарное правило позволяет осуществлять административную работу и управлять! Что касается индивидов, то мы констатируем их желание пользоваться этой «обязательной силой», рассчитывая на действительность закона, регламента и т.д., и в случае необходимости, на стратегию укрывательства от него, уклонения или даже требования его неприменимости по отношению к их делам. Важно отметить, что та или иная позиция всегда предполагает символическое признание обязательной силы «закона для всех».

Наконец, рассмотрим применение понятия (и символики) «обязательной силы» в международном праве, где ситуация более интересна, прежде всего, потому что «общий закон» отсутствует — заметим в скобках, это привлекает внимание писателей-фантастов. Кроме того, потому что символизация через обращение к «обязательной силе» происходит на уровне международных юрисдикционных инстанций (как правило, скорее несуществующих, за некоторыми исключениями) и, главным образом, по отношению к санкциям, применяемым в одностороннем порядке стороной (сторонами), которая (-ые) считает (-ют), что ей (им) причинен ущерб. Допускаем, что единственной инстанцией «обязательной силы» является «*jus cogens*» (в международном праве), понимаемое в узком смысле слова и не допускающее никакой возможности идеологического (или «юридического», *sic!*) расширительного толкования.

Строго говоря, только принципы «*jus cogens*» (*императивного права — лат.*) обеспечивают действие международного права и подтверждают его как таковое на уровне символики понятия «обязательная сила». Как таковое, «*jus cogens*» представляет собой в общих чертах формальный и необходимый минимум для операционализации символического существования области, называемой международным «правом». Это то, что вменяет нам *grosso modo* в обязанность: 1) уважать его требования (т.е. принцип «*pacta sunt servanda*» (*договоры должны соблюдаться — лат.*), который так красноречиво описал Гуго Гроций); 2) признавать друг друга в качестве акторов (т.е. независимого и суверенного государства), представленного своими уполномоченными (т.е. дипломатическое и консульское «право»); 3) принять бесспорные «международные факты» (т.е. принцип «общеизвестности фактов»); 4) признать «нормы разрешения конфликтов» (т.е. принцип «юрисдикции», «арбитража» и посредничества); и 5) уважать «судебное решение», в подготовке которого государство формально согласилось принять участие. В целом, эти пять принципов не имеют строгого «субстанционального содержания», если не оказываются формальностью, отталкиваясь от которой можно начинать дипломатическую работу, или сотрудничество, или национальное вовлечение.

Признаем, что такая не-субстанциональная концепция «обязательной силы», в которой наблюдается отсутствие объективных критериев или «естественного права» (что сводится к тому же), представляет многих теоретиков международного права, образно говоря, «большими». Они добиваются признания объективных критериев, стоящих над волей сторон, и они решительно утверждают, что такие критерии существуют. Многие теоретики международного «права» пытаются, таким образом, открыто добавить шестую «обязанность», имеющую в виду признание «неоспоримых международных норм» или происходящих из «широкого консенсуса». Другие теоретики международного «права» стараются добиться того же результата, ставя на место действия государств «действия» ООН в качестве наднационального актора «международного права», находящегося над государствами и независимого от них. Последняя стратегия, в принципе, является более чем спорной на том основании, что такая позиция меняет природу ООН, превращая ее из дипломатической инстанции в супергосударство.

Помимо этого желания изменить концепцию «*jus cogens*», подчеркнем, что этот принцип в действительности не предполагает ни-

чего существенного применительно к акторам (т.е. государствам), если не считать необходимость взаимного уважения дипломатических обязательств, которая ассоциируется у нас с понятием «обязательной силы», и также, косвенно, признания той роли, которую дипломатия (и дипломатические представители) играет здесь, чтобы исполнить такое символическое «обязательство». Напрашивается вывод о том, что эта модель ближе к «частноправовой» модели, чем «публично-правовой»! В действительности отсутствие «закона для всех» означает, что международное «право» остается совокупностью «частных соглашений». И это объясняет нам, почему все реформаторы (и «революционеры») международного «права» полагают сегодня, что оно, скорее, утратило силу или его недостаточно), и надеются на «конституционализацию» нового международного «права»: международное «право», которое больше не зависит от акторов, но в котором их свободы урезаны и ограничены *a priori*, а именно Конституцией (т.е. Уставом ООН и / или Всеобщей декларацией прав человека в новой роли Конституции).

Но если эти принципы «*jus cogens*» отрицаются, прямо или косвенно, то речь идет об отрицании и отказе от международного «права». Инструменты международного «права», будь то договоры, конвенции и т.д., не имеют, строго говоря, иного статуса, кроме этого «авторитета», даже если на практике (и через лингвистическое соглашение) мы говорим так, как если бы обладали сами по себе «обязательной силой» там, где они, по сути, лишь выражают обязательную силу «*jus cogens*». Очевидно, проблема заключается в том, что договоры или конвенции должны быть возвращены в правовую систему, точнее, в систему национального права, чтобы стать эффективными и таким образом получить «обязательную силу» через нормативные средства имплементации. Отсюда, кроме того, особенность международного права, на которое государства соглашаются, но не изменяют своего внутреннего права, лишая таким образом договоры или конвенции любого юридического эффекта; или подписывают их, чтобы привлечь к себе симпатии, или чтобы создать идеологический экран против любой критики; или, наконец, подписывают их, сопровождая свою ратификацию условиями, которые выхолащивают из договоров или конвенций и т.д. все их содержание; или просто, чтобы кормить «контрольно-кассовый аппарат».

Эти три направления анализа вместе показывают, что «обязательная сила» не имеет другого смысла, кроме того, чтобы служить

дискурсивным координатором, обязывая нас конкретно оценивать и выносить суждение о характере, смысле и объеме обязательств акторов в гражданском обществе, «политическом» и «дипломатическом».

3. Подумать о понятии «обязательная сила» без обязательств

Логическое продолжение состоит теперь в том, чтобы подчеркнуть, что если понятие «обязательная сила» символизирует закон участников договора (частное право), закон для всех (публичное право) и закон для «нас» (международное право), его надо понимать как существующее без «обязательства» (и без «силы»). Следует пояснить это утверждение, которое сначала приводит нас к «негативной» оценке вопроса об обязательстве (т.е. неуважение), а затем к вопросу о «позитивной» оценке того, что касается понятия «обязательная сила» (т.е. топика акторов).

Во-первых, относительно «негативной» оценки повторим, что нет ни «силы», ни «обязательства», связанного с понятием «обязательная сила». Оценка может быть произведена только через констатацию, дистанцированную от несоблюдения обязательства, предусмотренного в законе участников договора, или в законе для всех, или в законе для нас. Иными словами, «обязательная сила» может быть констатирована на практике через указание на несоблюдение, и даже расторжение договора, преступление или нарушение. Напомним также, что контракт, закон или международный договор представляют собой всего лишь кучу листов бумаги (или изображение на экране компьютера), в которых мы обнаруживаем графические и символические знаки, и ничего больше. Социализированные и персонифицированные в культурном контексте, мы являемся в принципе способными идентифицировать эти знаки как релевантные языку, расшифровать их, интерпретировать и, может быть, также утверждать, что мы по-своему кое-что «поняли». В тех случаях, когда это еще не существует текстуально, как, например устное соглашение, сам смысл правовой системы вынуждает нас создать «текст», который должен подтвердить существование такого «речевого акта». Таким образом, мы всегда оказываемся, в принципе, перед «текстом», т.е. речевым выражением, позволяющим нам констатировать или отрицать «обязательную силу».

В этом смысле наблюдается парадокс в правовой мысли, где заметно, что мы часто говорим так, будто контракт, «закон» или

международный договор существуют, даже если, по всей видимости, есть только текст, который «существует» (семантически), и что именно эта реальность позволяет нам затем квалифицировать (или различать) тексты между собой как соответственно контракт, закон или международный договор. Итак, тексты не имеют *сами по себе* юридической сущности, и использование слова «юридический» применительно к ним должно быть отвергнуто без исключения. Но, главным образом, повторимся, не существует никакой «обязательной силы», ни обязательства самого по себе или заявляющего о себе в текстах. Почему? Просто потому, что психологическое состояние, которое заключается в том, чтобы «чувствовать себя обязанным» вообще не принадлежит к юридической сфере, поскольку каждый человек должен полностью автономно обнаружить в себе, насколько это возможно, причины, которые побуждают его «чувствовать себя обязанным». Так же, как и любое «обязательство» присуще индивиду и его психологическим (и моральным) способностям. То, что это могло бы быть сложно, если каждый человек (и актер в «праве») мог бы чувствовать себя разрываемым между различными стратегиями поведения, тем не менее, вытекает из условия человеческого существования, из факта жизни в обществе, которое признает автономию индивидов и высоко ценит свободу. Там, где есть обязательство на психологическом или моральном уровне, право исключается в качестве своей противоположности. Право и обязанность просто конституируются как два антиномических основания, и необходимо выбрать одно или другое, и любая ассоциация одного с другим происходит от смятения ума, если не представляет соскальзывание к анти-юридическому.

Отсутствие обязательства в сфере права объясняется необходимостью установить различие между юридической областью и моральной областью (или этической): право никогда не обязывает, в то время как посредники (контракт, закон или договор) действительно «обязывают». Короче говоря, от морального вопрошания зависит, обладает ли индивид (будь он простым актером в частноправовой сфере или президентом страны, поддержанным дипломатическими советниками) нравственным качеством чувствовать себя обязанным. То, что ободряет нас относительно нашего морального суждения и факта «ощущения себя обязанным», почти не имеет значения для права и является, следовательно, его противоположностью, которая должна нас заинтересовать, а именно разрывом, несоблюдением, преступлением и нарушением (на уровне обязательства), как

ощутимое (топически) или даже как противоположность, констатируемая «обязательной силой».

Во-вторых (и положительно), понятие «обязательной силы» уточняет практическое направление, а именно то, что «договор», «действительность» и «*jus cogens*» символизируют ситуацию, в которой обнаруживаются их участники или их обязательства «дать отчет» об их обязательствах, «словах» или «ратификациях». Строго говоря, речь идет о ситуации позиционирования, где каждая сторона в случае необходимости призывается к порядку («правовому»), если она не выполняет своих обязательств. Даже в ситуации, когда стороны свободны в том, что касается выбора и стратегий (оправдания, «не-осуществления» или «осуществления»), в конце все равно придется «дать отчет».

Итак, мы констатируем, что есть «акторы», с одной стороны, и обязательства, с другой стороны, но, прежде всего, что все это делается всегда через логику «вступления в отношения» и в ее рамках. Причина заключается в том, что повторная пробация нарушения или неисполнения обязательства никогда не применяется ни против актора, ни против обязательства (что было бы, разумеется, нелогичным), но по отношению к символикe, которую представляют контракт, «закон» или международный договор. Короче, «обязательная сила» оценивается в контексте сообразно с этими символиками и никогда не имеет смысла сама по себе. Иными словами, символический смысл, приписываемый этому понятию, относится к оценке спорной ситуации и где надо оценить *post-factum*, можно / нужно ли назвать обязательство «нарушенным», «несоблюдаемым» или «отклоненным». Как таковое, это понятие лишено «правового» содержания, но оно наполнено символическим смыслом для того, что должно / может делаться в праве.

В этом смысле понятие обязательной силы целиком выражается в классической поговорке «*patere legem quam ipse facisti*» (т.е. терпеть / соблюдать / выдерживать такой закон, какой ты создаешь / ты создал сам). Короче говоря, если в качестве участника частно-правовых, публично-правовых или международных отношений, мы берем на себя обязательства, то мы неизбежно будем сторонниками негативно «обязанных», когда констатируются наша нейтральность или нарушение. Наше обязательство одно по отношению к другому усиливается, таким образом, под символикой «обязательной силы». В случае нарушения данного обязательства на сцену неизбежно может выйти действенная негативная сторона этой «обязательной

силы» через судебное решение, вынесенное против индивида (или государства), не исполнившего своих обязательств, и равным образом через юридические или законные действия, чтобы защититься и исправить последствия такого освобождения от обязательства. Короче, понятие «обязательной силы» символизирует юридическую ответственность и ее следствие: восстановление.

4. Заключение

В конечном счете, мы настаиваем на бесплодности любого «*Konzept-lehre*» (доктрина понятий — нем.) и ослепления концептуального мира, который служит только самому себе. Такими, какими мы их постигаем, лингвистические понятия объясняются «тем, что должно / может делаться в праве», а именно, через нашу ответственность в качестве юриста (и теоретика права) и уважение правовой практики (т.е. конкретные мужчины и женщины, которые живут в современном обществе и соглашаются сделать из права способ решения их конфликтов и споров).

Отсюда следует, как мы это разобрали, что доза лингвистического реализма (и юрисдикционного) должна обязательно сопровождать наше понимание дискурсов, слов, понятий, как чужих, так и своих, и относительно «того, что должно / может делаться в праве». Просто у нас есть причины возвращать понимание понятий к реальности индивидов в практике жизни в обществе и оценивать их как можно более конкретно, насколько возможно, применительно к реальным ситуациям и контекстам. Значительная часть проблем, с которыми мы сталкиваемся в юридической науке (или просто в создании правовой доктрины) происходит от отсутствия внимания к практике, к конкретной юридической проблеме и к пониманию спорной проблемы, к реальному и конкретному модусу функционирования языка. Именно реальность юридических проблем (а также социальных и политических) должна интересовать нас при анализе понятий, называемых правовыми. Без такой озабоченности конкретным, юридической проблемой или практикой, анализ понятий не представляет никакого интереса и не имеет ценности.

Философия прав человека

Судьи и демократия*

Обращение к такой теме как «судьи и демократия» внушает скромность. Поскольку данная тема может быть рассмотрена под тем или иным углом, вдохновение, которое она вызывает, бесконечно. Однако достаточно обрисовать наш сюжет, помещая наши рассуждения сначала в рамки философии права, чтобы потом представить себе тандем «судьи и демократия» в качестве паззла, если нам позволят так выразиться, где каждая деталь должна найти свое место для пользы всего сложения. Из этого вытекает, что деталь «судья» объясняется в совокупности с другой деталью — «демократия» — и что эти два элемента, рассматриваемые в едином целом с другими деталями, приближают нас к нашей (в смысле авторов и акторов права) демократической ответственности: заставить работать гармонично и надлежащим образом общество, которое стремится к демократии и правовой современности. Правовое государство или требование верховенства права в этом случае не может принять форму юридической аристократии (как это часто выражается в конституционной французской доктрине), поскольку оно представляет собой одну из гарантий или «щит», которым обзаводится демократия, чтобы никогда не превратиться в свою противоположность. Таким образом, роль судьи общей юрисдикции или конституционного суда состоит в том, чтобы действовать последовательно, как орган демократии, конституционализма и права. Другими словами, роль судьи состоит в том, чтобы служить демократии, конституционализму и праву.

Таким образом, за пределами отдельных контекстов, будь они колумбийские или канадские, или любой другой страны, достаточно по-новому осветить, с помощью задач, указанных выше, некото-

* Melkevik B. *Juges et démocratie* (2011). Пер. с фр. М.В. Антонова и В.В. Денисенко. Впервые опубликовано: *Juges et démocratie // Studia Universitatis Babeş-Bolyai. Iurisprudentia*. 2011. № 3–4. P. 146–160.

рые данные (некоторые «топосы» в значении классической юридической культуры), которые иллюстрируют наши рассуждения. Итак, наш выбор, что неудивительно, опирается на следующие элементы: (1) «современная функция правосудия», (2) судебное разбирательство и обучение демократии, и, наконец, (3) роль судьи в создании «правового мы». Но перед тем, как дискурсивно затрагивать эти темы, нужен расширенный обзор нашего способа рассуждений о «демократии и праве» в отношении с юридической должностью.

1. Демократия и право

По нашему мнению, судья служит демократии, конституционализму и праву, понимаемым как единство взаимности, ссылающейся на наше общее желание жить в республике. Судья служит этой республике и работает не на существующий политический режим, а скорее на обладателей права и конституционализма — это значит: на отдельных людей в их качестве авторов и акторов права. В этой концепции нет противоречий между демократией, конституционализмом и правом — эти три понятия соединяются друг с другом, чтобы создать политически и демократически желаемое общество. Чтобы понять эту модель, сначала надо представить ее противоположность.

Либеральная модель отсутствия взаимности

Либеральная модель отсутствия взаимности между демократией и правом совпадает с теорией австрийского конституционалиста Ганса Кельзена, поскольку он является самым ярким представителем этой модели. Обратимся к Кельзену, к его тезису о том, что именно природа политического режима определяет как конституционализм, так и право, и, таким образом, государственный судья (невзирая на его место в правовой иерархии) служит «свершившемуся факту» этого режима и вершит конституционализм и право. В своем учении Ганс Кельзен утверждает, что политический режим — это существующая реальность, которая монополизирует правовую и законодательную систему и, таким образом, в конечном счете, любой политический режим, демократия или диктатура, самодержавие или теократия, монархия или республика, определяют «право» соответствующим для этого режима образом. Кельзен, приверженец левой социал-демократической партии, энергично защищает демократический политический режим, но, тем не менее, отказывается признавать любые отношения взаимности между правом и

демократией. Одно не сочетается с другим, поскольку именно эффективность политического режима определяет природу права.

Напомним, что теория Кельзена начинается с вершины пирамиды, а именно «сверху», и для нее абсолютно отсутствует понимание значимости любого действия или любого признания человеческой деятельности. «Наверху» располагается политический режим, который проявляется таким, какой он есть, — а именно как демократия или диктатура, самодержавие или теократия, монархия или республика. Вследствие этого политический режим устанавливается «сверху», чтобы принимать решения по вопросам конституционализма или права. Таким образом, следуя этому представлению, получается последовательность, которая начинается «верхушкой», определяется «верхушкой» и «возвращается» к «верхушке». Следовательно, речь идет о тезисе, в котором право и конституционализм служат этой «верхушке», никогда не развиваются независимо от нее, а скорее являются «приложением» к политическому режиму. «Природа» политического режима предполагает неавтономность конституционализма и права; задача каждого судьи сводится к тому, чтобы быть верным действующему режиму. Таким образом, роль каждого судьи — уважать свое место в политическом режиме и действовать как его уполномоченный представитель. Если такая позиция ставит перед ним вопрос о «совести» (убеждениях), то ему остается только отказаться от своей должности, чтобы таким образом обрести свободу в качестве политического актора.

Следуя этому умозаключению, «право» существует повсюду на земле — даже там, где есть политические режимы, и мы можем считать себя счастливыми, что живем в демократическом политическом режиме, поскольку это обеспечивает ощутимую прибавку и необходимую свободу и счастье. Следовательно, если соответствие между демократией и правом могло быть случайно установлено, это было бы лишь счастливой исторической случайностью и особенно счастьем для народа, который может этим воспользоваться. В этом смысле мы правы, радуясь тому, что мы живем и являемся частью демократической страны и возвещаем политически (и дипломатически) демократические ценности народам, которые ими не обладают. Значит, мы можем с полным правом помогать политике мировой демократизации.

Оценить идею Ганса Кельзена очень легко и также легко выявить способ, благодаря которому рождается целый вокабулярный и определенное конституционное представление; данная идея нас, —

юристов и конституционалистов, — обеспечивает «спокойствием» внутри системы, что очень легко ценить. Тем не менее, нужно принципиально отвергнуть любой тезис об «отсутствии автономии» у конституционализма и у права; отсюда происходит интерес исследовать другую модель, а именно модель взаимности, — даже в смысле совместного возникновения, — демократии, конституционализма и права.

Модель соответствия между частным и публичным

Эта модель превозносит соответствие между автономностью частного и публичного по отношению к демократии, конституционализму и праву. Она даже может быть изложена во фразе, которая, между прочим, представляет собой практическое требование: мы хотим жить свободно в свободной республике.

Пока демократический политический режим представляет современную форму жизни, мы, — в качестве обладателей права и конституционализма, — будем требовать соответствия между «демократией и правом». Таким образом, эта модель утверждает, что любой вопрос о политическом режиме зависит только от отдельных людей, от их согласия и от их воли. Короче говоря, именно отдельные люди должны брать на себя заботу о политическом режиме и тем самым об их конституционном порядке, порядке правовом и, конечно, о порядке судебном.

Мы должны хорошо понимать: чтобы защищать такое требование, — как в политическом, так и в правовом и конституционном аспектах, — нам не нужна какая бы то ни было метатеория, будь она о естественном праве или о правовом позитивизме, будь она основана на разуме или этических принципах. Нам нужно только настаивать на том «мы хотим», которое сегодня задействует нас и которое исторически, главным образом в «западном» контексте, задействовало множество мужчин и женщин, имевших желание идти с высоко поднятой головой в свободном обществе. Итак, уточним, что в этом смысле это «мы хотим» не имеет «позитивистской природы», онтологической или метафизической сущности — оно подпадает под наше политическое желание «жить свободно».

Следуя этой модели, демократия и право соединяются, и о них нужно думать в их единстве, потому что мы являемся их «обладателями». Все это является нашей общей собственностью. Если у нас все это отнимут, это будет кражей, ударом по нашей свободе, по нашему желанию быть свободными в свободной республике.

Отсюда вытекает, что если демократия и право идут в паре, то мы никогда не находимся в удобной беспристрастной позиции, мы не стоим над спором. Иначе говоря, мы всегда участвуем — в нашем времени, в нашем обществе, в нашей современности, и особенно в нашем «демократическом праве» и в «правовом конституционализме». Мы в этом задействованы, хотим мы того или нет, в качестве авторов и акторов, и это — наш выбор, каким бы маленьким и незначительным он ни был. Этот выбор порождает общество, в котором мы живем и порождает, конечно, — в первую очередь это касается авторов и акторов — конституционализм и право. Таким образом, вопрос стоит не о том, чтобы вводить новое понятие «демократии» или чтобы отшлифовать его, а о том, чтобы убедиться, что критерии публичного и институционального, насколько это возможно, совпадают с желанием людей, находящихся в одном обществе, свободно жить в свободной республике.

Формулировка позиции

Короче, речь идет о двух моделях, двух совершенно разных способах мышления, понимания и действия, которые приводят к двум совершенно разным результатам. Если одна из моделей, — а именно та, что принадлежит Кельзену, — берет на себя задачу эвристически написать доктрину конституционализма и учение о государственном праве, то целью другой модели является напоминание нам о нашей роли и ответственности в качестве авторов и акторов в том хитросплетении конституционного и правового, который характеризует современность. На данной основе модель взаимности между правом и демократией поглощает модель отсутствия взаимности, поскольку она совмещает юристов и конституционалистов в качестве адресатов идеи свободной жизни в республике. Таким образом, субъект — это участник, ответственный участник. Потому что, в конечном счете, именно мы и никто другой всегда с рвением защищаем наш волевой акт, который является требованием выполнения закона.

Если мы правы полностью или частично, то такая взаимность между правом и демократией оказывается подходящей для того, чтобы пролить свет на ответственность современного судьи. Судья должен в качестве исполнителя «служить» этой модели.

О современной функции судопроизводства

Действительно, первое следствие из тезиса о совместном происхождении «права и демократии» касается способа, благодаря которому вершится «судебная функция» по отношению к «законности»

и к «легитимности». В сущности, этот тезис о совместном происхождении «права и демократии» на юридическом уровне оформляется с помощью взаимности между «законностью и легитимностью». Классическая концепция вводит «законность» и «легитимность» изолированно, без коммуникации между ними. Но сегодня допускается рассмотрение их как в их собственной логике, так и в рамках коммуникации на уровне демократии и права. Объясним эти высказывания, отвергая для начала «отсутствие коммуникации», чтобы потом рассмотреть «законность» и «легитимность» в коммуникации на уровне судебной аргументации.

Понять параллелизм законности и легитимности

Едва ли есть разница между сторонником юридического позитивизма и сторонником естественного права в том, что касается параллелизма между «законностью» и «легитимностью»? Как бы то ни было, по разным причинам, едва ли интересующим нас тут, как первое, так и второе, функционирует с последовательностью, которая духовно воспроизводит, с одной стороны, «легитимность», которая всегда понималась в ракурсе судопроизводства (или, наоборот, со всей строгостью закона) и, с другой стороны, «законность», понимаемая и уважаемая в своем самом конкретном и «позитивистском» значении. Другими словами, мы, юристы, осознали данный параллелизм, следуя парадигме «политики» с одной стороны, и парадигме «права», с другой. Таким образом, логичным и предсказуемым следствием из этого является то, что мы компетентны не во всех областях, и что нам следует обращаться с осторожностью с такой захватывающей и вызывающей восторг области, как политика.

Итак, если политика воспринимается преимущественно как место отбора законодательства и конституционных текстов, то из этого также вытекает, что такое место существует и вовне — относительно любого судебного или правового действия. Из этого следует, что любые рассуждения о несправедливости и беззаконии правовой системы и конституционных текстов закладывают только недовольство и разделение, которые создают граждане: тогда публичное пространство существует для гражданина и его близких для того, чтобы что-то изменить.

В это параллелизме между «законностью» и «легитимностью» есть что-то очень разумное — в том смысле, что он открыто показывает нам серьезность, с которой воспринимается вопрос о праве в настоящее время, тем более, что вышеупомянутый параллелизм об-

разует, не объявляя об этом открыто, защитную мембрану для юридического мира (в особенности для мира судебного) от политического мира и против той пропасти, которую таит в себе незаконная зависимость, наносящая удар «законности». Из этого следует легкий для понимания вывод о том, что упорство, — как историческое, так и относящееся к юридической практике, — в сущности представляет собой ограду, непреодолимую стену против тотального и безоговорочного подчинения политическим силам или, как это еще имеет место в некоторых странах, теократическим или идейно-тоталитарным силам.

Таким образом, если это чувство позитивно и уместно, оно также приносит разочарование из-за констатации того, что все это обдумано «сверху», в одностороннем порядке разделения властей, в котором тем не менее недостает элемента, который стал в нашей юридической и политической современности основным и неотъемлемым — недостает реального гражданина в его уникальной и главной «роли» обладателя права. Таким образом, нам не хватает упорства настаивать на важности роли обладателей права и на их желании жить в хорошо устроенном обществе, где слово «право» имеет свое современное значение.

Аргументация и суждение

Это приводит нас к аргументации, в прочем сегодня только аргументация может (юридически и конституционно) связать законность и легитимность. По сути, практическая и юридическая аргументация представляют собой идеальную связь, которая соединяет законность и легитимность.

Напомним, что поскольку вопрос об основных правах и конституционном порядке связан со ссылкой на исторические тексты, то смысл, который разрабатываемый нами юридический проект должен придать этим текстам, должен быть всегда актуализирован процессом, который не может быть исключительно интерпретативным. Суть толкования состоит не в том чтобы открыть или выявить какой-либо скрытый или явный смысл, или, более того, смысл исторический или «либеральный», а в том, чтобы более радикально нащупать пульс проекта автономного законодательства.

В сущности, парадигма демократического автономного законодательства берет на себя задачу по толкованию, понимаемому в качестве динамического проекта, с целью формулирования этого проекта, в том числе, и на уровне аргументов и причин, которые

мы можем уважать сегодня. Допускается, таким образом, похоронить конфликт интерпретаций между сторонниками «изначально» смысла и сторонниками «либеральных» ценностей, поскольку ни одна интерпретация в области права не может избавиться от интерпретаций, уже предложенных исторически (и систематически). Равным образом, является правдой и то, что реальное толкование бесповоротно подчинено судебной (и правовой) свободе, которая может быть проверена только на аргументативном уровне. Это возвращает нас к тому, что нужно подчинить процесс толкования самосознанию авторов и акторов права на аргументативном уровне. Особенно важно, чтобы аргументация и истолкование юридических текстов была понята как совместное предприятие. Другими словами, нужно, чтобы результат толкования мог быть распределен с точки зрения интересубъективности между всеми представителями одного правового общества и чтобы этот результат выражал самосознание авторов права, которые участвуют в формировании идентичности правового общества или правового «мы».

Такая интерпретация по отношению к правовым текстам обязательно должна иметь аргументационную часть. В любой момент процесс толкования может «перерасти» в создание документов, касающихся того, что должно быть «справедливо» для нас или того, кто должен способствовать процветанию «общего блага», которое мы хотим осуществить. Таким образом, обращаясь к уровню аргументации, можно подчеркнуть, что законность должна совершаться, поддерживаться и развиваться в аргументах и мотивах. То, что этот план вписывается в аргументацию, очень хорошо видно в роли диалектики, которая служит, чтобы подтвердить роль и интересы авторов права. В сущности, аргументационная часть служит для исследования текстов, интерпретаций, информации и пожеланий и в индивидуальном плане, и в плане социальном и нормативном — в том виде, в котором их выражают представители одного общества как авторы права для того, чтобы потом подтвердить право в качестве акторов, действующих на основе правовых текстов. Цель, вырисовывающаяся на аргументативном уровне, заключается в том, чтобы фильтровать аргументы, отбирать сразу хорошие аргументы и мотивы, которые, с точки зрения процедуры, располагаются в рамках перспективы законности. Именно в этом аспекте судебный процесс актуализирует законность и легитимность в интересах авторов и акторов права.

Аргументация как противоядие против любого догматизма

С этим видением «легитимности» и «законности», понимаемыми одно через другое, суть судебного процесса будет всегда состоять в том, чтобы понять авторов и акторов права в открытой аргументации. Сущность права никогда не может быть ни интерпретируемой сущностью, также она не может соединиться в одно целое в теориях интерпретации, которые так часто сталкиваются в зале суда. В сущности, эти теории интерпретации, называемые «толкованием права», становятся непродуктивными и неблагоприятными, поскольку переиначивают пользу в ущерб, затуманивая ту практическую сторону права, которая потенциально может быть осуществима.

В этом смысле существуют причины на то, чтобы отвергнуть тенденцию, становящуюся более и более сильной в теории права. Данная тенденция состоит в использовании «интерпретативной» парадигмы в качестве средства или метода для того, чтобы заставить согласиться с определенными позициями или суждениями, в высшей степени правовыми и этическими. Чрезмерное увеличение такими теориями или, более того, «новыми концепциями», которых очень много в заголовках документов, (как, например, супер-конституционализм, инфра-конституционализм, неписаная конституция или еще неписанные правила конституции, конституционные принципы), таким образом, сразу же (совершенно не заботясь о завершенности) с избытком нас информирует о единственном желании променять возможность права на теоретическую основу, чтобы она была использована как способ анализа. Риск заключается в том, что парадигма интерпретации сама по себе становится приманкой для ума и подтверждением того, что отсюда возникает риск догматизма и отсутствия глубоких размышлений, там, где нужно противоположное. Концентрируясь на аргументативном аспекте, следует настаивать на том факте, что вести нас должны наши «внутренние голоса».

3. О философии современного судьи

Если мы правы в отношении тезиса о совместном происхождении «права и демократии», из этого вытекает, что сегодня судебное разбирательство должно пониматься как требование демократического «отчета». Вне того простого факта, что судебное разбирательство представляет собой «право» для вовлеченных сторон, нужно принять другие аспекты в качестве составляющей широко-

го процесса обучения, касающегося конституционализма и права. Таким образом, судебное решение должно рассматриваться не как конечный результат, а скорее как «момент» в вечно движущемся диалоге.

Изучим этот вечно движущийся диалог в двух аспектах, для начала рассмотрев «незаконченный» характер судебного решения, в дальнейшем обращаясь к любому судебному разбирательству как форме демократического отчета, чтобы потом логически проанализировать эту незаконченность, которая в каком-то смысле заставляет ввести (позитивно или негативно) любое судебное разбирательство в рамки процесса формирования демократической воли и демократического мнения.

Демократический отчет

Современная философия суда не может не обращать внимания ни на крики этого мира, ни на слабые голоса, ни на неслышимое. «Суд» в качестве места встречи ожиданий сам по себе является объектом судебного разбирательства и в особенности инструментом, позволяющим услышать голоса, которые доходят до него посредством аргументации.

Мнения, которые выражают обычные люди, надо уважать и принимать во внимание, поскольку они создают почву, на которой развиваются интерпретации и аргументы, через которые решения в наших политических, социальных, экономических, правовых и конституционных делах становятся более точными. Если эта область права, повторимся, никоим образом не состоит из «интерпретаций» (или еще хуже из «перевода») — что неизбежно привело бы нас к телолого-политической концепции (полностью светской или полностью языческой), которая помогла бы избежать проблем — то заметим, что априори любой вопрос о праве представляется как «аргументация», структурированная в ожидании судебного решения — решения суда представителей одного общества. Юридическая реальность, которая предлагается нам, таким образом, обращает внимание на отдельного человека и на личные возможности для пользы современного права. В конечном счете, любой правовой вопрос подтверждается или отвергается отдельными индивидами!

Уместно подчеркнуть, что формирование публичных суждений — это абсолютно не то же самое, что иметь и формулировать мнение. В отличие от многих философов права, которые слишком быстро принимают позицию презрения и пренебрежения к обще-

ственным мнениям, мы понимаем, что их взгляды являются всего лишь философией «открытого высокомерия». Вдали от такого безвыходного положения, признаем интерес и уважение к общественным мнениям, какими бы они не были; они честно выражают то, что думает и чувствует общество. Нужно к ним прислушиваться, поскольку эти «мнения» позволяют нам понять, насколько это возможно, мотивы, ожидания и настроения представителей одного общества; короче, они нам дают общий обзор «внутренней жизни» обычных мужчин и женщин. Тогда зачем интеллектуально отрезать себя от одного из самых главных источников, которые позволяют понимать правовую ответственность людей и особенно их желание устроить судебный процесс как способ уладить разногласия?

В том, что касается права, в нем нет ничего, что могло бы «растать в рассудке». Такой разговор может выявить только наивность или же он выражает тщеславие уснувших философов и нерациональную привязанность к «системе», существование которой они доказывают. В противоположность им, запомним, что у права нет никакого основания и что, даже если существуют власти, то от этого не становится менее верным, что мы всегда разбираемся во всем сами. Горизонт правовых решений наших споров зависит от наших желаний и нашего участия — так же как от разумных способов правовой традиции — для правового исхода дела. В сущности надо настаивать именно на разумных способах, как среди представителей одного общества, так и среди юристов, помня о том, что право всегда должно «совершаться».

Впрочем, ничего не изменилось бы без демократического духа, а именно без демократического сознания, которое верит в возможность права и которое послужило огромным подспорьем в том, чтобы создать западные современные государства. Такой демократический дух, или, более того, это сознание возможного права, созданного нами и для нас, все-таки не падает с неба. Оно (сознание) формируется шаг за шагом в зависимости от нашего участия, наших желаний, нашего мнения и наших общественных суждений, создаваясь свободно и без принуждения. Нас ждет сизифов труд — и тысячи лет для этого будет недостаточно!

О формировании желания и мнения

Философия судопроизводства также обращается к вопросу о формировании желания и мнения. В этом смысле нужно подчеркнуть, что нам нельзя представлять это формирование как задачу просвещённой элиты, состоит ли она из знатоков или из судей.

Нужно отвергнуть любое положение, которое делает из судьбы нового хозяина, который уведомляет, ведет или просвещает людей. Такая концепция бессмысленна, если только не обеспечивать непродуктивный и полный презрения патернализм (или матернализм). Следовательно, надо понять этот вопрос по-другому.

Речь идет о том, чтобы акцентировать тот факт, что «общественные» желания и мнения в основном имеют два назначения. Одно — чтобы поддержать формирование «правового мы» там, где фактически существует только «я». В этом смысле обещание «автономного законодательства», которое так хорошо характеризует юридическую современность, нуждается в том, чтобы согласовать частное самоуправление и публичное правительство — такое согласование может иметь место только в подобном формировании желания и мнения. Другое назначение — это актуализация нашей индивидуальной, социальной и культурной ситуации, и перспективы изменений, которые мы хотим в нее привнести. Именно в процессе формирования желания и мнения мы должны найти аргументы и информацию, которая позволит нам понять расхождения во взглядах, чтобы таким образом определить их справедливое значение.

Из этого вытекает, что формирования публичной воли и мнения отсылает к демократам, которые хотят жить в рамках общего правового проекта. Так, легитимность оказывается внедрена в современный демократический менталитет — туда, где люди «осознают» свои права быть *авторами, акторами* и получателями «права», осознают свое «право» черпать доступные личные ресурсы. Это требует, чтобы все, что может считаться легитимным, было одобрено представителями одного общества современного правового проекта в качестве «авторов и акторов».

Из этого следует, что судебное разбирательство как кусочек нашего паззла обращается, кроме непосредственного адресата, к сознанию демократов. Оно обращается к общественному пространству без гордости и власти, чтобы вызвать там споры, обсуждения и, особенно, чтобы заставить выбрать позицию между «да» или «нет». Теперь часто «нет» получает больше чести в нашей правовой современности, чем подобострастное «да».

Об относительности всех вещей

Если правовая функция обретает свой источник в желании авторов и акторов права «жить свободно в свободной республике», то из этого вытекает так же и то, что эта функция останавливается перед

демократическим сознанием жителей, взятом в его политическом измерении. Признать раз и навсегда, что представители одного общества должны восприниматься в ракурсе их способности к автономии — это уже означает борьбу против произвола и против власти человека над человеком.

4. О современном «правовом мы»

Последний аспект, о котором мы хотели бы сказать несколько слов, касается той фундаментальной роли, которую играет парадигма «правового мы» в ракурсе функций судьи. Если, как хозяин процедуры, судья провозглашает норму, которую он в конечном итоге применит, он делает это на основе аргументов и доводов, высказанных в зале суда. Судья взвешивает аргументы и доводы по отношению к юридической норме, которую надо применить или создать, и он должен найти место для такой правовой нормы в предполагаемом состоянии «источников права». Судья внедряет высказывание нормы в «правовое мы». Это подтверждает современные правовые дискуссии о применении норм от первого лица множественного числа, — от «мы», — от лица, конкретно воплощающегося в юридическом пространстве. Или же эта операция осуществляется, скрыто ссылаясь на правовое государство. Используя этот термин в качестве публичной правовой сферы современного демократического и плюралистического общества. Здесь нужно настоятельно призывать к стабилизации судебного разбирательства сначала в рамках публичного пространства и в перспективе современного судьи, а потом и в том, что касается публичного пространства как правового, морального и политического обучения.

Публичное пространство и современный судья

Мы сказали, что разработка судебного процесса осуществляется в одном из отличительных публичных пространств и что оно разработано по логике борьбы мнений, противоречий, борьбы между авторами и акторами права. Эта концепция права, которая получает свое юридическое обоснование и свою легитимность из аргументов авторов и акторов права, в каком-то смысле делает так, что правовая норма не остается умиротворяющим бальзамом, который надо наносить на раны общества. Право должно быть построено на перспективе, подтверждающей его юридичность, чтобы быть в состоянии осуществить примирение. Таким образом, право может рассматриваться как проект, как правовое обучение, которые мы можем

взаимно предоставлять друг другу в качестве разумных авторов и акторов права.

Мы настаиваем на понятии публичного пространства как на одном из демократических топосов, позволяющих (на коллективном и индивидуальном уровне) формировать общее желание, позволяющее взять на себя ответственность за уже упомянутое правовое «мы». В том, что касается отдельного человека, эта концепция позволяет нам увидеть его в тесной связи с обществом своего времени, как часть, включенную в множество сетей социальных взаимоотношений и областей того мира, в котором он живет. Еще более важно то, что данная концепция позволяет нам увидеть интерес, который появляется в жизненных историях и который выражает тот опыт, рассказанный свободно, который имеет каждый человек. Именно благодаря этим пульсирующим источникам в том мире, в котором мы живем, мы можем действовать как разумные индивидуумы, социализированные и индивидуализированные. Это также основа для поддержания реальной солидарности и нормативности, которые доступны для аргументации и способны к тому, чтобы сформировать правовой дискурс. Юридическое пространство, — в индивидуальном плане, — дает возможность для жизни в обществе, так же как оно позволяет отдельному человеку издать голос, касающийся прав, которые мы должны взаимно согласовывать.

В том, что касается коллективного уровня, юридическое пространство предлагает нам место для коммуникации, которая тематизирует интересы всех. Юридическое пространство может быть рассмотрено как сцена, служащая для тематизирования, тестирования и, наконец, легализации политических и нормативных решений. Публичное пространство становится местом для публичного использования разума или, более точно, пространством, где формируются и тематизируются аргументы и мотивы. Сущность этого пространства — это его публичный аспект. В том смысле, что вся аргументация осуществляется перед заинтересованным лицом. Юридическое пространство, в конечном итоге, позволяет нам узнать о важных для единства общества темах, интерпретировать ценности, способствовать решению проблем и выдвигать хорошие доводы, отстраняя плохие. Все это необходимо для современного правового проекта: люди «испробуют» права, которые должны обоюдно согласовываться между собой.

Из этого вытекает, что возможно понимание политического публичного пространства как резервуара откликов или как системы готовности, снабженной антеннами, чувствительными к вибрациям

схемы единства общества. Публичное пространство в этом смысле представляет и в языковом, и в коммуникативном отношении те проблемы, которые не находят решения ни в каком другом месте, и представляет место для формулирования проблем так, чтобы они были четкими и настоятельным, чтобы сделать их менее серьезными и чтобы предложить решения, позволяющие питать наше желание жить в свободной республике. С точки зрения демократии, публичное пространство служит для того, чтобы усиливать давление, которое оказывают сами проблемы, чтобы политическая система могла их обрабатывать и, наконец, чтобы они могли быть конкретизированы в законодательных текстах.

Судья перед нормативной ролью публичного пространства

Начнем с «нормативной» роли публичного пространства, поскольку становится главным референтом современной судьи. Определим публичное пространство как структуру коммуникации, как речевое пространство, образованное властью, относящейся к коммуникации отдельных индивидов, представленных в качестве авторов и акторов своих прав.

То, что публичное пространство играет главную роль в отношении легитимности, понимается без труда. В сущности, публичное пространство играет роль почвы для автономного законодательства демократов, авторов и акторов права. Именно в этом публичном пространстве должны приводиться аргументы и доводы для процесса определения и выбора наших прав. В этом смысле, публичное пространство служит для установления «мер», которые демократы выбирают для того, чтобы разбираться с проблемами или ожиданиями. Но настоящее доказательство легитимности — это ее фактическое доказательство в существующем обществе.

Публичное пространство имеет историю, которая имела место в начале современности, чтобы потом быть культурно, политически, социально и юридически конкретизированной будущим. Сам вопрос о публичном пространстве происходит от вопроса о его фактивности и от того факта, что данное пространство чаще монополизировано политическими, экономическими и другими силами, и даже от того, что оно должно функционировать на основе причин разных форм гетерогенности. Легитимность, которая на деле может осуществляться в публичном пространстве, в результате этого может зависеть только от нормативного, связанного с коммуникацией

идеала равенства и свободы, которые зачастую сложно осознать в современном обществе.

Рядом с неравным распределением власти находится тот факт, что в наше время публичным пространством можно непрерывно манипулировать, отвлекать, лишая его политической направленности. Что еще хуже, экономическое, политическое и просто условное неравенство может быть искажено до такой степени, что может превратиться в угрозу даже для демократии. Таким образом, существуют причины, чтобы принять меры против возможности манипуляции информацией, которая может отвлечь публичное пространство от его нормативной роли.

Однако, вне всего того, что мы можем сказать об этой очень часто основанной на неравенстве ситуации публичного пространства, следует подчеркнуть в неметафизической перспективе, что мы не обладаем другими источниками, чтобы обрести опыт легитимности. Вследствие этого важно беспрестанно настаивать на точке зрения, которая нацелена на усиление роли публичного пространства, так же как и на современном требовании вытеснить любые манипуляции, обман, демагогию и т.д. в отношении этого пространства. Пока демократия выдвигает требование равенства, должно быть сделано все для того, чтобы противодействовать манипуляциям в публичном пространстве. В сущности, то, что у законности нет основания, только подтверждает ее открытость. Ведь если институциональная законность является процедурной и демократической, то из этого разумно вытекает то, что законность, если смотреть на нее с точки зрения общества или периферии, должна всегда рассматриваться так, будто она находится в зарождении, в становлении.

Заключение:

демократическо-правовая ответственность

Приближаясь к завершению нашей разгадки паззла, нужно напоследок сделать акцент на нашей ответственности и убедиться, что слово «судья» звучит приятно для уха граждан и что понятие «демократия» не будет рассмотрено как шутка, сыгранная в ущерб им. Если технически и процедурно работа судей едва ли в чем либо изменилась, то сейчас происходит огромное изменение в демократическом плане, где производится работа для того, чтобы оправдать ожидания граждан, которые они высказывают в отношении гражданского и конституционного суда в современной и в будущей демократии. Следует прислушаться к этому и подтвердить свою де-

мократическо-правовую ответственность — этим занимается всякий практик права и, конечно, судья в качестве актора в сфере конституционализма и права для пользы «правового мы».

Если мы правы, говоря о том, что нужно разобрать тему «судья и демократия» с помощью ее исходного элемента, а именно с точки зрения «обладателя права», то нужно лучше теоретически разработать вопрос об «ответственности» и понимать его в демократическо-правовом плане. Эту концепцию нужно понять как «отчет». В том же духе следует интерпретировать и то, что демократический порядок характеризуется тем, что обладатель «власти», «решения» и «правления» встраивается в ту логику, где нужно «отдавать отчет». Любая «власть», любое «решение», любое «правление», любое «судебное разбирательство» должны вершиться только во имя нас всех, во имя всех граждан, особенно в качестве «обладателей права» (и конституционализма), задействованных в осуществлении «правового мы». «Отчет» означает, что любая обязанность сопровождается необходимостью подтверждения и легитимации законодательных и конституционных текстов, так же это действует и в отношении «обладателей права».

С этой точки зрения надо знать, что судебная «власть» любит прятаться в тени темных кабинетов, нужно требовать, чтобы она проявлялась публично. Осуществление власти должно быть публичным, так как это — элемент демократической концепции. Соответственно, тандем «судья и демократия» представляет эти два измерения: правовой жизни и жизни демократической, которые соединяются для пользы свободной республики, в которой авторы и акторы права аргументируют и питают общество в публичном пространстве, которое уважает и благоприятствует формированию нашего правового «мы».

Легитимность и права человека*

Вопрос о том, как легитимировать права человека, далек от своего решения. Он по-прежнему актуален, и мы можем сказать, что этот вопрос неотвязно преследует нас и нашу юридическую современность вплоть до того, что ставит под сомнение ее основания.

Мы предлагаем поразмышлять над ним, главным образом вписав вопрос о легитимности прав человека в контекст того, что представляет собой для нас юридическая современность, а именно вписать в демократическую концепцию права¹. Так мы хотим защитить тезис о том, что только демократическая концепция прав, в которую включены права человека в их юридическом смысле, может прояснить их на уровне нашей юридической современности и вместе с тем продуктивно реализоваться в обществах, часто подчиненных различным формам авторитарной гетерономии. Что касается последнего аспекта, необходимо, прежде всего, помнить о том, что эффективность прав человека не может быть выше той степени приверженности, которую они внушают к себе мужчинам и женщинам и которая подталкивает их к реализации своих прав. Это должно показать нам на предварительной стадии наших размышлений, что отношение между правами человека и демократией не является исключительно вопросом «институтов», но преимущественно вопросом, относящимся к демократическим процессам и нашей общей

* *Перевод с французского В.А. Токарева.*

Впервые опубликовано: *Légitimité et droits de l'homme* // J. Ferrand, H. Petit (eds.). *Enjeux et perspectives des droits de l'homme. L'Odyssée des Droits de l'homme*. Vol. III. Paris: L'Harmattan, 2003. P. 213–222.

Впервые на русском: *Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: к 60-летию Андрея Васильевича Полякова* / под ред. М.В. Антонова и И.Л. Честнова: Том 2. СПб.: Алет-Пресс, 2014. С. 40–53.

¹ *Melkevik B.* 1) *Horizons de la philosophie du droit*. Paris, 1998 (2004); 2) *Réflexion sur la philosophie du droit*. Paris, 2000; 3) *Rawls ou Habermas: Une question de philosophie du droit*. Québec, 2002.

способности доверять демократическим умонастроениям, которые воплощаются в таких процессах.

Две точки зрения противопоставляются на этом фоне: одна обращается к легитимации прав человека в прежнее время, другая — к их легитимации сегодня. И как мы отметили, только эта последняя представляет, без отказа от дискурса прошлого, адекватный способ рассмотрения вопроса о легитимации прав человека, удовлетворяющий требованиям нашей юридической современности.

Традиционные способы легитимации прав человека.

Рассматривая традиционные (и традиционалистские) дискурсы легитимации прав человека, необходимо принимать во внимание то, что если мы на самом деле можем идентифицировать и разместить каждый из этих дискурсов на точной хронологической шкале, следует иметь в виду, что дискурсы никогда не умирают. Действительно, все дискурсы легитимации остаются активными, что в том числе подтверждается их современными сторонниками. Однако в хронологическом и рациональном плане мы можем провести различие между тремя дискурсами оснований прав человека, а именно между иннеистической, метафизической и «декларационистской» легитимациями.

Прирожденность прав человека. Прежде всего, следует уточнить, что мы будем вести речь об истоках нашей юридической современности, т.е. о периоде с XVI по XVIII в., точнее, о дискурсах прав человека той эпохи. На самом деле, это период зарождения дискурсов прав человека, как правило, формируется в протестантских контекстах².

Легитимность прав человека почти для всех мыслителей той эпохи является вопросом, в котором переплетаются протестантизм и метафизическая философия. По сути, права человека понимаются как достояние, обусловленное самим фактом человеческого бытия, как подарок, полученный при рождении, который мы не можем ни обменять, ни передать, и как нагрузка к преимуществу рассматриваться и признаваться в качестве человека. Все это объясняется тем, что человек наделен правами от рождения, что они вписаны в него.

Источник юридического иннеизма находится в Библии. Ее текст наделяется в протестантизме значением единственного авторитета

² *Mahn-Lot M.* Bartolomé de las Casas et le droit des indiens. Paris, 1982. — См. также: *André-Vincent Ph.* Bartolomé de Las Casas, prophète du Nouveau Monde. Paris, 1980. Appendice III : «Las Casas et les droits de l'homme». P. 258.

в вопросах происхождения и судьбы человека. Обратимся к библейской истории Каина и Авеля. Не вдаваясь в подробности, тем не менее напомним, что Каин оставляет в поле труп убитого им брата. Затем из этой библейской истории мы узнаем о приговоре Бога, или просто о суждении, основанном на опыте взаимоотношений людей с Богом, которое заключается в следующей фразе: «И сделал Господь Каину знамение, чтобы никто, встретившись с ним, не убил его».

Слово «знамение» приобретает здесь свой полный смысл, поскольку таким образом внутренний закон (*legem internam*) вписывается в саму плоть человека; это закон различения Добра и Зла. Человек как таковой непосредственно наделен правами (и обязанностями) и в особенности природой (правовой) в качестве дара и отличия (знака), полученных им при рождении. Они находят свое выражение в нашей способности различать добро и зло и в нашей «природе», побуждающей нас как род или как движимых «хитростью природы», говоря словами кантианца, основывать наши общества и нашу жизнь на началах добра. Разумеется, к этому добавляется способность, не исключающая ошибок, судить нас в соответствии с принципами добра или зла и испытывать чувство вины, когда мы отступаем от добра.

Как правило, все дискурсы прав человека от Гроция до Локка резонируют с этой парадигмой. Тем не менее мы можем остановиться подробнее на концепции Локка, представляющей собой образец юридического иннеизма. Локк утверждает, что в действительности имманентность юридического иннеизма присуща «естественному закону», вписанному в душу, «потому что именно в ней запечатлены (*inscribi*) требования природы и скрыты нормы морали и принципы должного поведения человека; и на основании того факта, что эти принципы одинаковы у всех людей, нельзя считать их авторами никого, кроме Бога и природы. По этой причине внутренний закон (*legem internam*), существование которого часто отрицается из-за пороков, признается сознанием человека, и каждый человек, поступающий вопреки ему, на самом деле подтверждает его»³.

Далее, по Локку, прирожденное право свойственно самой природе человека. Оно является конститутивным элементом его свобод и прерогатив. Это тот же юридический иннеизм, который проявляется во «Втором трактате о гражданском правлении» 1689 г.⁴ и развивается до того, что мы можем назвать юридическим локкиа-

³ Locke J. *Essays on the Law of Nature*. Oxford, 1954. P. 167.

⁴ Locke J. *Deuxième traité du gouvernement civil*. Paris, 1977. P. 78–83.

низмом: иными словами, это вера в то, что права человека легитимируются самим фактом человеческого существования⁵.

Метафизическая философия прав человека. Второй дискурс легитимации прав человека, который может быть назван «метафизическим», датируется XVIII и XIX вв. — периодом, отмеченным Американской революцией (1768 г.), затем Французской революцией (1789 г.) и следующими за ней «буржуазными» революциями. Речь идет, в некоторой степени, о реализации как политического лозунга того, что юридический иннеизм не смог быть сформулирован иначе, чем в терминах достоинства и привилегии человека. Действительно, речь идет о том, чтобы, заменив включение прав человека в его «природу» постулатом истинной «природы» общества, вывести человека (и права человека) из состояния неполноценности. Короче, о том, чтобы метафизически раскрыть включение этих прав в саму «природу» политического общества и рассмотреть провозглашающие права человека декларации, хартии, конституции и т.д. как тексты, выражающие истинную «природу» политических обществ, метафизическую и «юридическую».

Помимо того, что было написано философами,⁶ смысл метафизического открытия прав человека внутри социальной и политической «природы» общности (Cité) обнаруживается впоследствии в различных декларациях прав человека. Мы можем констатировать это, обращаясь, в первую очередь, к тексту Американской декларации, которая, верная юридическому локкианизму, содержит следующую формулировку подлинной «природы» политического общества: «Мы исходим из той самоочевидной истины, что все люди созданы равными и наделены их Творцом определенными неотчуждаемыми правами, к числу которых относятся жизнь, свобода и стремление к счастью. Для обеспечения этих прав людьми учреждаются правительства, черпающие свои законные полномочия из согласия управляемых»⁷.

⁵ Виргинская декларация прав: «Все люди *по природе* являются в равной степени свободными и независимыми и имеют определенные прирожденные права, которых они, при вступлении в общественное состояние, не могут лишить себя и своих потомков каким-либо соглашением, а именно: право на жизнь и свободу со средствами приобретения и владения собственностью, право на стремление к счастью и безопасности и их приобретение».

⁶ Worms F. Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie (1789–1914). Paris, 1993. — См. также: Haarscher G. Philosophie des droits de l'homme. Bruxelles, 4^e édition, 1993; Barret-Kriegel B. Les droits de l'homme et le droit naturel. Paris, 1989; Bourgeois B. Philosophie et droits de l'homme de Kant à Marx. Paris, 1990.

⁷ Декларация независимости США (4 июля 1776 г.).

Интересно отметить, что этот «Творец», т.е. христианский Бог, наделил нас в соответствии с нашей «природой» определенными неотчуждаемыми правами. Помимо того факта, что данное положение подтверждает переход от иннеизму к метафизическому позиционированию прав, как мы обнаруживаем в метафизике деклараций той эпохи, мы можем наблюдать, что применяемая логика настаивает на том факте, что правительства являются не чем иным, как гарантами этих естественных прав. Если ссылка на нашего Творца исчезает по идеологическим причинам, которые мы не можем здесь анализировать, то примененная модель, однако, остается. Мы можем подтвердить это, просто процитировав знаменитые вводные слова к французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г.: «Представители французского народа, образовав Национальное собрание и полагая, что невежество, забвение прав человека или пренебрежением ими являются единственной причиной общественных бедствий и испорченности правительств, приняли решение изложить в торжественной Декларации естественные, неотчуждаемые и священные права человека, чтобы эта Декларация, неизменно пребывая перед взором всех членов общественного союза, постоянно напоминала им их права и обязанности».⁸

В общем, права человека представлены как истинная «природа» Республики: или американской, или французской. Следовательно, права человека, как таковые, не нуждаются в иной легитимации, кроме соответствия указанных республик, тем или иным образом, этой истинной «природе». Политическое общество также не нуждается в других источниках легитимности, кроме полного уважения его прав. Последнее, впрочем, возвращает нас к болезненному вопросу о том, почему права человека были использованы в исторической и философской перспективах как преграды на пути демократии и как ее враги.

Как бы то ни было, с правами человека «природа» общества стала «истинной, поскольку она становится живой в реальном мире».⁹ Следующим этапом должна быть интерпретация этой истинной природы через права человека.

Легитимация международными декларациями. Рассмотрим третий дискурс легитимации прав человека, который является интернационалистским и «декларационистским» в от-

⁸ Декларация прав человека и гражданина (26 августа 1789 г.).

⁹ Hegel G. W. F. Leçons sur la philosophie de l'histoire. Paris, 1979. P. 339.

ношении прав человека и формируется в послевоенную эпоху, т.е. с 1944–1945 гг. вплоть до наших дней. Речь идет о показательном смещении вопроса о легитимации прав человека в сторону международной арены, по сути, о парадигматическом развитии государствами-нациями прав человека как обязательства, конечной цели и обещания для них самих (т.е. для этих государств-наций) и для людей, проживающих в них.

В том, что касается вопроса легитимации, нет необходимости углубляться в семантический анализ разнообразных хартий (к примеру, Устав Организации Объединенных Наций 1945 г.) или деклараций, которые с 1944 г. и по настоящее время питают нашу юридическую реальность. Нам представляется более уместным рассмотреть вопрос об их легитимации с точки зрения их политического генезиса. По сути, если в 1944–1945 гг. мир оставался разделенным, то тем не менее вооруженная борьба против гитлеровской Германии и империалистической Японии велась под знаком гуманитарного права (хотя недостаточно оформленного) и прав человека. Это тот политический дух, который конкретизируется во Всеобщей Декларации прав человека 1948 г. как основанный на политическом консенсусе между различными традициями и текстами, имеющими политическую и философскую природу.

В действительности, в той мере, в какой нам известно о переговорах, которые предшествовали принятию Всеобщей декларации прав человека, они показывают нам два специфических процесса примирения в отношении прав человека.¹⁰

Прежде всего, это процесс поиска компромисса между северными странами, в которых сильны протестантские традиции или чувства, и южными странами, в которых сильны католические традиции или чувства. В частности, если первые (т.е. протестантские страны) ценят и ставят во главу угла автономию и свободу, то вторые (католические страны) отдают предпочтение (по причинам, которые мы не можем здесь объяснить) таким концептам, как «человеческое достоинство» или «достоинство личности». Тем не менее в процессе работы над текстом Декларации было достигнуто согласие между этими концепциями, чтобы интегрировать в ее текст и то, и другое мировоззрение. На самом деле, каждый при желании может

¹⁰ *Morsink J. The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent. Philadelphia, 1999.* — См. также: *Humphrey J.P. Human Rights and the United Nations: A Great Adventure, Transnational. New York, 1984;* французский перевод: *La grande aventure: les Nations Unies et les droits de l'homme. Montréal, 1989.*

убедиться в том, что Всеобщая декларация уважает и ценит как автономию, так и достоинство человека.

После этого первого замечания будет значительно проще понять суть поиска компромисса между Западным блоком и бывшими коммунистическими странами в вопросе о понятии прав человека. На самом деле, если мы еще раз внимательно проанализируем процесс выработки текста Всеобщей декларации и достигнутые результаты, то увидим, как более социальная, экономическая или даже (в ряде аспектов) «коллективистская» концепция, поддерживаемая коммунистическим блоком, принимается в сочетании с концепцией, настаивающей на автономии и человеческом достоинстве, поддерживаемой западными странами. На самом деле, права человека были провозглашены не в качестве исключительно абстрактных и формальных свобод, но также свобод, непосредственно связанных с положением конкретного человека — человека, живущего в обществе.

Эта политика поиска международного консенсуса определяет в дальнейшем весь процесс принятия нормативных средств, касающихся прав человека, который обычно развивается под эгидой Объединенных Наций. Этот процесс создания международного консенсуса и принятия во внимание частных проблем открыт даже для интеграции в него стран третьего мира, что обуславливает появление других международных инструментов, содействующих реализации прав человека и экономическому росту, неразрывно связанному с ними. Последние десятилетия показали нам, что в процессе развития международных инструментов в области прав человека принимают участие, пусть еще робко и не вполне самостоятельно, неправительственные организации и автохтонные народы¹¹. Примером служит их участие в разработке Международной организацией труда (МОТ) Конвенции о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах (1989 г.).

«Декларационистская» легитимация инструментов в области прав человека, применяемая на международной арене, несомненно, укрепляет позиции наций-государств, участвовавших в разработке или ратифицировавших эти нормативные инструменты, подобно тому, как они легитимно выражают, что должно считаться сегодня правами человека для всех живущих на этой земле. Как бы ни было,

¹¹ *Otis G., Melkevik B. Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones. Cowansville (Québec), 1996.*

легко оценивать подобные позиции, особенно когда они позволяют правам человека реализоваться в качестве оружия против террора, дискриминации и т.д., тем не менее процесс и сам смысл выработки инструментов в области прав человека свидетельствуют о серьезной проблеме легитимации.

На самом деле, декларационизм наций-государств чаще всего является лишь следствием их внешней политики. Он не представляет собой ничего иного, кроме вынужденных обязательств, которые почти или совсем не имеют никаких последствий внутри национальных государств границ, или семантических упражнений, чтобы продемонстрировать их добрую волю как необходимый козырь в усердном поиске дополнительных «вспомоществований» для их развития. Просто не хватает кое-чего: силы мужчин и женщин, которые могут реализовать права человека и воплотить в жизнь обещания и надежды, связываемые с ними, через демократические процессы. И именно на этом вопросе мы собираемся остановиться подробнее.

Легитимация посредством демократических процессов. Действительно, не отказываясь от наследства, доставшегося от различных форм традиционной легитимации прав человека, мы можем сказать, что сегодня наша задача состоит в том, чтобы размесить и укрепить это наследство внутри демократической концепции права. По сути, необходимо, чтобы отныне ресурсы юридической современности адекватно отвечали на вопрос о легитимности прав человека и, прежде всего, обеспечивали возможность придать им юридическое основание, удовлетворяющее ее требованиям.

Вопрос о юридической современности. Конечно, чтобы удостоверить значимость подобных суждений, необходимо уточнить, что мы понимаем под «юридической современностью». На наш взгляд, вопрос о юридической современности сводится к демократическому автономному законодательству, более точно, к идее автономного законотворчества граждан. Под этим мы подразумеваем идею о том, что субъекты права должны иметь возможность через процесс автономного законотворчества утвердиться реально и взаимно как авторы и законодатели их норм, их прав и их институтов, столь же юридических, сколь и политических. Три вывода могут быть непосредственно сделаны из этого утверждения.

Прежде всего, место растолкования прав (*lieu d'explication des droits*), просто юридических или таких «фундаментальных», как права человека, располагается отныне в субъектах права. Вопрос о

легитимности фактически сводится прямо к реальной способности субъектов права рассматривать себя в качестве авторов прав, подтверждая и утверждая это. Там, где субъекты права рассматриваются лишенными частично или полностью возможности быть авторами своих прав, мы не имеем ничего иного, кроме несовременных «юридических» систем, очевидно автократических или «идеологических». Там, где субъекты права не имеют возможности быть «авторами» своих «прав», как, например, в религиозных системах с данным в откровении текстом или без него, мы не можем размышлять о «правах» всерьез, не заблуждаясь или не обманываясь на этот счет.

Затем, вопрос о легитимности «не подлежит использованию»! Легитимность прав и прав человека зависит только и исключительно от воли субъектов права, реализации и принятия ими во внимание своих прав. Ответ на вопрос о праве, как и на вопрос о правах человека, в конечном счете, относится к компетенции субъектов права — это им устанавливать, утверждать и упрочивать необходимую взаимность между собой, чтобы легитимировать для себя права человека.

Наконец, идея автономного законодательства заставляет нас обратить внимание на реальный демократический процесс, не идущий окольными путями и не доминирующий, который позволяет субъектам права (являющимся вместе с тем гражданами) концентрировать их энергию в перспективе выбора их норм, их прав и их институтов. Иными словами, эта идея фокусирует наше внимание на общественных пространствах, на автономном формировании индивидуальной и коллективной воли и т.д. и обнаруживает нашу способность демократически принимать на себя ответственность за решение вопросов, относящихся к нормам, к «правам» и к институтам. Поскольку необходимо учитывать то, что демократия служит «выбору» норм, прав и институтов, которые мы рассматриваем в качестве достойных уважения, из этого следует, что такой «выбор» должен совершаться на глазах у всех.

Таким образом, идея автономного законодательства (в которую мы уже включили вопрос о легитимности прав человека) освобождает вопрос о праве из любого «консервативного» гетто, идет ли речь об институциональном гетто или о власти, в интересах утверждающейся демократической взаимности. Речь идет о такой взаимности, которую мы должны понимать как зависимость от «всеобщего» согласия, т.е. возможность демократическим путем ограничить до известных пределов реализацию институциональных решений или с одинако-

вым успехом противостоять любой незаконной попытке создавать «право» от нашего имени и без нашего согласия.

Права человека как демократические смыслы. Следовательно, мы можем сослаться здесь на замечание Ю. Хабермаса о том, что «адресаты прав не могут представить самих себя в качестве их авторов, если Законодатель открывает права человека как моральные факты, чтобы затем ограничиться сообщением им позитивного статуса»¹². Вся современная проблематика прав человека содержится в этом замечании, так же, как и то, что факт легитимации прав человека, *a contrario*, через демократические процессы, определяющие конкретно субъектов права как их истинных авторов, привлекает внимание к вопросу о правах человека, что, в свою очередь, должно служить укоренению вопроса о правах человека в частных контекстах.

С этим первым аспектом проблемы, касающимся того, каким образом обещание автономного законодательства ставит на повестку дня вопрос о правах человека, не стоит терять из виду того факта, что легитимность «сверху» всегда рискует оказаться непродолжительной. Многочисленные опыты последних десятилетий болезненно напоминают нам об этом. В то же время настойчиво утверждая автономное законодательство, три (или четыре) поколения прав человека¹³ предстают как конфигурации надежд и обещаний, удовлетворяющих требованиям мужчин и женщин по всему миру. Точнее, права человека отвечают надеждам мужчин и женщин, как и их детей, в перспективе построения лучшего будущего. Они напоминают об обстоятельстве, о котором мы так часто забываем, — что можем свободно изменить условия жизни и что любое положение вещей в настоящее время является не отражением нашей участи, но исключительно отправной точкой в создании лучшего мира средствами демократии.

Вопрос о легитимности прав человека, таким образом, конкретизируется в процессе автономного законодательства, привлекая внимание субъектов права к их собственной жизни и к сложившейся в их обществе ситуации. На самом деле, права человека способствуют распространению информации о коррупции, семейственности, систематическом воровстве, пропаганде, дискриминации, исключе-

¹² Habermas J. Droit et démocratie. Entre faits et normes. Paris, 1997. P. 485.

¹³ Haarscher G. Philosophie des droits de l'homme (анализ трех «поколений» прав человека). P. 35–46.

нии, нетерпимости и т.д., усиливая позиции субъектов права в отношении гетерогенных сил. Кроме того, они требуют от субъектов права перестать закрывать глаза на условия жизни их сограждан, идет ли речь о свободах или о благополучии и развитии личности, и получить необходимый объем информации для взаимообязывающей политики прав человека, которая служит утверждению прав человека в качестве семян демократии.

Схожим образом обстоит дела со вторым аспектом, который мы собираемся рассмотреть, а именно с необходимостью укоренения прав человека в частных контекстах. Это объясняется тем, что права человека нуждаются в нашей приверженности и понимании того, что они имеют к нам непосредственное отношение. Такое понимание должно, прежде всего, служить нам для преодоления любых дискриминационных и несправедливых контекстов и для рассмотрения прав человека в их универсальности. Противоположный путь не приемлем только потому, что, желая начать со «святости», мы всегда рискуем слишком поздно увидеть реальные проблемы миллионов и миллионов людей по всему миру.

В самом деле, признание прав человека *hic et nunc* с их эффектами участия, перспективой и целями может наделять субъектов права энергией, необходимой, чтобы работать как социальный и гуманитарный рычаг. Если мы должны восхищаться мужчинами и женщинами, в одиночку взвалившими на себя эту работу, мы также имеем все основания подчеркнуть, что идея автономного законодательства, акцентируя внимание на «демократической взаимности», может конкретизироваться лишь в ассоциациях, группах или «новых движениях». Благодаря идее автономного законодательства развивается и приобретает большее значение гражданское общество, способное брать на себя ответственность за свои структурные элементы. Когда речь идет о свободах или о благе личности, или об ухудшении экологии, рассмотренные нами выше концепции прав человека так же взаимосвязаны с субъектами права в плане мотивации и вовлечения.

Что касается этих двух аспектов, уточним, что права человека больше не представляют собой абстрактной инстанции политической или юридической справедливости, но в свете идеи автономного демократического законодательства они являются той почвой, на которой мужчины и женщины воспитываются и в равной мере воспитывают друг друга.

Преимущество такого понимания прав человека. Как мы видим, такое понимание легитимности прав человека упрощает

критический анализ их потенциальной роли в разнообразных плюралистических обществах и поистине выявляет необоснованность культурологической критики прав человека.

В действительности, различные течения, называемые «культурологической критикой», утверждают, что вопрос о правах человека является не чем иным, как выражением западных ценностей, чуждых или ассиметричных по отношению к различным культурам, которые провозглашают иные ценности. С точки зрения сторонников такой концепции, права человека являются только идеологическими «обманками», призывающими к «формальности» или «универсальности» и, что возмутительнее всего, к «индивидуализму», который даже не скрывается за ними. По их мнению, нам следует рассуждать в духе культурологических концепций прав человека как выражения ценностей культуры, и видеть права человека основанными на «азиатских»¹⁴, «африканских»¹⁵, «исламских»¹⁶ и т.д. ценностях и выражающими их.

Рассматривая права человека в свете автономного законодательства, мы можем легко обнаружить, что подобные дискурсы представляют собой последнее проявление авторитарных, патерналистских и идеологических дискурсов. На самом деле, мы можем констатировать, что они основаны на страхе и ненависти, которые внушает их сторонникам реальная возможность увидеть субъектов права принимающими на себя ответственность за свою жизнь и свое будущее.

Действительно, взгляд на последние три или четыре столетия европейской, североамериканской и австрало-тихоокеанской истории выявляет суть проблемы, которая заключается в том, что права человека подрывают корни фанатизма, фундаментализма, социальных привилегий и иерархий, неравенства и дискриминации, религиозного превосходства и т.д. И мы должны пользоваться тем, что концепт прав человека непосредственно указывает нам на конкретную проблему, так же как парадигма автономного законодательства показывает нам, как распорядиться этим разрушающим эффектом,

¹⁴ Davis M.C. (red.) *Human Rights and Chinese Values: Legal, Philosophical and Political Perspectives*. Oxford, 1995. — См. также: Yasutomo M. (red.). *Law In a Changing World: Asian Alternatives*. Stuttgart, 1998.

¹⁵ Ake C. *The African Context of Human Rights // Africa Today*. 1987. № 34. P. 5.

¹⁶ Mayer A.E. *Current Muslim Thinking in Human Rights // Abdullahi Ahmed An-Na'im, Francis M. Deng (red.), Human Rights in Africa. Cross-Cultural perspectives*. Washington, 1990. P. 133–156 (в особенности: p. 153–155).

объединяя субъектов права на началах понимания, мотивации и заинтересованности.

Оглядываясь немного назад, мы можем теперь утверждать, что парадигма автономного законодательства в качестве основания легитимации прав человека совместима со всеми разумными и гуманитарными ресурсами, которые мы находим в культурах и системах ценностей по всему миру. Любой человек, какими бы ни были его место рождения, культурные ориентиры, унаследованные или приобретенные, разделяемые им ценности т.д., должен одинаковым образом рассматриваться способным принять участие в демократическом процессе вместе с другими субъектами права без какого-либо различия и дискриминации. Конкретные ответы, которые будут даны в отношении прав человека, могут быть достаточно разнообразными и всегда связанными с частными контекстами, но их существование должно рассматриваться в перспективе запрета дискриминации. Поскольку идея прав человека не служит бесстыдным инструментом прикрытия частных интересов, а идея автономного законодательства не должна служить притеснению, постольку мы не можем не приветствовать здоровую конкуренцию, чтобы обнаружить лучший способ установить на благо всем режим прав человека.

Заключение. Права человека, анализируемые в свете нашей юридической современности и, прежде всего, требования автономного законодательства, предоставляют нам возможность подчеркнуть, что реальные и конкретные демократические процессы могли бы, в конце концов, репрезентировать эту почву, эту силу, эту жизненную энергию, необходимые для того, чтобы обратить их одновременно в оплот против их противоположности, бесчеловечности под разными масками, в путеводитель для многих людей. В конечном счете, отношение между нашими текстами, выражающими традиционную легитимацию прав человека, и потребностью в современной легитимации может установиться только через демократические процессы, являющиеся отныне единственным местом легитимности.

Природа — субъект права? (критическое философское исследование)*

В данной статье мы хотим проанализировать всё более и более распространённую и поддерживаемую идею о том, что природа должна или может рассматриваться в качестве субъекта права с тем же основанием, что и человек. Живая ли это природа (животные) или неживая (реки, горы, леса и т.д.), она должна, в соответствии с этим ходом мыслей, рассматриваться как наделённая человеком правами. В различных областях человеческой мысли, особенно в этике, в философии, в теологии¹ и в правоведении, весьма многочисленны те, кто абсолютно серьёзно настаивает на том, что природа имеет «права» или, что она должна их иметь.

Таким образом, наша цель — проанализировать этот ход мысли, уточнить его суть и оценить его практическое значение. Мы попытаемся понять философско-правовую логику, отстаиваемую этими течениями, и показать философские недостатки, которые из неё вытекают. Как мы увидим, требование прав для природы нарушает правовую симметрию и уводит правовую мысль в область иррационального самоотречения перед природой. Следовательно, мы можем уже сейчас выразить нашу неуверенность и недоверие по отношению к этому требованию, которое как нам кажется, демонстрирует философскую ущербность, что делает это требование скорее неприемлемым как перспективу человеческого поведения и как юридическую практику. Подчеркнём, что наше недоверие никоим образом не объясняется нашей бесчувственностью по отношению к экологической озабоченности, которая руко-

* Перевод с французского В.А. Токарева.

Впервые опубликовано: Le nouveau Code civil du Québec et les droits de l'homme: le paradigme d'un nouveau droit commun // J.L. Chabot, P. Didier, J. Ferrand (eds.). *Le Code civil et les Droits de l'Homme. Actes du colloque international de Grenoble le 3 et 4 décembre 2003*. Paris: L'Harmattan, 2005. P. 403–416.

Впервые на русском: *Правоведение*. Известия ВУЗов. 2012. № 2. С. 64–78.

¹ См.: Philippe Gérard, Franfois Ost et Michel Van de Kerchove (dir.); *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles, Publications des Facultes universitaires Saint-Louis, 1993.

водит защитниками природы как субъекта права, скорее это недоверие отражает нашу убежденность в том, что эту проблему следует рассматривать под другим философским углом².

Прежде чем приступить к раскрытию плана статьи, мы считаем полезным напомнить, что идея о собственных правах природы не является новой. Более того, это очень древняя идея, которая в философско-правовом плане идёт от античного стоицизма. Вспомним определение естественного права стоицизма в том виде, как оно было передано римским юристом Ульпианом в Дигестах: «...естественное право — это то, которому природа научила всё живое: ибо это право присуще не только человеческому роду, но и всем животным, которые рождаются на земле и в море, и птицам; сюда относится сочетание мужчины и женщины, которое мы называем браком, сюда же порождение детей, сюда же воспитание...»³.

Можно было бы констатировать, что феномен права должен бы стать общим для всех одушевлённых существ. Однако, хотя идея и является древней, современный способ утверждать, что природа является субъектом права, и доказывать это весьма изменился и привязан к юридической современности. Подходы к рассмотрению природы как субъекта права различны, однако мы ограничимся четырьмя основными течениями. С начала, мы рассмотрим доктрину «глубинной экологии» Арна Наэсса. Затем мы проанализируем утилитаристский принцип Джереми Бентама, который требует признания животных субъектами права, затем требование «природного договора» Мишеля Сэрра. Наконец, мы задержимся на «общественном договоре», предложенном Кристофером Д.Стоуном и его прагматическим подходом к признанию природы субъектом права.

Наэсс, глубинная экология и юридико-космологическая мысль

Доктрина глубинной экологии (Deep Ecology), разработанная философом Арном Наэссом⁴, и экофенизм, который вдохновля-

² Jürgen Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992, p. 193–199; Karl-Otto Apel, «La crise écologique en tant que problème pour l'éthique du discours», dans G. Hotois et M.-G. Pinsart (éds), *Hans Jonas. Nature et responsabilité*, Paris, Vrin, 1993, p. 93–130.

³ Дигесты 1.1.1.3. Русский текст даётся по переводу И.С. Перетерского.

⁴ Arne Naess, «The Deep Ecological Movement: Some Philosophical Aspects», dans *Philosophical Inquiry*, vol. 8, 1986, p. 14. См. также: Arne Naess, *Ecology, Community and Lifestyle. Outline of an Ecosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; *id.* «The Shallow and the Deep, Long-range Ecology Movement. A Summary»,

ется ею, определяют себя как юридико-космологическая мысль. Поскольку Наэсс является Спинозистом и доктрина глубинной экологии по большей части основывается на этой философской системе, было бы уместно дать её краткое описание. «Этика» Спинозы⁵ и точка зрения на вечность, которую она выражает (*sub specie aeternitatis*), учит, что человек играет второстепенную роль во Вселенной. Человек, обогащённый знанием этой необходимости, должен упразднить различие между ним и Вселенной. Согласно французскому философу Ролану Кайлуа «...органическое присоединение к порядку всей природы означает, что разум не может ничего хотеть против природы, но всякий, кто любит себя, осознаёт себя и своё место во Вселенной»⁶.

Именно этот философский принцип структурирует наэссианскую мысль. Мышление так называемой глубинной экологии особенно стремится отмежеваться от экологии поверхностной или, другими словами, от реформизма в защите окружающей среды. Она стремится сделать это, пересмотрев подход к понимаю места человека в космосе, в природе. Наэсс предлагает нам следующие основополагающие тезисы:

1. Благополучие и процветание человеческой и внечеловеческой жизни на земле являются ценностями в себе (синонимы: внутренними, неотъемлемыми ценностями). Эти ценности не зависят от полезности внечеловеческого мира для целей человека.
2. Богатство и разнообразие форм жизни вносят свой вклад в реализацию этих ценностей и, следовательно, также являются ценностями в себе.
3. Люди не имеют никакого права уменьшать это богатство и это разнообразие, если только это не делается в целях удовлетворения жизненных потребностей.

dans *Inquiry*, vol. 16, 1973; *id.* «A defense of the Deep Ecology Movement», dans *Environnemental Ethics*, vol. 6, 1984; *id.* «Basic Principles of Deep Ecology» dans *Ecophilosophy*, VI, 1984; *id.* «Deep Ecology: A New Philosophy of Our Time», dans *The Ecologist*, n° 14, 1984; *id.* «Identification as a source of Deep Ecology Attitudes», dans M. Tobias (ed), *Deep Ecology*, San Diego, 1985; *id.* «The World of Concrete Contents» dans *Inquiry*, vol. 28, 1985, p. 417–428; *id.* «Intrinsic Value: Will the Defenders of Nature Please Rise?» dans M.E. Soule (ed), *Conservation biology*, 1986; *id.* «Ecosophy, Population and Free Nature», dans *Trumpeter*, n° 5/3, 1988; *id.* «Ecosophy, Population and Sustainable Development», dans H. Skolimowski (ed), *Voices of. Think? Conversations with Arne Naess*, University of Minnesota Press, 1992.

⁵ Baruch de Spinoza, *L'Éthique*, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1993.

⁶ Roland Caillois, «Introduction», de Spinoza, *L'Éthique*, *op. cit.*, p. 33.

-
4. Процветание человеческой жизни и культуры совместимо с существенным уменьшением населения. Процветание внечеловеческой жизни требует такого уменьшения.
 5. Человеческое вмешательство во внечеловеческий мир в настоящее время чрезмерно, и ситуация быстро ухудшается.
 6. Следовательно, следует изменить наши политические ориентиры существенным образом в области экономической, технологической и идеологической структуры. Результат этих мероприятий существенно улучшит современное положение дел.
 7. Идеологические изменения будут претворяться в жизнь, в основном скорее путём придания большего значения качеству жизни (пребыванию в состоянии собственных ценностей), чем путём непрекращающегося стремления к более высокому уровню жизни. Глубокое понимание разницы между большим (big) и великим (great) будет обязательным⁷.

Наэсс предлагает новую космологическую мысль, в которой мы наблюдаем тот же акцент на одушевлённых существах (жизни, отличной от человеческой), что и в юридическом стоицизме; такова космическая сущность как она есть. Мы можем чётко увидеть, что тот факт, что природа мыслится как холистическое единство или так называемый всеобщий «разум», определяет сущность деятельности сторон. С этой точки зрения нашему праву на существование корреспондирует право живых существ на жизнь. Согласно Наэссу, это право на жизнь подразумевает этическую и юридическую солидарность между человеком и природой и признание собственной ценности этой солидарности.

1. Этическая и юридическая солидарность

У Наэсса идея этической и юридической солидарности мыслится не для природы, а вместе с природой. Речь идёт о солидарности форм жизни друг с другом. Здесь мы видим одну из ключевых идей глубинной экологии: форма жизни не должна доказывать человечеству своей необходимости, чтобы оправдать своё существование. Любая форма жизни, в силу своего неантропоцентристского характера, обладает собственной ценностью и, соответственно, имеет право на самосохранение.

⁷ Naess, «The Deep Ecological Movement: Some-Philosophical Aspect» *op. cit.*, p. 14. В данной статье текст приводится во французском переводе, сделанном Luc Ferry, *Le nouvel ordre écologique. L'arbre, l'animal et l'Homme*, Paris, Grasset, 1992, p. 144–145.

Поскольку самосохранение, которое вытекает из юридического стоицизма, составляет основу правовой современности, мы можем утверждать, что движение глубинной экологии воспринимает и расширяет идею обязательности самосохранения. Любая природа, а в особенности одушевлённая природа как ареал одушевлённой жизни является «необходимым пространством» для процесса самосохранения. То обстоятельство, что решение о самосохранении направлено исключительно на человека, как это понимал Кант, что этот процесс является первейшей обязанностью по отношению к самому себе⁸, с точки зрения глубинной экологии является недостаточным решением.

Стронники глубинной экологии считают алогичным и иррациональным тот тип «экологизма», который подразумевает только солидарность между различными формами жизни и не включает природу как необходимого условия для самосохранения. Можно провести аналогию с перелетными птицами, которые, даже если и пользуются правовой защитой, однако фактически уничтожаются, поскольку влажная среда, необходимая для цикла их жизни, уничтожается. Солидарность включает природу, как она есть, а отнюдь не идею блага человека. Заметим, что эта идея напоминает самоотречение человека перед «природной» необходимостью, которому учит Спинозизм.

2. Собственная ценность природы

К тому же философско-правовая концепция глубинной экологии приписывает природе собственную ценность, независящую ни от какого человеческого рассуждения. Ценность природы вытекает из простого факта её существования в виде гор, лесов, берегов, болот и т.п. Мы можем настаивать на том обстоятельстве, что человек и природа, особенно одушевлённая природа, имеют равную ценность. Каждый обладает своей внутренней ценностью, что свидетельствует о равенстве между всеми формами жизни, составляющими мир. Почему? Потому что люди являются лишь звеном в экологической цепи. Поскольку наука экологии рассматривает биосферу как единство, из этого единства, по мнению Наэсса, вытекает, что человек не может являться привилегированным «животным». Мы живём в тех же самых условиях, что и иные формы жизни и тоже наслаждаемся, таким образом, правом на жизнь. Среди вышеперечисленных основополагающих тезисов доктрины Наэсса третий тезис устанав-

⁸ Kant, *Métaphysique des moeurs*, t. 2, traduit par Alain Renaut, Paris, Flammarion, série G.F., 1994, p. 273–274, cf., p. 274–276.

ливаает естественные границы нашего права на жизнь и нашего права удовлетворять жизненно важные потребности. Четвёртый тезис налагает на нас обязательство уменьшить человеческое присутствие ради прав внечеловеческих созданий. Однако мы утверждаем, что Наэсс не даёт нам никакого критического критерия относительно исполнения этого обязательства.

Кроме того, имеются многочисленные материалы по праву и теории права, которые развивают идеи глубинной экологии и для которых тема перемещения центра тяжести от человека в сторону прав одушевлённой природы является общим местом.

3. Критика доктрины Наэсса

Приходится с удивлением констатировать, что доктрина глубинной экологии и не предлагает никакого практического решения, и не руководит человеком в том этическом выборе, который он должен делать. Действительно, никоим образом она не может руководить или просвещать социальные силы в области политики, к которым относится обязанность принимать решения. Скорее эта доктрина подтверждает то, что всегда представляло собой проблему Спинозизма и стоицизма, а именно переход мудреца на гностическую алхимическую позицию, куда он и посвящённые удаляются от шума этого надоедливового мира⁹. Теория глубинной экологии в том, виде как она развита Наэссом, конкретизируются в экософском отречении человека перед природой.

Единственное предложение, которое, однако, нереализуемо, состоит в том, что человек удаляется с привилегированного места, занятого в силу своего самопровозглашённого статуса, и оставляет природу как она есть. Любой выбор человека сводится к этому экософскому самоотречению как метафизическому доказательству мудрости. Глубинная экология терпит неудачу в своих попытках

⁹ Можно провести параллель между восхищением Наэсса этической космологией Ганди и глубинной экологией. В особенности, что касается перспективы удаления мудреца от мира. На самом деле, нельзя не удивляться оценению и бездействию Ганди по отношению к политическим событиям в Индии в 1947 г. во время кровопролития, развернувшегося на его глазах, тогда как исключительно Ганди обладал необходимыми полномочиями, чтобы остановить или ограничить это кровопролитие. Оценению Ганди можно сравнить с непрактичной позицией глубинной экологии, которая оставляет область действия социальных сил на произвол их собственной логики. Арн Наэсс является автором нескольких книг об «этике» Ганди: A. Naess, *Gandhi and the Nuclear Age*, Totowa, Bedminster Press, 1965, *id.*, *Gandhi and Group Conflict An Exploration of Satyagraha, Theoretical Background*, Oslo, Universitetsforlaget, 1974.

предоставить критерии для разрешения со всей ответственностью неизбежных конфликтов между жизненными интересами различных живых существ. То обстоятельство, что каждый должен любить себя, осознать себя и своё место во вселенной уводит наше внимание от наших обязанностей в вопросах экологии. Поскольку глубинная экология подчёркивает полное «экоософское» равенство между всеми существами, а также зависимость человека от неодушевлённой природы, он должен боготворить природу квазирелигиозным образом. Эта философия, направленная на чувствительность, сознание и ментальность «элиты мудрых» не даёт никакого практического решения. Следовательно, это течение никогда не сможет руководить нашими действиями.

Бентам, утилитаризм и животные как субъекты права

Рассмотрим теперь доктрину утилитаризма, разработанную Джереми Бентамом, и более конкретно его концепцию животного как субъекта права.

1. Права и утилитаристское обоснование

Если мы полагаем, что ссылка на естественные науки, представленная в мысли Наэсса, является идеологической ширмой, то утилитаризм мы, напротив, рассматриваем как более реалистичное направление в силу предпринятых им попыток создать принципы, руководящие человеческими действиями, основанные на парадигме современной науки. Утилитаризм претендует на научность, и его принципы выражают так называемую научную точку зрения. Как нам представляется, значение утилитаризма состоит в его научном характере, который порождает парадигму животного как субъекта права.

Напомним кратко основы юридического утилитаризма в том виде, как он был развит Бентамом¹⁰. Согласно ему, человек всегда стремится увеличить собственное удовольствие и избежать страдания и боли. Он подчиняется естественному физическому господству, которое заставляет его стремиться к увеличению собственного удовольствия и, соответственно, избегать, или как минимум, уменьшать свои страдания и боль. Это основополагающий принцип, руко-

¹⁰ Jeremy Bentham, *Déontologie ou science de la morale*, dans *Œuvres*, t. 4, Aalen Verlag, 1969. Это репринт брюссельского издания 1834 г.

водящий всеми человеческими поступками. Поскольку сфера объяснения юридического утилитаризма, находится, согласно Бентаму, в физической природе человека, следовательно, мы можем научно измерить уровень удовольствия и страдания, что позволяет получить веский аргумент в пользу права. Очевидно, что Бентам уходит таким образом от всех затруднительных вопросов, которые волнуют практическую философию.

Мы знаем, что страдание и удовольствие, однако, не являются присущими исключительно человеку, но являются общими для всех существ, имеющих развитую нервную систему, что и имеет место в случае с животными. Мы можем уже в принципе утверждать, что животное царство (включая человека) должно регулироваться тем же принципом. Бентам и приходит к этому заключению. Ссылаясь на освобождение чёрных рабов во Франции, он утверждает, что животные имеют те же права, что и други е создания (включая человека) и что только обскурантизм не даёт нам включить юридическое освобождение животных в русло юридического освобождения человека: «...подлинный вопрос в том, могут ли они страдать? Могут ли они получать удовольствие? Кто возьмётся прочертить эту непреодолимую линию, которая разделяет различные виды животных, начиная с человека, спускаясь ниже и ниже до самого простого создания, способного отличать страдание от наслаждения? Различие должно быть установлено по способности разума или способности речи? Но лошадь или собака несравненно более рациональные и общительные существа, чем младенец в возрасте одного дня, одной недели или даже одного месяца. Но предположим даже, что верно обратное. Что это даёт? Вопрос не в том, могут ли они рассуждать или могут ли они говорить, но в том, могут ли они страдать»¹¹. Прочитируем также заключение: «Конечно, было бы весьма желательно, что какой-нибудь доброжелательный моралист взял животных под свою защиту, и потребовал, чтобы их права защищались законом и сочувствием добродетельных людей»¹².

Мы не можем не удивляться логике и связности аргументов Бентама, который остаётся верен своим логическим посылкам, которые он считает научными. Никакого колебания насчёт последствий. Но может ли он признать, что подавляющее большинство людей как его времени, так и нашего, имеет сложности с призна-

¹¹ Jeremy Bentham, *Déontologie ou science de la morale*, dans *Œuvres*, t. 4, *op. cit.*, p. 9.

¹² Bentham, *ibid.*, p. 9.

нием за животными прав, прав, собственно говоря, не зависящих от человека? Даже если Бентам ратует за законодательство о защите животных, чтобы обеспечить их благополучие, важно то, что он рассматривает это законодательство как признание прав животных¹³. Как бы то ни было, бентамистская мысль представляет собой школу морально-правовой мысли. Таким образом, мы можем изучить аргументы современных сторонников этой мысли¹⁴.

Животные страдают так же, как и мы, и даже страдают от нас. Эта тема, интенсивно разрабатываемая в сочинениях о правах животных, как раз и поднимает острый вопрос о научных экспериментах, а именно: миф о вивисекции¹⁵ или ужасах промышленного разведения скота: маленьких клеток, питания с удобрениями, отсутствия солнца и свежего воздуха и т.п. Человек не соблюдает равенства с правами животных и в силу эгоизма или эгоцентризма нарушает их права. Вот урок, который необходимо извлечь из этих сочинений. Конечно, имеются и темы для разногласий между сторонниками прав животных. Одни полагают, что человек не имеет права нарушать права животных, за исключением необходимой обороны, и что он должен перейти на вегетарианство как можно быстрее. Другие утверждают, что плотоядность человека может оправдать нарушение прав животных и что человек может убивать их для своего пропитания. Однако человек не может быть признан единственным «животным», имеющим статус субъекта права, как показывает эта острая критика так называемого «specisme»¹⁶: «Человек создал в животном мире произвольную иерархию, которой не существует в природе, принимая во внимание только свои собственные потребности. Эта антропоцентристская иерархия ведет к specisme, который представляет собой различное отношение к разным биологическим видам...»¹⁷

¹³ Bentham, *ibid.*, p. 9.

¹⁴ Georges Chapouthier, *Les droits de l'animal*, Paris, PUF(Que sais-je? n° 2670), 1992; *id.*, *Au bon vouloir de l'Homme*, Paris, Denoël, 1990, *id.*, «Les droits de l'animal, entre les droits de l'Homme et ceux de l'environnement», dans *Raison présente*, n° 106, 1993, p. 81–89. Franfois Armengaud, «Animalité et humanité», dans *Encyclopaedia Universalis, Symposium: Les Enjeux*, Paris, 1989, p. 19–30. Критику см. у Janine Chanteur, *Du droit des bêtes à disposer d'elles-memes*, Paris, Seuil, 1993. Обзор юридической защиты животных см. у: Jean-Pierre Marguenaud, *L'animal en droit privé*, Paris, PUF, 1992.

¹⁵ G. Chapouthier, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶ Теория об иерархии видов живых организмов. — Примеч. пер.

¹⁷ Французская лига прав животных, *L'esprit de la déclaration universelle des droits de l'animal*, dans G. Chapouthier, *op. cit.*, p. 122. Критику см. у L. Ferry, *op. cit.*

Иначе говоря, человек нарушил принцип равенства со всей остальной природой. Исходя из этого основополагающего принципа, уже проследивается политический принцип: нужно освободить животных. К тому же это освобождение составляет смысл существования различных движений за права животных¹⁸. Однако, обратите внимание! Освобождение, о котором идёт речь, никоим образом не мыслится в физическом плане (например, открыть клетки, чтобы выпустить кроликов), а скорее в правовом плане. Это освобождение мыслится в юридическом ключе, путём полного и безоговорочного предоставления животному правового статуса и признания равенства всех субъектов права. Эту идею мы находим уже в ранее цитированном тексте Бентама, однако его современные сторонники значительно её усиливают. Вышеуказанное освобождение рассматривается как продолжение борьбы за юридическое освобождение протестантов, рабов, рабочих, женщин, меньшинств и т.д. Это освобождение мыслится в свете переустройства юридического и политического пространства нашего времени. Для защитников прав животных следующий этап — освободить мир животных и признать за ним такие же права.

2. Утилитаризм и ненаучное заблуждение

Следует признать, что движение в защиту животных основывается на парадигме утилитаризма¹⁹, одного из наиболее влиятельных течений правовой современности. Следовательно, было бы ошибочно отмахиваться от защитников прав животных, рассматривающих последних как отсталых детей как в мультфильмах Уолта Диснея²⁰. Аргументация этих людей весьма логична, и видимость научности также работает на это. Это движение вписывается в символизм современности. Однако мы критикуем исключительно аспект «научности», поскольку он служит только тому, чтобы устранить любое обращение к проблемам практической философии права, а именно, что только человек может как абстрактно, так и на практике свя-

¹⁸ Peter Singer, *Animal Liberation*, Avon books publisher, 1975.

¹⁹ См.: *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, P. Gérard, F. Ostet M. Van de Kerchove, Editeurs, Bruxelles, FUSL, 1987. Напомним, что H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Fusl, 1976, находится под существенным влиянием бентамизма. О Бентаме и праве см.: M. El Shakankari, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, LGDJ, 1970.

²⁰ О современном антропоморфизме см.: John S. Kennedy, *The New Anthropomorphism*, Cambridge University Press, 1992.

зывать свои действия нормами. Утилитаризм, таким образом, основывается исключительно на ненаучном заблуждении. Наличие или отсутствие страдания или счастья является лишь физиологическим аспектом, и деятельность, направленная на уход от страдания, является только принципом, который человек создаёт себе сам.

Переживание животными страдания и удовольствия представляет собой этический аргумент, укоренившийся в нашей культуре. Этот аргумент соответствует критериям, принципам и правилам, которые мы сами для себя приняли, и применение которых к животному царству кажется нам совершенно приемлемым, поскольку мы создаём эту этическую связь, которая соответствует нашей нормативности. Таким образом, животные не имеют прав. Существует, напротив, права животных, которые мы создали для них актами культуры, также как для себя.

Сэрр и природный договор

Мишель Сэрр выступает с требованием природного договора, который обеспечил бы природе (как одушевлённой, так и неодушевлённой) статус субъекта права. Если два течения, проанализированных выше, занимаются преимущественно одушевлённой природой, то что касается Сэра, он занимается скорее природой в целом. Успех его книги «Природный договор» во многом удивителен, хотя и может быть объяснён тем обстоятельством, что он тронул общественность своим призывом к новому экологическому порядку²¹. Хотя мы и склонны квалифицировать сэррианскую мысль как романтическую, этот романтизм существенно отличается от немецкого постгегелевского юридического романтизма, в котором мы также находим утверждение о том, что природа является субъектом права²².

1. Природный договор и эстетическая мысль

В начале укажем, что принцип природно-правового романтизма Сэрра — это мысль, эстетствующая по своей природе. Природа рассма-

²¹ Michel Serres, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, 1992. Première édition : Paris, Éditions François Bourin, 1990. См.: Denis Dumas, «Peut-il y avoir un contrat naturel? La raison moderne au tribunal de l'écologie», dans *Dialogue*, vol. 31, 1992, p. 295–310. Jean Goulet, «Contrat naturel pour un voyage dans l'environnement, sous la direction de Michel Serres», dans *Revue générale de droit*, vol. 22, 1991, p. 235–241. Michel Lacroix, « La morale écologique et le contrat avec la nature », dans *Raison présente*, n°106, 1993, p. 92–104.

²² J.W. Goethe, *Zur Naturwissenschaft*, org. 1823.

тривается в контексте эстетической рациональности в противоположность рациональности инструментальной, которая рассматривается одновременно как извращённая, но характерная для юридической современности. Для Сэрра эта инструментальная рациональность политически представлена в капитализме, в эксплуатации человека человеком, индустриально неразвитых стран развитыми и т.д. Эстетическая мысль, развитая Сэрром направлена на то, чтобы рассматривать природу как нашу мать-кормилицу, как нашу универсальную матрицу, а людей — как неблагодарных сыновей и дочерей. С одной стороны, есть природа со своей красотой, добротой и верностью, и с другой стороны, человек со своим эгоизмом, его незнанием другого.

Эстетствующая мысль Сэрра приглашает нас юридически примирить человеческое существование с существованием природы.

«Итак возврат к природе! Это означает переход от исключительно общественного договора к природному договору о симбиозе и взаимности, когда в нашем отношении к вещам мы откажемся от господства и обладания в пользу восхищённого слушания, взаимности, созерцания и уважения, когда знание более не предполагает ни права собственности, ни акта господства, ни ужасных результатов и условий. Договор о перемирии в объективной войне, договор симбиоза — симбионт признаёт право хозяина»²³.

«Право собственности и господства сводится к паразитизму. Напротив, право симбиоза определяется взаимностью: сколько природа даёт человеку, столько же человек даёт ей, ставшей субъектом права»²⁴.

Кажется, всё сказано. Природа, согласно Сэрру, должна стать субъектом права. Новое соглашение должно быть заключено между человеком и природой. Это соглашение должно быть светским, как к тому обязывает современность, где человек сделавший эстетическое видение природы перспективой своего выбора, устанавливает общее с природой юридическое основание. Поскольку, уточним, природа мыслится в данном случае не как обладающая правами, но скорее как заслуживающая рассмотрения в качестве субъекта права. Именно в договоре о перемирии человек признаёт право природы.

Своей метафорой «природного договора» Сэрр делает ссылку на «общественный договор» философов, которые ввели эту символику в право. Воспринимая этот образ юридической современности для

²³ Michel Serres, *Le contrat naturel*, *op. cit.*, p. 67.

²⁴ *Ibid.*, p. 67.

изобретения договора с природой, Сэрр обращается к эстетической мысли: «...сама суть прекрасного в том, что нет ничего более прекрасного, чем мир, ничто прекрасное не появляется без этого дарителя всякого великолепия»²⁵. Природа является дарительницей прекрасного и этим даром молчаливо подписывает договор с людьми. Именно это восприятие прекрасного составляет объяснение подписания договора²⁶. Отсюда — метафора общественного договора как вклада в изменение сознания. Отсюда же постоянное искусственное сползание Сэрра к неясному использованию «природоцентристского» и «антропоцентристского» языка.

Сэрр в том, что касается права, ссылается на новую эстетическую «ответственность»²⁷. Природа в силу своей красоты, щедрости и верности требует, чтобы мы рассматривали её в качестве субъекта права, требующего положенного ему. То есть необходимо не просто уважать природу как место проживания человека, но так же как симбиотическое место. Это означает, что мы не должны рассматривать загрязнение природы как загрязнение для человека или как препятствие к его наслаждениям, но как загрязнение природы частью природы, как акт измены, совершённой человеком по отношению к своей матери-кормилице.

2. Эстетствующее безрассудство

Хотя мы можем положительно отозваться о метафоричности образа природного договора, однако сама теория кажется нам неприемлемой²⁸. Сила теорий, относящихся к «общественному договору» отсылает нас к идее договора, свободно заключённого индивидами и который основывается на парадигме автономии воли. Природа находится за этой гранью, поскольку область природы находится вне области свободы. Есть только человек, который утверждает себя в качестве субъекта права и утверждает природу в качестве объекта этой свободы.

Таким образом, эта консенсуалистская концепция повлияла на модель современности, которая была завещана нам философа-

²⁵ M. Serres, *op. cit.*, p. 45.

²⁶ Michel Serres, «Michel Serres, la traversée des savoirs», entretien avec François Ewald, dans *Magazine littéraire*, n° 276, avril 1990, p. 102.

²⁷ См. также: Hans Jonas, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Cerf, 1991 et H. Jonas et J. Greisch, «De la gnose au Principe Responsabilité. Un entretien avec Hans Jonas», dans *Esprit*, mai 1991, p. 5–21.

²⁸ Serge Gutwirth, «Autour du contrat naturel», dans Gérard, Ost et Van de Kerchove (éds); *Images et usages de la nature en droit, op. cit.*, p. 119.

ми XVII–XVIII столетий. Мы должны, таким образом, настаивать на том обстоятельстве, что «монологизм»²⁹, который был одним из проблематичных аспектов этой модели, утверждается здесь как усугубляющийся философский недостаток. «Монологизм», введённый философами, занимавшимися данной проблемой (к которым также относятся те, кто ввёл понятие «общественный договор») встречается здесь как сознание или ментальность, которое устанавливает для себя нормы и права путём эстетствующего монолога сознания.

Рационализм, характерный для века Просвещения, заменяется неограниченным эстетическим «эмотивизмом», который, к тому же, только и делает, что поднимает вопрос о дихотомии между красотой природы и загрязнением, вызванным человеком. Сужение перспективы человеческого действия и риск безразличия перед сложностью социальных и гуманитарных проблем являются последствиями этого течения.

Стоун и природа, рассматриваемая как субъект права

Последнее течение, которое мы хотим проанализировать, было развито американским юристом Кристофером Д. Стоуном в начале 1970-х гг., в статье «Должны ли деревья иметь статус? К созданию законных прав природных объектов» («*Should Trees Have Standing? — Toward Legal Rights for Natural Objects*»)³⁰.

1. Антропоморфизировать природу как субъект права

Мы можем квалифицировать мысль Стоуна как прагматическую. Так же как и в прагматизме философском, особенно в прагматизме Пирса, Джэймса и Дьюи истинность и смысл этой теории не в каком-либо «обосновании», а скорее в последствиях, к которым может привести эта мысль в понимании окружающего нас мира. У Стоуна, право природы мыслится не в соответствии с философией природы (как в современной космической мысли), и не как «на-

²⁹ От слова «монолог». — примеч. Пер.

³⁰ Christopher D. Stone. «Should Trees Have Standing? — Toward Legal Rights for Natural Objects», dans *Southern California Law Review*, vol. 45, 1972, p. 450–501. Опубликована как книга в 1974, Los Altos, Californie. Compare: *id.*, «Should Trees Have Standing? Revised: How Far will Law and Morals Reach?», dans *Southern California Law Review*, vol. 59, n°1, 1985, p. 1–154 et *id.*, «Comment. Legal Rights and Moral Pluralism», dans *Environmental Ethics*, vol. 9, fall 1987, p. 281–284. См. также: *id.*, *Earth and Other Ethics: the case of Moral Pluralism*, 1987.

укообразная» мысль (как в утилитаризме), и не в соответствии с эстетической мыслью (как в романтизме), но согласно самому благодетельному аргументу. Мы выиграем от рассмотрения природы как субъекта права. Таков смысл этого течения. К тому же, в основном это философы права, которые пожелали развить эту мысль³¹.

Существенная черта этого течения в том, что оно основано на конкретном судебном деле. Чтобы понять главные тезисы, мы должны уделить некоторое внимание этому делу.

В 1970 г., предприятие Уолта Диснея получило разрешение на использование неосвоенной долины Минерал Кинг Вэллей в горах Сьерра-Невады, чтобы построить там оздоровительный центр, оснащенный гостиничными заведениями, ресторанами и т.д. Экологическая группа «Сьерра Клуб» предъявила иск против такого строительства, но Федеральный Суд отказал в иске, поскольку группа не обладала правомочиями предъявлять иск в суде для защиты интересов этой неосвоенной долины. Прежде чем дело было рассмотрено в федеральном Верховном Суде, в поддержку «Сьерра Клуб» выступил Стоун со своей статьёй «Должны ли деревья иметь статус? К созданию законных прав природных объектов».

Аргумент Стоуна состоит не в том, что долина имеет права в онтологическом или моральном смысле, а в том, что она должна рассматриваться человеком юридически и такое рассмотрение предполагает, что мы рассматриваем природу как обладающую правами. Здесь можно провести аналогию с изменениями, произошедшими в национальной экономической науке, где стали признавать гипотетическую ценность за «девственными» экономическими ресурсами. Национальная экономическая наука вплоть до недавнего времени учитывала исключительно человеческую экономическую активность, измеряя производительную способность для данного рынка. Это привело к весьма печальному результату: чем больше было загрязнения, тем более существенным был валовой национальный продукт. Так, загрязнённое поле могло стоить дорого, тогда как непроизводительное поле, находящееся вне экономического оборота, ничего не стоило. Этой аномалии в некоторых национальных системах учёта стали уделять внимание, начиная с недавнего времени. Стратегия аргументов Стоуна состояла, таким образом, в том, чтобы убедить нас, чтобы в нашем интересе юридически «учитывать» природу, настаивая на том обстоятельстве, что

³¹ С полным основанием Bernard Edelman и M.A. Hermitte могут с определёнными оговорками подписаться под данным подходом. См.: *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Bourgeois, 1988.

юридическая наука исторически прибегала к юридическому антропоморфизму для разрешения проблем, проистекающих из экономических или политических нововведений.

Смысл юридического антропоморфизма в том чтобы приписать юридическое качество человека, или, в частности, воли неиндивидуализированным сущностям. В этом смысле, любая попытка приписать природе юридическое качество была бы на самом деле антропоморфичной. Итак, Стоун напоминает нам ещё раз, что мы использовали эту технику для объяснения, как торговые товарищества или государства могут принимать на себя юридические обязательства и быть ответственными за экономический, политический и прочий порядок, на том же основании, что и физические лица. К тому же наше современное законодательство основывается на антропоморфной тенденции — современное право должно выражать волю: волю нации, волю народа. К тому же эта мысль находится в рамках юридической методологии, которая ссылается на эту волю законодателя для толкования законов. В таком случае, почему бы не использовать эту технику юридического антропоморфизма, особенно когда последствия благоприятны для всех?

Конкретно Стоун предлагает антропоморфизировать природу до такой степени, чтобы это позволило нам юридически решить одну проблему, а именно современную проблему отношений человека и природы и, особенно проблему, вытекающую из уничтожения природы в пользу культуры. В этом конкретном деле, которое интересует Стоуна, деле Минерал Кинг Вэллей, это означает, что нам следовало бы предоставить долине возможность выступать в суде. Это позволило бы нам разрешить проблему наиболее приемлемым способом, а именно в соответствии с юридической процедурой, где могут быть представлены все интересы. То обстоятельство, что природа рассматривается как субъект права позволило бы, согласно Стоуну, сделать эффективным юридическое разбирательство, мировое соглашение или просто специфические меры, учитывающие права природы в деле, к которому она причастна. Однако, каким образом было бы возможно назначить кого-нибудь, кто обладал бы возможностью выступать в суде, когда речь идёт о защите природы? Согласно Стоуну, необходимо было бы, чтобы «друзья» природы могли обращаться в суд, чтобы назначить опекуна или попечителя, который мог бы юридически её представлять. Именно этот опекун являлся бы обладателем «права» и выступал бы от имени природы³².

³² Безусловно, именно практическая заинтересованность в результате склонила троих судей Верховного суда США (четверо против, двое воздержалось) при-

2. Вопрос о правах или о демократии?

Конечно, мы можем поддержать решение о назначении опекуна для защиты прав природы, но это опекун должен был бы, как нам представляется, действовать в соответствии с выбором, отражающим публичное обсуждение, а не в соответствии с чисто юридическим процессом. На самом деле, мы полагаем, что сегодня только публичное обсуждение может привести к созданию желательных отношений между человеком и природой. Но Стоун исключает любое публичное обсуждение по поводу применимых критериев. Итак, проблемы касающиеся отношений между человеком и природой должны, как минимум со стороны человека, обсуждаться публичным образом. На самом деле, решение Стоуна упраздняет политику, касающуюся выбора, юридизируя этот выбор, не проясняя при этом ни на йоту, что мы должны делать или на что заинтересованные лица не должны давать согласия, если только этот выбор не обсуждается публично. Мы хотим подчеркнуть, что решение Стоуна ведёт к индивидуализации проблем окружающей среды. В этом же ходе рассуждений, мы можем также распознать этический недостаток, касающийся норм, которые должен применять опекун. Мысля природу как субъект права и в соответствии с моделью «прав» (rights), правовое действие как нормативное действие отбрасывается, если не сказать вбрасывается в бюрократическую институционализацию (как это часто бывает с различными видами омбудсменов или посредников, где только ощущение (или предчувствие) срочности руководят действиями опекунов). Таким образом, суть проблемы, отношения между человеком и природой, является не столько вопросом «права», сколько вопросом «общего» выбора.

Если мы согласимся с тем, что мы вправе рассматривать юридические нормы, касающиеся отношений между человеком и природой, как сформулированные публично, сама модель Стоуна вполне приемлема. На самом деле, только человек может действовать и устанавливать нормы. Мы можем с лёгкостью назначить юридическое лицо опекуном природы, однако такой опекун должен применять демократические нормы, демократически выбранные теми, кто может устанавливать эти нормы. Следовательно, мы должны организовывать проведение публичного обсуждения прав приро-

нять аргументацию Стоуна. Упомянём, что почтенный судья Дуглас, один из ярких представителей радикальных судей, назначенных президентом Рузвельтом, и представитель правового реализма, был выразителем мнения меньшинства, которая признала природу субъектом права.

ды, которое привело бы скорее к «общему», «социальному» выбору, чем к строго юридическому и политическому праву.

Итак, факт рассмотрения природы в качестве субъекта права, как это делает Стоун, подразумевает глубокое знание правовой системы. Кроме того, этот подход к пониманию различных социальных проблем, то есть подход рациональный и юридический, находится в рамках способа мышления, характерного для международного права. На самом деле, в нём широко представлена эта идея относительно правового статуса, который должен быть предоставлен Антарктике, как «общечеловеческому достоянию», морю, генетическому достоянию Земли и другим сущностям того же рода. С другой стороны, некоторые вообще задумываются о международных организациях, подведомственных Объединённым нациям, которые обладали бы полномочиями управлять этим «общим имуществом», чтобы действовать в качестве опекунов. Однако внутри самой этой организации «опекунов», различные нации и различные интересы должны обладать возможностью определять «правовую» политику, которой в последующем необходимо следовать.

Заключение

Как видим, ни одно из четырёх движений, требующих права для природы (одушевлённой или неодушевлённой) не смогло развить приемлемых положений. Этот философский недостаток объясняется, прежде всего, обесцениванием практического разума, а также отказом от теории различения сфер пригодности.

Право мыслится вне всякой этики (и даже в противоположность ей), включённой в практическую философию, где наше социальное поведение строится в соответствии с нормами, которые мы разработали для руководства нашим выбором и решениями.

На самом деле, эти четыре модели, которые мы только что проанализировали, являются лишь тупиками или просто псевдорешениями, загораживающими наш этический горизонт и затрудняющими наш выбор. Образ природы как субъекта права является лишь «магическим решением», которое уводит от сложности, присущей межсубъектным отношениям людей и людей и природы. Требование, чтобы природа стала субъектом права, свидетельствует, таким образом, о неприемлемом обесценивании практического разума.

Что касается упразднения требования различения сфер пригодности, можно сформулировать следующий вывод: четыре про-

анализированных нами течения мысли втискивают вопрос о праве в рамки холистической мысли. Право рассматривается не как нечто, присущее человеку, а как элемент, входящий во всё холистическое, как мысль, которая охватывает человека, животных и природу в качестве элементов, тесно взаимосвязанных естественным образом, и в силу самого этого факта, никак не связаны юридически.

Итак, как мы уже отметили во введении, холистическая концепция права, охватывающего природу, не нова. На самом деле, это правовая мысль, относящаяся к досократовской традиции западного права, и которую мы находим в более или менее аутентичном варианте во многих концепциях права незападного типа, в различных формах традиционного права американских индейцев, например. Речь идёт о концепции, которая не разграничивает различные требования пригодности, о концепции, где «все может быть приемлемо или может определять приемлемость. Эта концепция права, таким образом, противопоставляется той модели, которую мы привыкли рассматривать как «западную», а именно права, созданного на основе различения между тем, что может рассматриваться в качестве истинного, справедливого и прекрасного. Мы можем констатировать, что ни одна из этих концепций, требующих или признающих, что природа должна быть субъектом права, не соответствует требованиям практической философии по причине отказа от теории дифференциации и обесценивания практического разума, который сопровождает эту теорию.

Новый Гражданский кодекс Квебека и права человека: парадигма нового «общего права»*

Гражданский кодекс Нижней Канады (1866) создавался под влиянием Французского гражданского кодекса. Когда в 1991 г. был принят Гражданский кодекс Квебека, вступивший в силу в январе 1994 г., многие положения были заимствованы из предыдущего кодекса и обновлены. Если в прежнем кодексе и содержались некоторые положения, касавшиеся вопроса о правах человека, то мы не можем утверждать, что его авторы ставили этот вопрос во главу угла. Напротив, в Гражданском кодексе Квебека 1991 г. правам человека уделяется особое внимание. Как мы увидим, духом прав человека пропитано содержание большинства его норм, в своей совокупности выражающих парадигму нового квебекского «общего права».

Цель нашего исследования состоит в анализе произошедших изменений, следствием которых стало повышение значения парадигмы «общего права», синтезирующей гражданское право и права человека. Точнее, мы предполагаем осмыслить то содержание, которым наделяется в новом Гражданском кодексе Квебека понятие прав человека, и исследовать ту гражданско-правовую модель, в рамках и на основе которой реализуются права человека. Так мы подойдем, используя для этого соответствующие методологию и категориальный аппарат, к проблематике философии права, к вопросу о доктринальном описании права.

* Перевод с французского языка выполнен к.ю.н., доцентом В.А. Токаревым по изданию: Melkevik Bjarne. *Le nouveau Code civil du Québec et les droits de l'homme: le paradigme d'un nouveau «droit commun»* // Melkevik Bjarne. *Considérations juridico-philosophiques*. Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005. P. 103–118.

Впервые опубликовано: *Le nouveau Code civil du Québec et les droits de l'homme: le paradigme d'un nouveau droit commun* // J.L. Chabot, P. Didier, J. Ferrand (eds.). *Le Code civil et les Droits de l'Homme. Actes du colloque international de Grenoble le 3 et 4 décembre 2003*. Paris: L'Harmattan, 2005. P. 403–416.

Впервые на русском: *Правоведение*. Известия ВУЗов. 2012. № 2. С. 64–78.

Прежде всего, надо прояснить мотивы сделанного нами семантического выбора: если во французском контексте термин «права человека» неразрывно связан с Декларацией прав и свобод человека и гражданина 26 августа 1789 г., а его содержание определяется исторической перспективой (и отчасти правовой), открываемой этим актом, то в квебекском контексте тот же термин отсылает к Хартии прав и свобод личности 1975 г.¹ Она провозглашает права человека (или, как это следует из ее официального наименования, «личности») на уровне современной юридической техники, оформляя классические права и свободы и социальные, экономические и т.д. «притязания» (т.е. «права»). Несмотря на то, что в Квебеке общепринятым считается термин «права личности», отвечающий католической традиции, мы будем использовать термин «права человека» как более точный, нейтральный и имеющий почтенную историю.

Для достижения заявленных целей будем придерживаться такого плана. Во-первых, проведем анализ вводного титула Гражданского кодекса Квебека и парадигмы «общего права», которая стремится согласовать положения Кодекса с концепцией прав человека. Во-вторых, исследуем, как указанная парадигма обнаруживает себя в правовой материи и, если говорить о конкретной отрасли, в трудовом праве. Но предварительно следует сделать несколько замечаний из области философии права, относящихся к проблеме прав человека в контексте цивилистики.

Предварительные замечания

Мы хотели бы обратить внимание на два важных обстоятельства: одно касается напряженности, существующей между концепциями гражданского права и прав человека в Квебеке и в современной юридической культуре в целом; другое относится к контексту, в котором формируется новое квебекское «общее право», примиряющее эти концепции.

Утверждение о существовании интеллектуального напряжения между гражданским правом и правами человека не должно удивлять того, кто имеет хотя бы поверхностное представление о предпосылках современной правовой реальности. Напомним, что права

¹ Charte des droits et libertés de la personne. L.R.Q. c. C-12 et mod. См.: Henri Brun. Chartes des droits de la personne. Législation, jurisprudence et doctrine. 15^e édition. Montréal. Wilson & Lafleur. Coll. Alter ego, 2002. Это фундаментальный труд, содержащий ценные сведения о квебекской и канадской Хартиях прав и свобод человека.

человека в соответствии с их внутренней логикой обнаруживают свое основание в философии Нового времени, а именно в идее защиты индивида от произвольного вторжения государственной власти в частную сферу. Значение, признаваемое за правами человека, обусловлено их укорененностью в борьбе против абсолютизма, которая велась под лозунгом защиты индивида и его автономных интересов, отличных от государственных интересов. Из этого источника черпает свои силы современная концепция прав человека, сохраняющая недоверие к государству — основному нарушителю частных интересов и превозносящая интересы индивида как принадлежащие ему привилегии. Такую идеологию, очевидно, олицетворяет собой Дж. Локк².

Конкретизируясь в зарождающемся конституционализме и достигая в нем своего апогея, она интегрирует идею прав человека в публичное право. Так, к примеру, первое, что бросается в глаза при чтении Декларации прав человека и гражданина 26 августа 1789 г., это различие «публичного» и «частного». Но там, где положения Декларации имеют прямое отношение к частному праву, как в случае ст. 17, посвященной праву собственности, обнаруживается логика публичного права, в соответствии с которой формулируются эти положения. Достаточно сказать, что ни одна статья французской Декларации прав человека и гражданина не регулирует отношения между частными лицами иначе как под знаком «негативной свободы»; что же касается «позитивной свободы», то она, сохраняясь за частным правом, полностью покрывается «негативной свободой» из арсенала конституционного права. В североамериканских Хартиях, следуя логике *common law*, акцент смещен в сторону частного права, гарантируемого институтом «негативной свободы». Наиболее ярким примером служит Билль о правах 1776 г., предвосхитивший французскую Декларацию.

Концепция прав человека формируется с XVIII и вплоть до XXI века в русле западного конституционализма, находясь в зависимости от публичного права. Это эпоха торжества логики, согласно

² John Locke. *Deuxième Traité du gouvernement civil*. Paris. Vrin, 1977 (original: 1791). Примечательны следующие суждения Локка: «Гражданские законы разных стран оправданы настолько, насколько они соответствуют требованиям естественного права» (р. 81); «Итак, люди осознали, что им необходимо тщательно изучить вопрос о происхождении государства и их прав, чтобы обнаружить средство для обуздания самодурства и предотвращения злоупотреблений, совершаемых той властью, которой они поручили стоять на страже их интересов и которая действует вопреки им» (р. 140).

которой над частными актами и отношениями находятся публичные нормы, в свою очередь, как юридические нормы, подчиненные строгой иерархии. Успех нормативизма в XX столетии, «научно» описавшего право в виде пирамиды норм, объясняется продолжением существовавшей до него традиции³. В результате выкристаллизовывается идея иерархии норм, которая, с одной стороны, отдает приоритет публичному, или конституционному, праву, а с другой — провозглашает неприкосновенность частных отношений, автономия которых должна быть надежно защищена от вторжений со стороны публичного порядка. Что касается последнего тезиса, то в подобных рассуждениях обнаруживаются пробелы, когда ставится проблема интерпретации возможного влияния идеи прав человека на гражданское право. В попытках найти ее решение, часто неудачных, заметно намерение мыслить категориями «опосредованного» («mittelbare») и «непосредственного влияния третьего лица» («unmittelbare Drittwirkung»), взятыми из немецкой цивилистики (как наследницы нормативизма)⁴, или просто видеть здесь «побочный эффект»⁵ (подход common law), что только подтверждает наличие проблемы.

Все сказанное выше подводит нас к вопросу, касающемуся квебекской юридической культуры⁶. Не углубляясь в историю правовых учений Квебека⁷, подчеркнем, что отправной точкой для новой

³ Hans Kelsen. *Théorie pure du droit*. 2^e édition. Neuchâtel. La Baconnière, 1988. См. также: Carlos M. Herrera. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. Paris. Kimé, 1997; *его же* *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec. Les Presses de l'Université Laval. Coll. «Dikè», 2004.

⁴ Kara Preedy. *Fundamental Rights and Private Acts — Horizontal Direct or Indirect Effect? — A Comment // European Review of Private Law*. 2000. N° 1. P. 125–133.

⁵ Beverley McLachlin. *Bills of rights in common law countries // ICLQ*. Vol. 51. Avril 2002. P. 197–204: «Canadians made the choice to confiner the Charter's application to laws and government action. The Charter was not to apply to the private sphere. Contracts, torts and the whole of the common law were therefore outside the ambit of the Charter» (p. 198). По вопросу о взаимоотношении common law и Хартии он отмечает: «...What happens in Canada in most cases where a law is found to be inconsistent with the Charter, is that it is either brought into conformity through interpretation or reading up or down; (...); or the Court ensures through transitional common law guidelines that pending amendment, justice is done» (p. 202). См. также: Frances Raday. *Privatising Human Rights and the Abuse of Power // Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XIII. N° 1. 2000. P. 103–134.

⁶ См.: B. Melkevik (dir.). *Transformation de la culture juridique québécoise*. Québec. Les Presses de l'Université Laval, 1998.

⁷ См. подробнее: B. Melkevik. *Penser le droit québécois entre culture et positivisme: Quelques considérations critiques et La philosophie du droit au Québec: dével-*

кодификации стала констатация утраты Кодексом Нижней Канады (1866) «веса», символической ценности и способности к обновлению. После принятия Акта о Квебеке (1774) common law получило преимущество перед французским правом, и нетрудно заметить, как оно, влияя на форму и содержание права, продвигалось вглубь территории, закрепленной за гражданским правом. При этом смещение в квебекском праве common law (публичное право, конституционное право, уголовное право и т.д.) с цивилистической традицией не меняло сути происходившего процесса⁸. Главным образом, цивилистическая традиция была ослаблена идеологией конституционализма, победившей в Квебеке в 1970 г. Логика «патернализма» (или чаще всего «матернализма»), используемая для оправдания регулирования отношений «сверху», игнорировала цивилистическую традицию, ставившую акцент на воле контрагентов. Поэтому к 1991 г. квебекская цивилистическая традиция — плоть и кровь гражданского права — пришла в упадок⁹.

Резюмируя, можно предположить, что в новой модели квебекского права нашли свое выражение следующие требования:

1. Восстановить в квебекском контексте динамизм и жизнеспособность гражданского права по отношению к окружающему его common law.

2. Утвердить перед лицом «всесилия» канадского конституционализма в условиях отсутствия Конституции Квебека автономию (и подлинное значение) гражданского права¹⁰.

oppements récents // *Réflexions sur la philosophie du droit*. Québec. Les Presses de l'Université Laval. Paris. L'Harmattan. P. 177–208.

⁸ См.: Maurice Tancelin. Comment un droit peut-il être mixte?, dans Frederick P. Walton. *Le domaine et l'interprétation du Code Civil du Bas Canada*. Toronto. Butterworths, 1980. P. 1–32. См. также: Robert Garron. *Le droit mixte. Notion et fonction // La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les systèmes juridiques de Common Law et de Droit civil. Groupement de recherches coordonnées «Océan Indien» du C.N.R.S. Aix-Marseille. Presses de l'Université d'Aix-Marseille*, 1989. P. 103–118.

⁹ Sylvio Normand. Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: la sauvegarde de l'intégrité du Droit civil // *Revue de droit de McGill*. 1987. 32. P. 559–601. См. также: Jean-Louis Baudouin. *Le Code civil québécois: crise de la croissance ou crise de vieillesse // Can. Bar. Rev.* 1966. 44. P. 391–416; Jean-Baptiste Crépeau. *Le droit de la province de Québec // R. du B.* 1964. 24. P. 546–552.

¹⁰ Jacques-Yvan Morin. *Pour une nouvelle Constitution du Québec // Revue de droit de McGill*. 1985. 30. P. 171–220; Marc Brière. *Pour sortir de l'impasse: un Québec républicain!* Montréal. Varia, 2002, или, *idem* *Point de départ!: essai sur la nation québécoise*. Montréal. Hurtubise HMH, 2000. См. также: José Woehrling. *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais, de 1867 à nos jours*. Edmonton. Centre d'études constitutionnelles. Coll.: Points de vue. N°4. 1993.

3. Обеспечить на будущее, учитывая как глобализацию, так и возможные внутренние изменения не только в экономике и культуре, но и в политической сфере, авторитет и стабильность гражданского права Квебека.

Следовательно, новый Кодекс не мог быть разработан по той стандартной модели, которая приемлема для иных кодификаций, т.е. он не мог быть основан исключительно на цивилистической логике, пренебрегая в то же время идеей прав человека¹¹. Другими словами, новая кодификация могла быть проведена только в согласии с требованием нормативного оформления прав человека. Тем более что Хартия прав и свобод личности (1976), по сути, не проводит никакого различия между «публичным» и «частным», разве что когда касается проблем общественной жизни¹², в отличие от канадской Хартии прав и свобод, чья сфера применения ограничена¹³. Учитывая нормативную логику квебекской Хартии, законодатель, таким образом, должен был найти *modus vivendi*, некое компромиссное решение, удовлетворяющее положениям современной Хартии прав и свобод и требованиям новейшего гражданского права, формируемого на основе уважения индивидуальной автономии. Его решение, к анализу которого мы приступаем, отразило интегративную концепцию «общего права».

Парадигма нового «общего права»

Исследуем парадигму «общего права» в том ее виде, как она выражена в Гражданском кодексе Квебека 1991 г., символизируя собой примирение норм гражданского права с постулатами прав человека. Начнем с анализа подхода к ее формулированию в юридическом тексте, чтобы затем внимательнее изучить ее практическое значение.

¹¹ J.-L. Baudouin et Y. Renaud. Code civil du Québec. Code de procédure civile. Montréal. Wilson et Lafleur, 1998. P. 20: «В настоящее время... единственным регионом в мире, где была проведена рекодификация гражданского права, является Квебек». Заметим, что авторы поспешили вынести за скобки реформу нидерландского права, кодификационные работы т.н. «второго поколения» (Италия) и важные изменения, которые произошли в законодательстве Германии, Франции и т.д.

¹² Квебекскую Хартию прав личности по ее юридической форме следует признать законом, наделенным квазиконституционным статусом. По данному вопросу см.: Henri Brun et Guy Tremblay. Droit constitutionnel. 4^e édition. Cowansville. Yvon Blais, 2002. Или: André Morel. La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne // R.J.T. 1987. 31. P. 18 и след.

¹³ См.: решение Верховного Суда Канады по делу Dolphin Delivery Ltd c. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580, (1984) 2 R.C.S. 573. Оговоримся, что Канада взяла за образец Европейскую хартию прав человека и американский Билль о правах.

Одной из отличительных особенностей Гражданского кодекса Квебека следует признать вводный титул, открывающий дорогу парадигме «общего права»¹⁴. Хотя в нем и не было необходимости, вводный титул оказался весьма уместным, обнаруживая тот глубокий смысл, который законодатели (а это и Парламент, и частные лица, и коллективы, трудившиеся над составлением и редактированием Кодекса¹⁵) вдохнули в свое творение. Гражданский кодекс Квебека открывается следующими словами:

«Гражданский кодекс Квебека регулирует правовой статус лиц, отношения между ними, а также правовой статус имущества в соответствии с Хартией прав и свобод личности и общими принципами права.

Кодекс состоит из норм, по своему буквальному содержанию, духу и целям устанавливающих в точных или подразумеваемых выражениях общее право. В рамках предмета своего регулирования он образует основание для других законов, которые могут дополнять его положения или предусматривать исключения из них»¹⁶.

При более внимательном прочтении этого текста становятся понятными сделанные нами выводы о взаимопроникновении цивилистической логики и прав человека.

Во-первых, обратим внимание на декларируемое единство гражданского права и прав человека. Здесь особенно важен второй абзац вводного титула, т.к. если Кодекс «состоит из норм, по своему буквальному содержанию, духу и целям устанавливающих в точных или подразумеваемых выражениях общее право», то именно оно должно всегда согласовываться с первым абзацем, где провозглашается, что Кодекс регулирует гражданско-правовые отношения в соответствии с Хартией прав и свобод личности. Речь идет об универсальном «общем праве», а не о множестве правовых систем.

Во-вторых, остановимся чуть подробнее на презумпции гармонии между классической цивилистической перспективой и правами человека. Напомним, что термин «гармония» заимствован из му-

¹⁴ Alain-François Bisson. La Disposition préliminaire du Code civil du Québec // *Revue de droit de McGill*. 1999. Vol. 44. P. 539-565. По вопросу о подготовительной работе см. подробнее: Jean Pineau. La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec // *Revue du Barreau canadien*. 1992. Vol. 71. P. 423.

¹⁵ См.: Paul-André Crépeau (в соавторстве с Élise M. Charpentier). *Les principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec: valeurs partagées? / The UNIDROIT Principles and the Civil code of Quebec: shared values?* Scarborough. Carswell, 1998, или, *idem*, *La Réforme du droit civil canadien: une certaine conception de la recodification, 1965–1977*. Montréal. Thémis, 2003.

¹⁶ Code civil du Québec. L.Q. 1991. C. 64 ci-après «C.c.Q.»; «Disposition préliminaire».

зыкального словаря и обозначает определенное сочетание звуков, точнее комбинацию звуков и ритмов, которые образуют мелодию, при ее исполнении приятную для слуха. Проводимая нами аналогия позволяет выявить установленную между гражданским правом и правами человека согласованность в отношении целей и практики применения через реализацию участниками общественной жизни их субъективных прав. В последнем случае правоприменительный процесс конкретизируется в качестве комбинации интересов, позиций, интерпретаций, аргументов и т.д., которые должны быть приняты во внимание. Таким образом, гармония, заявленная в вступительном титуле, не может быть достигнута иначе как в процессе применения права. Логика иерархии норм, их пирамиды или, проще говоря, кельзеновского нормативизма, уступает новому подходу к синтезу автономии воли субъектов гражданского права и актов их волеизъявления.

Отсюда следует, что содержание понятия «общего права», используемого авторами Гражданского кодекса Квебека, значительно шире по своему объему, чем традиционное понятие гражданского права. Рассматриваемое нами «общее право» обуславливает особый статус, признаваемый в правовой системе за этой кодификацией. Думаем, что целью проведенной «публикации» гражданского права было обеспечение «основополагающего значения Гражданского кодекса в частном праве и его привилегированного положения в системе квебекского законодательства»¹⁷. Примечательно, что английский переводчик Гражданского кодекса Квебека в качестве эквивалента «*droit commun*» и как альтернативу «*common law*» использует термин «*jus commune*», имеющий латинские корни.

Когда речь идет о парадигме «общего права», во внимание должны быть приняты два обстоятельства: во-первых, концепция ее организующей функции; во-вторых, концепция ее интерпретирующей функции по отношению к правам человека.

Отметим, что парадигма «общего права» приобрела свою организующую функцию в русле нашего понимания Гражданского кодекса Квебека. Так, если права человека не должны восприниматься как чужеродные элементы в логике публичного права, то им надлежит играть «функциональную» роль или стать «центром притяжения» внутри «общего права». Здесь мы поднимаемся на уровень теории, где проблема правовой действительности решена, в чем нас

¹⁷ Ministère de la Justice. Le Code civil du Québec — Commentaires du ministre de la Justice. T. 1. Québec. Les Publications du Québec, 1993. P. 1.

пытается убедить Hubert Reid, в парадигме комплекса «правил», включающих в себя и права человека, «которые в принципе применяются к совокупности правовых отношений»¹⁸. В то же время на данном уровне велика вероятность сползания в догматику права в ущерб анализу комплекса гражданско-правовых отношений.

Также следует подчеркнуть тот факт, что в плане интерпретирующей роли парадигмы «общего права» Кодекс устанавливает формальное правило: норма гражданского права должна толковаться через призму прав человека, т.е. толкование нормы не ограничивается ни текстуально, ни контекстуально, но предполагается выраженное в ней согласие между положениями гражданского права и правами человека. Оно основано на «интерпретационной взаимности» гражданско-правовых норм и прав человека¹⁹.

Однако до сих пор наши рассуждения оставались сугубо теоретическими, теперь же посмотрим, как они подтверждаются на практике. Поскольку со дня вступления в силу Гражданского кодекса Квебека прошло уже 13 лет, у нас есть возможность проверить теоретические выкладки эмпирическими данными.

Практика применения «общего права»

Чтобы понять, каким образом парадигма «общего права», синтезирующая гражданское право и права человека, принимает надлежащую юридическую форму в квебекской юриспруденции, мы ограничимся анализом нескольких наиболее показательных прецедентов.

Обратимся к решению Верховного суда Канады, который признает новый статус Гражданского кодекса Квебека²⁰. Фабула рассмотренного дела проста: истцы требовали компенсации морального вреда от муниципального советника, который якобы оскорбил их в одном из выступлений на заседании местного совета. Однако если поведение выборного должностного лица и регулируется публичным правом, то содержание отдельных положений неопределенно в том, что касается объема его свобод и привилегий. Для применения общего режима гражданской ответственности, предусмотренного ст. 1457 и след. Граж-

¹⁸ Hubert Reid. Dictionnaire de droit québécois et canadien. Montréal. Wilson & Lafleur, 2002. P. 194.

¹⁹ Решение Верховного суда Канады по делу Béliveau St-Jacques c. F.E.E.S.P., [1996] 2 R.C.S., p. 345.

²⁰ Решение Верховного суда Канады по делу Prud'homme c. Prud'homme, [2002] 4 R.C.S. 663 и след.

данского кодекса Квебека, истцам требовалось доказать отступление от правовой нормы, позволяющей обосновать наличие вины и содержащейся в ст. 1376 Кодекса. В ней сказано, что «положения настоящей книги (обязательства) применяются к отношениям с участием государства, его органов, юридических лиц публичного права наряду с другими положениями, применимыми к ним». Какое же право должно было быть применено в рассматриваемом случае: Гражданский кодекс Квебека или, как это было принято в отношении вопросов публичного права, *common law*? В своем решении Верховный суд отметил:

«...Может показаться странным, что норма публичного права находится в Гражданском кодексе Квебека. Тем не менее, подчеркнем, что новый кодекс не ограничивается частным правом или к тому же «исключительным правом». Он устанавливает, в соответствии с вводным титулом, «общее право» Квебека»²¹.

Из этого, как полагает Верховный суд, следует, что:

«...Выбор законодателем термина «общее право» не случаен. Прежний Кодекс предусматривал, что его статьи содержат нормы частного права. Но в результате научных дискуссий, инициированных делом *Laurentide Motels* <...>, было принято решение заменить выражение «частное право» на более широкое по своему содержанию «общее право». Тот фон, на котором совершались эти изменения, не оставляет никаких сомнений в том, что законодатель стремился расширить сферу применения положений Гражданского кодекса»²².

Эта «сфера применения» Гражданского кодекса конкретизируется через новую модель его взаимоотношений с *common law*, которое, как мы отметили выше, имело несомненное превосходство над его предшественником. Сегодня, напротив, по общему правилу:

«...Даже когда норма *common law* признается применимой в данном деле, общие рамки анализа отношений юридической ответственности остаются теми, которые определяет гражданское право. Следовательно, норма *common law* иногда должна быть скорректирована, чтобы устранить противоречия или иные затруднения, обусловленные насаждением понятий, относящихся к различным правовым системам»²³.

²¹ *Idem*. Par. 28.

²² *Idem*. Par. 29. Судьи ссылаются здесь на A.-F. Bisson *La disposition préliminaire du Code civil du Québec* // *Op. cit.* P. 539 и D. Lemieux. *L'impact du Code civil du Québec en droit administratif* // 1994. 15. *Admin. L.R.* (2^e) 275. P. 295–297.

²³ *Idem*. Par. 54.

Хотя эти рассуждения предоставляют цивилисту широкий простор для размышлений на темы толкования права и сосуществования *common law* и цивилистической традиции, мы ограничимся следующими соображениями. Как отмечает Верховный суд, парадигма «общего права» позволяет в настоящее время признать подлинное верховенство за Гражданским кодексом Квебека. Различия гражданского права и *common law* растворяется в новой парадигме «общего права».

Значение признаваемого за Гражданским кодексом Квебека верховенства по отношению к *common law* становится очевидным, если обратиться к вопросу о бремени доказывания по делам о нарушении прав человека. Как полагает судья LeBel:

«Профессиональная тайна получила свое законодательное закрепление одновременно в ст. 9 квебекской Хартии прав и свобод и в ст. 2858 ГК Квебека. Конечно, квебекское доказательственное право сохраняет связи с *common law* и судебной практикой, основанной на нем. Тем не менее, сегодня обстоятельства складываются таким образом, что в гражданском процессе применяются нормы квебекских Гражданского кодекса и Хартии, устанавливающих в пределах законодательной компетенции Квебека основания права, о чем недвусмысленно заявляет вводный титул ГК Квебека»²⁴.

Еще одно подтверждение верховенства Гражданского кодекса Квебека и его связи с правами человека мы находим в частном мнении судьи Louise Otis:

«Гражданский кодекс Квебека — систематизированный свод нормативных положений — провозглашает целостность личности в качестве одного из общих принципов, определяющих, в соответствии с Хартией прав личности, порядок пользования и распоряжения гражданскими правами <...>. Вводный титул, ст. 3 и 10 ГК Квебека и ст. 1 квебекской Хартии не оставляют на этот счет никаких сомнений»²⁵.

В приведенных нами высказываниях слышится «философия Кодекса» и, кроме того, видно проявление заботы о целостности личности, поставленной на первое место в контексте парадигмы «общего права».

²⁴ Решение Апелляционного суда Квебека по делу St-Alban (municipalité de) c. Récupération Portneuf inc., [1999] R.J.Q. 2268. Мнение судьи LeBel.

²⁵ Решение Апелляционного суда Квебека по делу Montréal (Ville de) c. Tarquini, [2001] R.J.Q. 1405 (C.A.) par. 174 (L. Otis); также см.: Maurice Tancelin и Daniel Gardner (dir.) *Jurisprudence commentée sur les obligations*. 8^e édition. Montréal. Wilson et Lafleur, 2003. P. 938.

Сошлемся на мнение судьи Baudouin, который, признавая верховенство ГК Квебека, размышляет о правах на равенство, на неприкосновенность частной жизни и о запрете дискриминации:

«Мне думается, что право на личную тайну с момента вступления в силу ст. 35 и след. Гражданского кодекса Квебека получило надежные гарантии. Это следует из вводного титула <...>, из иных положений, устанавливающих такой юридический механизм защиты частной жизни, что она защищена от любого вторжения в нее, какую бы форму оно ни принимало»²⁶.

Наконец, последнее судебное решение, заслуживающее быть упомянутым в связи со значением Гражданского кодекса Квебека в практике защиты прав человека. Оно было вынесено по делу о сделках, предметом которых являются атрибуты религиозного культа. Суд установил, что:

«Договорные отношения между физическими лицами регулируются тремя правовыми источниками: Гражданским кодексом Квебека, Хартией прав и свобод личности, общими принципами права. Так гласит первое положение вводного титула Гражданского кодекса Квебека»²⁷.

Впрочем, перед нами не стояла задача охватить все судебные решения, отсылающие к «общему праву». Ограничиваясь приведенными примерами, мы можем констатировать, что укоренение парадигмы «общего права» в правовой системе Квебека оказалось возможным только в ходе дискуссий, выявивших ее ценность как современного и динамичного юридического явления. Иначе и не могло быть, т.к. рассматриваемая нами парадигма формировалась с целью переориентации гражданского права и прав человека на актуальные проблемы вмешательства публичной власти в частные отношения. Парадигма «общего права» обеспечила субъективные права надежным механизмом защиты: если нарушение прав человека в сфере публичного права карается штрафом, то в сфере частного права ответственность за нарушение прав человека наступает в соответствии с принципом возмещения в натуре (в отличие от «эквивалентной»

²⁶ Решение Апелляционного суда Квебека по делу *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.).

²⁷ Решение Верховного суда Монреаля по делу *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.). По вопросу об апелляции см.: Решение Апелляционного суда Квебека по делу *Amselem c. Syndicat Northcrest*, [2002] R.J.Q. 906. *Décision cassée (5 contre 4) par le Cour suprême du Canada; Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] C.S.C. 47. См. также особые мнения судей Bastarache, LeBel и Deschamps. Par. 177.

ответственности)²⁸. Заслуживает внимания то, что такой подход законодателя к механизму защиты прав человека позволяет противостоять тенденции к выбору мер ответственности на основе принципа «эквивалентного возмещения» (т.е. возмещения убытков), обнаруживаемой *common law*, и гарантировать уважение индивидуальной свободы как базовой ценности гражданского права.

Мы констатируем взаимодействие между моделями возмещения вреда, в ходе которого гражданско-правовой принцип возмещения в натуре, согласуясь в перспективе общественного порядка с правами человека, может оказаться весьма полезным, например, для решения проблем восстановления на работе или найма жилого помещения. Точнее говоря, возможность возмещения вреда становится более реальной, особенно в той сфере, где личность реализует свои социальные права. В рассмотренных выше случаях парадигма «общего права» облегчает исполнение обязательства в натуре.

Трудовое право и права человека

Наше исследование содержания парадигмы «общего права» может быть углублено, если мы обратимся непосредственно к положениям трудового права. В отличие от Кодекса Нижней Канады 1866 г., лаконично регулировавшего трудовые отношения²⁹, Гражданский кодекс Квебека уделяет им в ст. 2085-2097 достаточно внимания³⁰. Более того, указанные статьи должны согласовываться с правами человека, провозглашенными в Хартии прав и свобод личности. Рассмотрим вкратце, как это происходит на практике.

Мы хотели бы обратить внимание на то обстоятельство, что парадигма «общего права» находит свое выражение в догматике трудового права через разделение предмета его регулирования между

²⁸ Дело *Godbout c. Longueuil (Ville de)* и дело *Syndicat Northcrest c. Amselem*: «В гражданском праве исполнение обязательства в натуре является общим правилом. Эквивалентное исполнение следует признать “вторичной формой исполнения обязательства, остающейся на усмотрение кредитора”». Судья *Rochon* цитирует здесь *Jean-Louis Baudouin. Les Obligations. 4^e édition. Cowansville. Les éditions Yvan Blais. N^o 419. P. 242.* По вопросу об исполнении обязательства в натуре см.: Анализ решения Апелляционного суда Квебека по делу *Commission des droits de la personne du Québec c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Itée*, [1987] D.L.Q. 340 (С.А.) в книге *Maurice Tancelin et Daniel Gardner (dir.). Jurisprudence commentée sur les obligations. 8^e édition. Montréal. Wilson et Lafleur Itée, 2003. P. 676–679.*

²⁹ См.: *Robert P. Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge. Droit du travail. 2^e édition. Québec. Les presses de l'Université Laval, 1991. P. 21–36.*

³⁰ *Robert P. Gagnon. Le Droit du travail du Québec. 5^e édition. Cowansville. Yvon Blais, 2003. P. 61–134.*

нормами гражданского права, определяющими юридическую природу трудового договора (т.е. условия его заключения, порядок волеизъявления сторон, оплату труда и т.д.), тогда как квебекская Хартия преследует цель защиты прав субъекта, способного вступать в трудовые отношения. Акцент смещается в сторону Хартии, обнаруживающей логику механизма правового регулирования положения индивида в обществе. Мы можем различить в ней два направления: общее и частное.

По поводу общего направления следует сказать, что Хартия прав и свобод личности благоприятствует установлению формального равенства. В обществе, где укоренилось неравенство, проявляющееся в социальных, экономических и политических различиях, концепция равенства играет позитивную роль, прежде всего, на рынке труда. Она, несомненно, может быть задействована в качестве сильного аргумента против любой дискриминации. Если ст. 16-19 квебекской Хартии запрещают дискриминацию на рынке труда, то в ст. 10 перечислены основания, по которым она обычно происходит: «расовая принадлежность, цвет кожи, пол, беременность, сексуальная ориентация, гражданское состояние, возраст (за исключением ограничений, установленных законом), религия, политические убеждения, язык, этническое происхождение, национальность, социальный статус, инвалидность». В ст. 20 предусмотрены исключения из общего правила, обусловленные особенностями определенных профессий, а также оправданные спецификой некоммерческих организаций, преследующих благотворительные, религиозные, политические, образовательные цели или выражающих интересы конкретной этнической группы. За вычетом подобных ограничений, можно с уверенностью говорить о закреплении в нормах Хартии принципа равенства, ограничивающего дискриминацию и проявляющегося в трудовых правоотношениях, опосредуемых парадигмой «общего права».

Что касается частного направления (проще говоря, ориентированного на конкретную правовую ситуацию), мы хотели бы отметить ответственность за сексуальное домогательство (ст. 10.1 квебекской Хартии); запрет применения дополнительных санкций к лицам, ранее судимым (ст. 18.2 квебекской Хартии); требование о создании безопасных условий труда (ст. 46 квебекской Хартии); норму, охраняющую честь, достоинство и репутацию работника (ст. 4 Хартии). Сфера применения правил, регулирующих правовой статус личности, обширна и открыта, так что зачастую положения гражданско-

го права интегрируются в парадигму «общего права» только через судебное решение.

Хартия прав и свобод личности занимает важное место в общественной жизни. Надзор за ее соблюдением возложен на Комиссию по правам человека и правам молодежи, которая наделена соответствующими полномочиями, в т.ч. «цензорского» характера³¹. Чтобы обеспечить эффективное функционирование режима реализации прав человека, квебекский законодатель предоставил ей возможность на основании жалобы проводить расследование и предлагать арбитраж или принимать иные меры по урегулированию конфликта³². Если Комиссия установит факт нарушения права, но достичь соглашения не удастся, то жертва дискриминации может обратиться в суд общей юрисдикции или в Суд по правам человека.

Исследуя парадигму «общего права» мы наблюдаем, как формируется новое измерение прав человека. Тот факт, что заключение трудового договора регулируется Гражданским кодексом Квебека, свидетельствует об отнесении соответствующих общественных отношений к предмету парадигмы «общего права» (за исключением публично-правовых полномочий Комиссии по правам человека и правам молодежи). Иными словами, конкретная забота о человеке связана с актуальными проблемами гражданского права. Вопрос о реальности человеческой личности получает свое решение в русле положений трудового права, чтобы в перспективе правоприменительного процесса открыть дорогу новому типу понимания частного права.

Заключение

Нам остается добавить, что модель согласования гражданского права с требованиями признания и защиты прав человека, реализованная в Квебеке, может стать образцом для тех государств, где сегодня находит поддержку идея реформирования Гражданского кодекса. На фоне достаточно веских аргументов противников роковой «конституционализации» гражданского права, с одной сторо-

³¹ Мы используем здесь термин «цензорский» в его классическом юридическом значении, отсылающем к властным отношениям, к компетенции, «цензуре». См.: Gérard Cornu. *Vocabulaire juridique*. Paris. Presses universitaires de France, 1994. P. 122. «Censorial, ale, aux».

³² Lucie Lamarche. *Le Régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*. Cowansville. Yvon Blais, 1996. См. также: Lucie Lemonde. *Discrimination et Commission des droits de la personne*. Montréal. Éd. Saint-Martin, 1988.

ны, и слепой, необдуманной интеграции прав человека в материю частных отношений, с другой, квебекский опыт представляется нам многообещающим. В его пользу говорит значительное число прецедентов, конкретизирующих содержание парадигмы «общего права». Переориентация гражданского права, осуществленная Гражданским кодексом Квебека, может подвинуть юристов, представляющих различные правовые культуры, на законодательные реформы, прояснив им методологию исследования гражданского права и формирования адекватной ему теории так, как это произошло в квебекском контексте.

Формирование нового измерения прав человека: опыт Квебека (от переводчика)

Предлагаемая вниманию читателя статья написана канадским ученым, профессором юридического факультета Университета Лавала (Квебек) Бьярном Мелкевиком. Как отмечается специалистами по сравнительному правоведению, «правовая система Канады является сложной, а среди факторов влияния, которые в зависимости от времени и сферы определяли развитие канадского права, следует выделить три правовые системы (английскую, французскую, американскую)»³³. Еще сложнее обстоит дело с правовой системой Квебека, где в 1975 г. была принята Хартия прав и свобод личности, а в 1994 г. вступил в силу новый Гражданский кодекс. Именно они оказались в центре внимания Б. Мелкевика, предпринявшего попытку осмыслить юридическую природу такого явления как современное квебекское право.

В отличие от многих исследователей, Б. Мелкевик отказывается от весьма поверхностной интерпретации положений ГК Квебека и Хартии прав и свобод личности, сводящейся к констатации партикуляризма частного права в одной из 10 канадских провинций и к различению заимствований из французского права и из *common law*. Напротив, он органично вписывает проблематику механизма правового регулирования, созданного квебекским законодателем, в контекст актуальных проблем соотношения частного и публичного права, защиты прав человека, мер противодействия дискриминации личности в различных сферах общественных отноше-

³³ Леже Р. Великие правовые системы современности. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 118.

ний. Компаративисты с воодушевлением отмечают, что «жизненная сила системы частного права, обязанная качественной работе юристов и роли языка, смогла сохраниться... на протяжении более двух веков» и «с осуществлением новой кодификации она получит современное основание, которое даст ей шанс обрести второе дыхание»³⁴. Однако открытым остается вопрос о том, какова структура этого основания?

Если обратиться к истории вопроса, то феномен дуалистической правовой системы Квебека возникает на юридической карте мира, когда французский министр финансов Кольбер в 1663 г. учредил королевское управление Новой Францией, а ровно сто лет спустя Великобритания получила ее во владение согласно Парижскому договору, завершившему Семилетнюю войну. При этом прокламация короля Георга III наделила жителей французского происхождения свободой вероисповедания и сохранила их правовые институты. Тем не менее, свою силу могли сохранить только нормы частного права, тогда как положения публичного права, особенно уголовного и процессуального, должны были соответствовать модели *common law*. Провозглашенная Актом о Квебеке 1774 г. возможность применения французских юридических фактов будет в полной мере использована в середине XIX в. разработчиками Гражданского кодекса Нижней Канады, с упоминания о котором Б. Мелкевик начинает свою статью.

Кодифицированный правовой акт, призванный регулировать отношения в области частного права и принятый в 1865 г., встанет на пути повсеместного распространения доктрины *common law* и будет рассматриваться как образец для унификации гражданского права Канады. Следует отметить, что авторы Кодекса были связаны в своей деятельности Законом 1857 г., определившим их задачи и обозначившим два источника, откуда им надлежало черпать идеи и конкретные нормативные положения: Французский гражданский кодекс 1804 г. и Гражданский кодекс Луизианы 1808 г. Но они не ограничились компиляцией и, опираясь на французское право, подготовили относительно самостоятельный Кодекс, который, в отличие от ГК Наполеона, содержал часть, посвященную вопросам коммерческого права.

³⁴ Там же. С. 121. Ср.: Bisson A.-F. Dualité de systèmes et codification civiliste // Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures. Cowansville. Éditions Yvon Blais, 1992. P. 39.

Однако, несмотря на очевидные достоинства, Кодекс 1866 г. постепенно переставал отвечать потребностям развивавшегося гражданского оборота и в 1955 г. начался процесс ревизии. В своей статье Б. Мелкевик недвусмысленно заявляет об утрате к тому времени Кодексом своего авторитета, что отмечается и другими юристами. Так, П.-А. Крепо пишет: «... Благодаря образу, который он приобрел, а также роли, отведенной ему в квебекском обществе, он стал символом не постоянства, но косности, проявлением статичной концепции, т.е. застоя определенного социального порядка»³⁵. Именно потребность в новой парадигме квебекского права, в первую очередь, обусловит кодификационные работы, успешно завершившиеся к декабрю 1991 г.

Возвращаясь теперь к вопросу о структуре того основания, которое дало гражданскому праву Квебека шанс обрести второе дыхание, мы можем сказать, что она включает в себя следующие элементы: 1) с точки зрения специально-юридической, это нормативные положения, отражающие уровень развития цивилистики; 2) с точки зрения социально-политической, это идеология прав человека; 3) с точки зрения применения права, это судебная практика, которая ориентирована на вводный титул ГК и на Хартию прав и свобод личности. Для обозначения такой структуры подходит термин, используемый Б. Мелкевиком, — «общее право» в значении права, интегрирующего в себе романскую и англо-саксонскую традиции и выступающего в роли универсального социального регулятора для постиндустриального общества с его сомнениями в реальности человеческой личности. Развеять эти сомнения призвана парадигма «общего права», которая влетает в ткань общественных отношений через практику судебного толкования права. Она последовательно формирует новое измерение индивидуальной свободы, опосредуя его юридическим инструментарием, что может представлять интерес и для российских правоведов.

³⁵ Crépeau P.-A. Préface // Rapport ORCC. 1978. P. XXIX. См. также: Jobin P.-G. Le droit comparé dans la réforme du Code civil du Québec et sa première interprétation // Les Cahiers de droit. 1997. Vol. 38. N° 3. P. 477–501.

Насилие и молодежь: североамериканский контекст*

Сказать, что в Северной Америке существует острая проблема насилия — значит не сказать ничего. Ювенальное насилие указывает на более серьезную, комплексную и всеобъемлющую проблему, разлагающую североамериканское общество. К сожалению, слишком часто заголовки газет обращают наше внимание на поступки, шокирующие своей жестокостью и бессмысленностью.

Прежде чем анализировать ювенальное насилие в Северной Америке, необходимо подчеркнуть то, что оно не является здесь повсеместным. Тем не менее, социальные, психологические и политические проблемы молодежи обуславливают его. Не следует *a priori* заявлять о жестокости, присущей североамериканским обществам (США, Канада, Квебек). Большинство населения воспитывает детей, чтобы они выросли достойными гражданами, свободными и ответственными личностями. Однако это воспитание идет через призму индивидуалистического восприятия существования, которому постоянно угрожает насилие, окружающее его, что порождает многочисленные разговоры на тему «безопасности», чья значимость представляется универсальной в Северной Америке.

Изучая феномен насилия в молодежной среде на североамериканском континенте, мы хотим, прежде всего, выявить его особенности. В этой перспективе на первый план выходят факторы, определяющие укоренение насилия в различных сферах, и тот факт, что насилие воспринимается как экзистенциальное выражение несчастного сознания и способ утверждения или отрицания самого себя.

* Перевод с французского В.А. Токарева.

Впервые опубликовано: Violence et jeunesse. Le contexte nord-américain // C. Samet (ed.). *Violence et délinquance des jeunes*. Paris: La Documentation française, 2001. P. 45–64.

Впервые на русском: Наука. Творчество. VII Международная научная конференция. В 3-х томах. Т. 1. М.: ИМСЭС, 2011. Т. 1. С. 47–66.

Постановка проблемы

Обозначение конкретных признаков ювенального насилия в Северной Америке предварим парой замечаний: одним из области статистики, показывающим масштабы явления; другим из области культуры, касающимся господства индивидуализма и его продолжения в культе огнестрельного оружия.

Масштабы насилия в молодежной среде

Любая форма насилия не является криминальной сама по себе. По ту сторону рефлексии об употреблении этого слова фактом остается то, что насилие понимается как негативная ценность, нередко криминализируемая, и поэтому рассматривается как объект, на который направлены меры пресечения, судебное преследование и тюремное заключение. Статистике известны разнообразные формы, принимаемые криминальным ювенальным насилием. В первую очередь, оно различается по территории — США, Канада и Квебек, но, главным образом, в городах и сельской периферии. Это различие усиливается за счет расовой принадлежности, исключения (exclusion) и бедности. Так, цифры, отражающие уровень подростковой преступности в США, говорят сами за себя:

- почти каждое пятое правонарушение совершается несовершеннолетними. Около 120000 правонарушений с применением насилия и 2500 убийств ежегодно совершается лицами, не достигшими 18-летия. По статистике, лицами в возрасте 18 лет совершается большинство убийств. Отмечается непропорционально большое представительство в общей массе правонарушений данного вида актов насилия, совершенных подростками негроидной расы (60 %);
- преступники начинают свою криминальную деятельность во все более раннем возрасте, примерно с 6 или 7 лет;
- поведение молодых преступников становится ожесточеннее, через посредство рецидивов затягивая их в жизнь, немислимую без насилия.

Но за цифрами, создающими негативный образ подростков, скрывается и другая реальность, где они стали жертвами насилия. По общему правилу, несовершеннолетний преступник сам был жертвой насилия — либо со стороны взрослых, либо со стороны ровесников. Во всех этих случаях уязвимость подростков и специфика совершаемых преступлений (сексуального характера, торговля наркотиками) усугубляют положение жертвы, разрушая ее личность и разрывая ее социальные связи.

Индивидуалистический климат

Второй аспект, на котором следует остановиться, относится к культуре. В самом деле, североамериканская культура покоится на индивидуализме, распространяющемся и упрочивающемся. Преобладающая в Северной Америке культура основана на успехе каждого индивида. Североамериканский индивидуализм не допускает интеграции с «коллективизмом», поскольку понимается как единое Целое. Государство, его органы, службы и институты подчинены индивидуализму, который сводит самоутверждение к победе, пуская в ход скользкую логику победителей и побежденных. Требования или надежды по поводу успеха в жизни, а для молодых людей особенно успеха в учебе, в дружеской компании, в отношениях с противоположным полом, приобретают в итоге первостепенное значение. Если «проигрыш» тяжело переживается взрослым, то в его активе, по крайней мере, есть достаточный эмоциональный и социальный багаж, чтобы справиться с этим. Напротив, для подростка неудача становится катастрофой и может подтолкнуть к пропасти. Индивидуалистическая американская культура в ситуациях с подростками приводит к драматизации и акцентированию внимания на их провалах в учебе и любви и выступает благодатной почвой для образования молодежных «банд», выполняющих функцию убежища в неприятном и мелочном мире «взрослой культуры» с ее двойными стандартами, применяемыми к подросткам из социальных меньшинств¹.

В связи с этим закономерно встает вопрос о том, что если молодежь изначально незащищена перед индивидуализмом, отражающим образ жизни взрослых, тогда каких плодов следует ожидать в будущем?

Символика и реальность огнестрельного оружия

Теперь подчеркнем особую роль и символику огнестрельного оружия в США. Конечно, подростки не имеют свободного доступа к такому оружию. Во многих штатах даже действуют нормативные положения, ограничивающие его. Впрочем, за скобками запретов остается множество эффективных способов добыть оружие. Помимо прочего, вторая конституционная поправка предоставляет каждому гражданину право владеть огнестрельным оружием. Конституцион-

¹ О важности группы и ее идентифицирующей и замещающей функциях см.: Boisot M., *Violence et Delinquance des jeunes*, Paris, La Documentation française, serie: Les etudes de la Documentation française, 2001.

ное, фундаментальное право, принадлежащее каждому американскому гражданину, не отменяемое иначе как новой конституционной поправкой. Следовательно, свободное владение огнестрельным оружием — это символ свободного человека, противоположный европейской концепции, согласно которой только сеньор был вправе носить оружие. Здесь-то и зарыта собака², т.к. в стране, где проживают 270 миллионов человек, в обороте сейчас находится 240 миллионов единиц огнестрельного оружия, т.е. почти по одному «стволу» на человека. Согласно данным статистики, на каждую семью приходится по одному огнестрельному оружию, чаще всего с боеприпасами. Поскольку, из соображений безопасности, это оружие должно находиться там, где его можно быстрее взять при необходимости, постольку подростку не составит особого труда отыскать его.

Тем временем вездесущность огнестрельного оружия имеет и другое измерение. Подростки добывают его, совершая квартирные кражи, и «трофей» становится товаром, пользующимся в молодежной среде невероятным спросом. Отсюда рост числа молодых людей и их групп, вооруженных до зубов.

Кроме того, наличие у молодого человека оружия должно символизировать его «мужественность». Оно гарантирует ему, что несмотря ни на какие трудности, оружие всегда будет внушать к нему уважение.

Хотя проблема владения огнестрельным оружием в США не ограничивается лишь ювенальной преступностью, однако она предполагает, что любое изменение в законе об огнестрельном оружии имеет особую важность. Это как раз тот случай, когда, уважая конституционное право на владение оружием, законодатель постепенно вводит его в разумные рамки.

Трагедия молодых

Последнее время констатация чувства тоски, смятения и страдания у молодых людей в Северной Америке привлекает к себе пристальное внимание. Многочисленные акты насилия, вынесенные в заголовки газет, подчеркивают ощущение несчастья (*mal de vivre*), распространяющееся среди молодежи, особенно среди юношей.

² Автор употребляет выражение «C'est ici que le bât blesse», которое появилось во французском языке в XV в. и буквально переводится следующим образом: «Вот, где вьюк ранит» (*прим. переводчика*).

Кризис модели идентификации у юношей

Остановимся сначала на кризисе в североамериканском обществе, затронувшем юношей. Прежде всего, это именно они бросают учебу и практикуют насилие. Отсев из школ юношей фактически носит эндемический характер и, вероятно, превышает 40 %. Отказ от продолжения занятий взаимосвязан с отказом от идеи обучения и социальной интеграции. И вот эти мальчики знают, что если успех в обществе зависит от успеха в учебе, то будущее принадлежит не им.

Почему подобное взрывоопасное смешение неуспеваемости в учебе и ощущения своего бедственного положения стало в Северной Америке таким жестоким? Ответом на этот вопрос может служить идея кризиса модели мужской идентификации. Имеет место кризис мужской идентичности, весьма больно ударяющий по подросткам. По сути, все североамериканские общества, с лихвой феминизированные, характеризуются отсутствием модели мужской идентификации. Мы можем, едва ли преувеличивая, утверждать, что они основываются на модели «*mom and I*» (мамочка и я), даже в том случае, если у ребенка полная семья.

Кризис мужской идентичности обнаруживается в имитации того, каким должен быть мужчина и что он должен делать. Так, потребление продуктов массовой культуры, к примеру, фильмов или компьютерных игр со сценами насилия, влечет диаметрально противоположные последствия в Европе и Северной Америке. В Европе эти продукты культуры могут быть встречены с энтузиазмом и не играют роли образцов поведения, тогда как в североамериканском контексте они оказывают на молодежь особое влияние. Там они становятся примером, гарантируя поощрение и признание в обществе. Значит, для некоторых подростков единственный способ добиться уважения к себе — направить ствол на кого-нибудь.

Насилие и школа

На североамериканском континенте в самых вопиющих случаях насилия в школе часто действует одна и та же схема: преступления с применением насилия совершаются депрессивными подростками, чувствующими себя слабыми и выставляющими себя в качестве жертвы. Это делает из них не только «проблемных подростков», но и «бомбы замедленного действия», готовые взорваться в любом месте, когда представится для этого малейший повод. От Мозес-Лейка, где в 1996 г. ученик в возрасте 14 лет на уроке алгебры убил троих, и до Литтлтона, где в 1999 г. двое подростков расправились с 13 уче-

никами их школы, а затем покончили жизнь самоубийством. Перед нами примеры глубокой психологической травмы, сопровождаемой склонностью к суициду.

Широко известные трагедии не должны заслонять от нас другие факты. В 1997 г. было зарегистрировано 11000 случаев агрессивного поведения в школе с применением оружия. Установлено также, что на территорию школ проносят оружие 10 % учеников. Добавим сюда иные виды преступлений и актов насилия — от изнасилования до ракета.

Феномен банд и виктимизация подростков

Существует культ молодежи, особенно заметный в Северной Америке, который превозносит такие качества молодых людей, как независимость, добросовестность, ум и находчивость. США стали первым современным государством, где уже в начале века возникает культура, адаптированная к особенностям молодежи. Восхваляя позитивные моменты, она в то же время, по контрасту с ними, акцентирует внимание на негативных чертах образа жизни молодых людей — бандах и субкультурах, практикующих насилие.

Насилие и банды

Появление молодежных банд отражает и подчеркивает переживаемые подростком душевные травмы. Банда становится тем убежищем, где торжествует дух товарищества и братства. Она интегрирует подростка в субкультуру насилия, откуда ему зачастую трудно уйти. Если отдельные банды и преследуют благие цели, например, обеспечивая порядок в кварталах, то в целом картина такова, что они являются катализатором насилия в молодежной среде. Феномен подростковых преступных группировок тесно связан с насилием, как правило, немотивированным и непредсказуемым.

Неудачи в школе и социально-психологические проблемы, упомянутые выше, имеют к рассматриваемому явлению прямое отношение. Особенность банд состоит в том, что они создаются по расовому, или, точнее, этническому критерию. Молодежные банды могут быть «черными», «белыми», «мексиканскими», «пуэрториканскими», «ямайскими», «кубинскими», «вьетнамскими».

Чинимое ими насилие в большинстве случаев немотивированное. Разумеется, это самая опасная и неуязвимая форма насилия, принимая в соображение царящий в этой среде закон молчания. Важно также помнить о том, что молодежные банды, в массе своей,

являются городским феноменом, нестабильным, эволюционирующим в ритме города, что делает банду неуловимой, мобильной и непредсказуемой. Большинство из них появляются и распадаются сравнительно быстро, однако возраст некоторых банд достигает 30 лет.

Борьба с ювиальным насилием

Несомненно, насилие в целом и ювенальное насилие в особенности вызывают озабоченность у США, которые оценивают их как социальное бедствие, подлежащее искоренению в самое ближайшее время. Настаивая на первостепенной роли, отводимой сегодня «общественности» (*neighbourhood* — Б.М.) в борьбе против всех форм насилия, остановимся и на той роли, которую играют в этом процессе традиционные институты.

Два традиционных борца с насилием — семья и государство

Если североамериканское общество и признает значение семьи и политических институтов в борьбе с насилием, то ради того, чтобы тотчас же подчеркнуть отсутствие доверия к ним. Семья часто слишком слаба, разобщена, лишена необходимых ресурсов. Она не способна принимать решения там, где насилие укоренилось как социальный феномен. Государство, наоборот, стоит перед выбором между расширением масштабов применения репрессивных мер и дорогостоящей социальной политикой. Между тем проекты реконструкции городов всего лишь перемещают очаги насилия. Несомненно, отдельные направления государственной политики могли быть стать эффективными, в частности, меры воспитательного и профилактического характера, но показательно то, что в Северной Америке они находятся в тени общественных мероприятий.

Коллективная ответственность

Насилие запоминается. Оно тесно связано с процессом обучения, в ходе которого подросток усваивает некую модель поведения, признаваемую нормальной, приемлемой и желанной. В североамериканском обществе говорят о коллективной ответственности, принимаемой «общественностью» на себя в борьбе с насилием, чтобы подростки росли в безопасности (под «общественностью» понимается сообщество граждан, осознающих стоящие перед ними проблемы).

Такая форма «коллективности» по-американски весьма специфична и мы считаем уместным кратко изложить ее суть. Воспри-

ятие ювенального насилия как проблемы, касающейся каждого, обуславливает особенный подход к ней. Она видится изнутри и понимается как «наше» насилие, с которым можно справиться только коллективными усилиями. Как следствие, школа и полиция должны направить все силы на решение проблем, которые можно было обнаружить.

Заметим, что рассматриваемая модель могла привлечь к межэтническому диалогу различных участников общественной жизни, т.к. национальный вопрос пока остается актуальным. Действуя в том же направлении, она позволила задействовать спорт как педагогический фактор, по-своему поддерживающий у подростка веру в свои силы и компенсирующий плохую успеваемость в школе. Стоит упомянуть и о «комендантском часе», запрещающим подросткам одним находиться на улице в ночное время. Мы имеем дело с политикой идентификации и защиты подростков, реализуемой во многих муниципальных образованиях, а также с повышением ответственности и бдительности их родителей.

Получается, что в североамериканском контексте данная модель имеет высокую ценность и непреходящее значение, поскольку это полная противоположность уходу от проблемы, консервативной идеологии, стремлению спрятаться за «высокими заборами» в хорошо охраняемых домах.

Насилие как больно!

В ближайшие годы мы рискуем наблюдать резкий подъем ювенального насилия и преступности в Северной Америке. Действительно, мы предполагаем худший вариант развития событий, выработывающий у нас «иммунитет» против предстоящих убийств в школах или против шока от ожидающей нас в будущем статистики.

Мы бы хотели завершить наше выступление историей, которая приходит на ум, когда говорят о ювенальном насилии в североамериканском обществе. На вопрос отца: «Кем ты хочешь стать, когда вырастешь?», сын отвечает ему: «Живым!».

Ответственность перед лицом смерти. Дело Сью Родригез, рассмотренное Верховных Судом Канады*

На протяжении десятилетий в Квебеке было популярно выражение «Наши судьи — наши юристы». Оно отсылало к идее о том, что «те, кто уполномочены выносить судебные решения, способны более чем кто-либо другой рассуждать на правовые темы, разъяснять тонкости юриспруденции, преподавать юридические дисциплины и развивать теорию права»¹. Однако за последнее время судебная система претерпела значительные изменения, позволяющие признать наших судей еще и философами права, особенно, если они оперируют категорией социальных ценностей. Очевидно, что их решения способствуют развитию и укреплению философско-правовых концепций. С этой точки зрения, решение по жалобе Сью Родригез, принятое Верховным судом Канады в 1993 г., указывает на сближение проблематики прав человека с предметной областью философии права.

Ориентируясь на отмеченную нами тенденцию, мы изложим некоторые наши соображения относительно этого судебного решения. Верховный суд должен был установить, противоречит ли норма Уголовного кодекса Канады, запрещающая оказание помощи в самоубийстве, положениям канадской Хартии прав и свобод. В процессе по жалобе мадам Родригез большинство судей (пять против четырех) пришли к выводу об отсутствии противоречия, тогда

* *Melkevik B. La responsabilité devant la mort. Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada // Melkevik B. Philosophie du droit. Volume I. Québec, 2010. P. 73–86.*

Перевод с французского к.ю.н., доц. кафедры теории и истории государства и права Самарской государственной областной академии (Наяновой) *В.А. Токарева*.

Впервые опубликовано: *La responsabilité devant la mort. Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada // Elementos de juicio. 2008. № 8. P. 275–288.*

Впервые на русском: *Правоведение. Известия ВУЗов. 2013. № 2. С. 161–171.*

¹ *Atlas C. Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture québécoise // Cowansville, Éditions Yvon Blais, série: McGill Legal Studies. 1990. № 6. P. 20.*

как меньшинство, включая главного судью, обосновывали право на получение помощи в самоубийстве. По нашему мнению, такой уникальный процесс представляет интерес не только для практикующих юристов, но и для правоведов².

Мы проанализировали аргументы, представленные как сторонниками, так и противниками признания за самоубийцей права на получение помощи в сведении счетов с жизнью. Их осмысление позволило нам выявить структурные элементы юридических суждений, имеющих различные основания. Цель проведенного исследования заключалась в том, чтобы очертить позиции, занятые апологетами принципов автономии воли и равенства и защитниками ценностей человеческой жизни и достоинства. Нас интересовала их способность отвечать требованиям правового порядка, и прежде чем дать оценку обеим позициям, мы напомним фабулу дела, которое стало отправной точкой в наших размышлениях о современных подходах к пониманию природы и содержания фундаментальных прав человека.

Процесс по жалобе Сью Родригез: проблема свободы выбора

Сью Родригез заболела в 42 года неизлечимой и прогрессирующей болезнью — боковым амиотрофическим склерозом (также известен как болезнь Лу Герига). Она проживала в Британской Колумбии с мужем и восьмилетним сыном. К началу судебного процесса врачи диагностировали, что ей оставалось жить от 2 до 14 месяцев. Состояние ее здоровья стремительно ухудшалось; она утрачивала способность глотать, говорить, ходить и двигаться без посторонней помощи. За этим должна была последовать утрата способности самостоятельно дышать и принимать пищу, обрекавшая больную женщину на постельный режим и полную зависимость от аппаратов, приводимых в действие ее окружением. Хотя все это время мадам Родригез оставалась в здравом уме, история ее болезни не оставляла сомнений в ее скоростижной смерти от удушья, вызванного попаданием в ее дыхательные пути остатков пищи или выделений организма.

Заметим, что в соответствии со ст. 241-б Уголовного кодекса Канады помощь в самоубийстве, а также подстрекательство к нему караются тюремным заключением на срок до 14 лет. Кроме того, на

² Revue de droit de McGill. Vol. 39. 1994. N° 3. Octobre. P. 602–724.

основании ст. 14 Уголовного кодекса Канады добровольное согласие самоубийцы на оказание ему помощи не относится к смягчающим вину обстоятельствам. Поэтому реакция большинства судей Верховного суда на жалобу Сюю Родригез была предсказуема.

Между тем, согласно принципам организации канадской правовой системы, Уголовный кодекс уступает по своей юридической силе Хартии прав и свобод — структурному элементу Конституции. В то же время любая статья правового акта, содержание которой противоречит положениям Хартии, должна быть признана *ultra vires*³. В своей жалобе Сюю Родригез просила признать ст. 241-б Уголовного кодекса Канады *ultra vires*, поскольку содержащийся в ней запрет на оказание помощи в самоубийстве якобы носит дискриминационный характер, противоречит ст. 7 и 15 Хартии и идет вразрез с концепцией справедливости, положенной в основание Уголовного кодекса Канады⁴.

Таким образом, катализатором рассматриваемого нами судебного процесса стал конфликт между специфическим пониманием прав человека и содержанием императивной нормы уголовного права. Неплохо было бы вспомнить и о том, что на этом процессе не шла речь об уголовном преследовании конкретного лица, да и вряд ли бы такой процесс состоялся. Глядя на большую женщину, прикованную к инвалидному креслу, никто бы не поручился, что она сможет прибегнуть к чьей-либо помощи, когда смерть придет за ней. Одним своим видом она, оказавшаяся лицом к лицу с безжалостной судьбой, вызывала сострадание, и созданное на волне всеобщей симпатии к ней «Общество защиты права на смерть» потребовало признать такое «право» за каждым человеком.

После краткого экскурса в историю процесса по делу Сюю Родригез перейдем к анализу аргументации судей Верховного суда Канады, апеллировавших на этом процессе к равенству людей в их праве на смерть.

Равноправие перед смертью: аргументы меньшинства

Главный судья Верховного суда Канады Антонио Ламер первым обозначил те ключевые пункты аргументации в поддержку жалобы Сюю Родригез, которые развивали судьи Л'Эре-Дюбе, МакЛаклин и

³ Выходящей за пределы дозволенного (лат.) — Прим. пер.

⁴ См. подробнее: Brun H., Brun P. Chartes des droits de la personne. Législation, jurisprudence et doctrine. Montréal, 1995.

Кори⁵. Их аргументы, нацеленные на реформу правовой системы, строились вокруг принципа равенства, связанного с понятиями выбора и решения, принимаемого перед лицом смерти. В западных обществах равенство признается одновременно ценностью и конечной целью общественного развития.

Остановимся подробнее на аргументах главного судьи Ламера, который так толковал положения ст. 241-б Уголовного кодекса Канады: «Я полагаю, что люди с ограниченными физическими возможностями, не способные наложить на себя руки, поставлены в невыгодное положение, поскольку они лишены права выбора в пользу самоубийства»⁶. Он утверждал, что запрет на оказание помощи в самоубийстве людям с ограниченными физическими возможностями ведет к их неоправданной дискриминации и неравенству. По его мнению, ст. 241-б Уголовного кодекса Канады препятствует таким людям покончить жизнь самоубийством, тогда как суицид не запрещен законом.

Пристального внимания заслуживают два аспекта его аргументации. Прежде всего, Ламер придерживался того мнения, что вопрос о правомерности запрета на оказание помощи в самоубийстве необходимо решать в перспективе последствий, которые обнаруживают его дискриминационный характер⁷. Настаивая на презумпции дискриминационного характера положений ст. 241-б Уголовного кодекса Канады, он уходил от их анализа в качестве правовых норм, создаваемых и гарантируемых государством. Логика его рассуждений в духе утилитаризма предполагала в качестве отправной точки способность мадам Родригез принимать решения и отвечать за них на всем протяжении жизни вплоть до последнего часа.

Интерпретируя вопрос о допустимости оказания помощи в самоубийстве как вопрос о свободе выбора, главный судья Ламер рассматривал его с позиций индивидуализма: принесет ли он ожидаемую пользу? Иными словами, получит ли индивид удовлетворение своих интересов от совершенного им поступка? Поэтому оценивать характер запрета на помощь в самоубийстве следовало с точки зрения результатов его действия в отношении частных или коллективных интересов. Так, сместив акцент в процессе по делу мадам Родригез с объективного права на субъективное, главный судья поставил

⁵ Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada. 1993. N° 3. P. 530–581, 619–631.

⁶ Ibid. P. 544.

⁷ Ibid. P. 547.

вопрос о том, позволит ли осуществление «права» на самоубийство удовлетворить «интересы» его обладателя.

Проблематика свободного выбора и субъективного права приобрела здесь особое звучание. В то время как рассуждения главного судьи не вызывали бы возражений в «морально индифферентных» процессах, где сравнительно легко обнаружить законный выход из конфликтной ситуации, в том процессе, где под сомнение была поставлена правомерность закона, они столкнулись с серьезными контраргументами. Логика рассуждений Ламера привела его к признанию закона, запрещающего оказывать помощь в самоубийстве, одним из действующих лиц разыгравшейся драмы. Как он утверждал: «Рассматриваемая статья Уголовного кодекса порождает неравенство, т.к. запрещает помогать людям с ограниченными физическими возможностями в сведении счетов с жизнью, хотя самоубийство не запрещено законом и каждый может наложить на себя руки. Однако ограниченно дееспособные лица не сделают это без посторонней помощи, оказывать которую запрещено под угрозой наказания»⁸.

Два тезиса, заявленные главным судьей Ламером и поддержанные тремя его коллегами, позволяют лучше понять суть их аргументации. Первый тезис касается содержания, вкладываемого ими в понятие выбора, на котором акцентировали внимание судьи МакЛаклин и Л'Эре-Дюбе. Они отмечали: «По нашему мнению, нельзя оправдать ограничение свободы выбора, что произошло в данном случае. [...] Такое положение вещей обуславливает ограничение определенной категории лиц в реализации права покончить с собой только потому, что они физически не способны его реализовать. Так, Сью Родригез запрещено свободно распоряжаться своим телом вопреки основополагающим принципам права и в нарушение ст. 7 Хартии»⁹.

В соответствии с такой интерпретацией ситуации, в которой оказалась Сью Родригез, закон не может ограничивать ее в выборе между жизнью и смертью, т.к. право на этот выбор принадлежит каждому и связано со свободой распоряжения своим телом. Как полагали сторонники Ламера, ст. 241-б Уголовного кодекса Канады лишила данного права Сью Родригез и других людей с ограниченными физическими возможностями. На основании их рассуждений форми-

⁸ Ibid. P. 549–550.

⁹ Ibid. P. 617.

руется образ закона — субъекта права, который занимает жесткую позицию по отношению к другим субъектам права, препятствуя им действовать свободно.

Второй тезис можно отнести к той области, которую мы назовем «сферой равноценности»¹⁰. В ней не проводится существенных моральных различий между смертью пациента в результате отказа от приема прописанных врачом лекарств и самоубийством, осуществленным с чьей-либо помощью. Судья Клори заявил: «Я не вижу разницы между разрешением больному, находящемуся в здравом уме, достойно уйти из жизни, отказавшись от продолжения лечения, и разрешением больному, находящемуся в здравом уме, но на последней стадии болезни, умереть достойно, прекратив лечение, даже если из-за ограниченности его физических возможностей необходимые для этого действия по его просьбе совершит другой человек. Также не вижу причин запрещать больным обращаться за помощью в подобных случаях, как собиралась сделать Сью Родригез. Право выбирать день своей смерти принадлежит и тяжело больным людям. Нет причин отказывать им в этом праве»¹¹.

Согласившись с замечанием коллеги, Ламер добавил: «Судья МакЭахерн утверждает, что самоубийство должно быть совершено без посторонней помощи. Сегодня это осуществимо, если Сью Родригез использует специальный механизм, позволяющий ей свести счеты с жизнью, но завтра она не сможет привести его в действие. Почему же в том случае, когда она не сможет обойтись без посторонней помощи, закон запретит ей покончить жизнь самоубийством? Ведь в тот момент, когда она окажется не в состоянии нажать на кнопку, ей как никогда потребует помощь, чтобы прекратить ее страдания. Однако, принимая во внимание то, что мадам Родригез не просила у суда разрешения на прекращение лечения, я не вижу смысла дальше обсуждать этот вопрос. Я предпочитаю вернуться к нему позже»¹².

Тезис о равенстве, предполагающий уважение индивидуального выбора и его последствий, в данном случае выбора в пользу самоубийства как избавления от страданий, безотносительно к его мотивам, оказался, таким образом, центральным в аргументации четырех судей Верховного суда Канады в процессе по делу Сью Родри-

¹⁰ Ср.: *Rachels J.* The End of Life: Euthanasia and Morality. Oxford, 1986.

¹¹ Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada. 1993. N° 3. P. 631.

¹² Ibid. P. 578–579.

гез. Между тем необходимо поместить его в общий контекст юридических суждений и подвергнуть беспристрастному анализу. Так, если в обязательственных правоотношениях важнейшим аспектом проявления психической деятельности человека признается добросовестность, то в уголовном праве квинтэссенцией субъективной стороны содеянного считается *mens rea*¹³. Исходя из этого, мы утверждаем, что существует разница между отключением от аппарата умирающего больного по его желанию и оказанием ему помощи в самоубийстве. Первый случай служит примером того, как природе предоставляется возможность идти своим путем, тогда как во втором случае человек ставит под сомнение ценность жизни и сам определяет день и час своей смерти. Отключая больного от аппарата, врач преследует цель сохранить его человеческое достоинство перед лицом смерти, которую больной рискует встретить в униженном положении. Но, оказывая ему помощь в самоубийстве, врач вмешивается в естественный ход вещей и обрывает чужую жизнь. Конечно, грань между этими случаями может показаться тонкой, но она все-таки есть, что особенно заметно на семантическом уровне.

На самом деле, тезис о равенстве позволил меньшинству в Верховном суде Канады подчеркнуть тот факт, что жалоба мадам Родригез корреспондировала ее праву на свободу выбора. Как и большинство судей Верховного суда Канады, мы полагаем, что Сью Родригез просила признать за ней не право на свободу выбора, а право на выбор в пользу смерти (*option pour la mort*). Такая постановка вопроса реанимирует проблему нормативности права, вынесенную сторонниками Ламера за скобки. Они презюмировали дискриминационный характер положений ст. 241-б Уголовного кодекса Канады и задавались вопросом о правомерности такой дискриминации в свободном демократическом обществе. Разумеется, представив мадам Родригез жертвой патернализма Уголовного кодекса, Ламер без особого труда признал запрет на оказание помощи в самоубийстве неконституционным и противоречащим ценностям свободного демократического общества.

Если бы его точку зрения разделили большинство судей Верховного суда, то канадцы получили бы такое право на эвтаназию, которого еще не знала история. Так, Ламер считал его подлинным, основополагающим, конституционным правом человека. Но, например, в Нидерландах установлен специальный правовой режим

¹³ Вина (англ.) — Прим. пер.

применения эвтаназии и предусмотрена ответственность за его нарушение. Между тем из рассуждений главного судьи Верховного суда Канады нельзя вывести каких-либо условий, предъявляемых помощникам в самоубийстве. Иными словами, он и его коллеги высказывались в поддержку ничем не ограниченного права на помощь в самоубийстве, оказать которую может кто угодно. Возвращаясь к нидерландскому законодательству, отметим, что оно разрешает оказывать помощь в самоубийстве только врачам, защищая их тем самым от судебного преследования. Наконец, не следует упускать из виду того обстоятельства, что, рассматривая конкретное дело безнадежно и тяжело больной женщины, меньшинство в Верховном суде Канады фактически решало философский и юридический вопрос о праве на свободу выбора момента своей смерти. Однако между правом на эвтаназию в этом частном случае и правом на эвтаназию как основополагающим правом лежит огромная пропасть.

Несомненно, победа сторонников главного судьи Ламера в процессе по делу Сью Родригез имела бы значительные последствия для западной традиции права, придав новый импульс дискуссиям о легализации эвтаназии. Но об этом можно говорить лишь в сослабительном наклонении, т.к. аргументы Ламера не достигли своей цели. Их слабость объяснима методологическим просчетом главного судьи, пренебрегшего нормативностью объективного права во имя принципов равенства и свободы выбора, реализуемых в момент принятия судьбоносного решения.

Человеческое достоинство и смерть: аргументы большинства

Большинство судей Верховного суда Канады опирались в процессе по делу Сью Родригез главным образом на аргументы судьи Сопинка. Ссылаясь на ту же статью Хартии, что и главный судья, они пришли к противоположному выводу. Любопытно, что они всегда применяли те же приемы толкования права, которые применял и Ламер, но в этом судебном процессе они акцентировали внимание на человеческом достоинстве. Поэтому, прежде чем анализировать их аргументацию, необходимо осмыслить содержание этого понятия.

С ним тесно связано понятие права на свободу. Очевидно, право принимать судьбоносные решения является важным аспектом человеческого достоинства, образующего поле автономной деятельности индивида, сферу его частной жизни, свободной от вмешательства государства, значение которой трудно переоценить. В свою очередь,

государство обязано уважать решения граждан. Судья Сопинка, ориентируясь на философию права Р. Дворкина, согласно которой человеческая жизнь представляет собой «священную и неприкосновенную» ценность, обращал внимание на важнейшее измерение бытия человека — его достоинство¹⁴. Разумеется, «священный» характер человеческой жизни понимался им не с точки зрения религиозных догм, но как основание жизни общества, формирующегося и выбирающего направления развития в соответствии с принципом уважения чужой жизни. Судья Сопинка воспринимал жизнь человека в качестве фундаментальной ценности, обуславливающей регулирование общественных отношений, в рамках которых личность получает признание своего достоинства как залога гуманизма и реализации проекта «коллективной жизни» (*projet de «vie communautaire»*).

Очевидно, что жалоба Сю Родригез шла вразрез с логикой его рассуждений. Так, судья Сопинка утверждал: «Жизнь, как ценность, вступает в игру только на последней стадии болезни, которая потребует предпochсть ей смерть»¹⁵. В этой перспективе жалоба Сю Родригез воспринималась большинством судей Верховного суда Канады как выражение ее желания поскорее уйти из жизни. По их мнению, занимая маргинальную позицию, она ставила под сомнение ценность человеческой жизни как основания социума. Достоинство человека рассматривалось ими, в отличие от сторонников судьи Ламера, не как объект права «заинтересованного лица», а как элемент правового порядка¹⁶. Поэтому в жалобе мадам Родригез они видели вызов, брошенный правовой системе, включающей в себя множество элементов, объединенных общей целью защиты человеческой жизни как социальной ценности.

Однако следует признать аргументацию большинства судей Верховного суда Канады видоизмененной кантовской концепцией обязанности (*obligation*) и долга (*devoir*), отвергающей самоубийство и, тем более, помощь в его организации¹⁷. В основном их рассуждения строились вокруг оснований запрета на помощь в самоубийстве и равновесия индивидуальных и коллективных интересов. Но они слишком много внимания уделяли противопоставлению индивида и государства, тогда как искомое ими равновесие интересов устанавливается путем утверждения в обществе гуманистических

¹⁴ Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada. 1993. N° 3. P. 585.

¹⁵ Ibid. P. 586.

¹⁶ Ibid. P. 590.

¹⁷ Kant E. *Métaphysique des mœurs*. T. I. Paris, 1994. P. 65.

начал. Кроме того, заявляя о слабости и уязвимости человека, они вместе с тем дистанцировались от кантовского учения о долге.

В итоге они приходили к выводам о том, что человеческая жизнь должна пониматься как социальная и юридическая ценность и что на государстве лежит обязанность защищать ее любой ценой, т.к. человек слаб и уязвим. Судья Сопинка отмечал: «Статья 241-б Уголовного кодекса Канады имеет своей целью сохранить жизнь уязвимому человеку, под влиянием обстоятельств малодушно помышляющему о самоубийстве. Ее содержание отражает политику, проводимую государством, заинтересованным в защите человеческой жизни, и направленную на противодействие девальвации ее ценности. В соответствии с этой политикой законодателем запрещены убийство и иные акты насилия, независимо от согласия жертвы, а также запрещена смертная казнь...»¹⁸.

Такое толкование права не допускает аналогии между отказом пациента от лечения и самоубийством, совершенным с чужой помощью. Поскольку целью правового государства признается защита общего интереса и человеческой жизни, постольку запрет оказывать помощь в самоубийстве должен получить поддержку законодателя и судьи, которые не могут предвидеть всех случаев злоупотребления правом на эту помощь. Поэтому, регулируя общественные отношения правовыми нормами, например, запрещая оказывать помощь в самоубийстве, целесообразнее предоставить природе идти своим путем (как это произошло в случае Б. Нанси, к чьей просьбе прекратить лечение судьи не остались равнодушными)¹⁹.

Итак, большинство судей Верховного суда Канады в процессе по делу Сью Родригез пришли к выводу о «необходимости уважения человеческой жизни и предотвращения подрыва институтов, защищающих ее»²⁰. Эти институты выражают ценностные установки общества, придавая особое значение ценности человеческой жизни и обуславливая эффективное применение закона как образца индивидуального и коллективного поведения. Рассуждения судьи Сопинка и его коллег позволяют нам сформулировать два принципиально важных положения.

¹⁸ Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada. 1993. N° 3. P. 595.

¹⁹ *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec* (1992) // R.J.Q. 1992. P. 361. См. также: *Dworkin R. Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. New York, 1993.

²⁰ Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada. 1993. N° 3. P. 608.

Во-первых, признание ценности человеческой жизни и достоинства образует правовое основание свободного демократического общества. Это утверждение, не претендующее на статус абсолютной истины, относится к проблеме согласования фундаментальных гуманистических принципов в содержании правовых норм.

Во-вторых, право на помощь в самоубийстве не относится к базовым правам человека, т.к. оно отражает извращенное понимание человеческого достоинства.

Поэтому демократическое общество имеет все основания запретить помощь в самоубийстве.

Размышление: человек и передача права

Проведя анализ аргументации судей Верховного суда Канады, мы изложим нашу позицию в отношении запрета помощи в самоубийстве. Проще всего было бы представить судебный процесс по делу Сю Родригез как столкновение между приверженцами учения о субъективных правах и поборниками гуманистических ценностей, определяющих организацию и развитие общества, как противостояние радикальных либералов и умеренных либералов, развернувшееся в зале судебного заседания. Но, верное в целом, такое объяснение не приближает нас к решению проблемы. Полагаем, что ее решение можно обнаружить, учитывая особенности ситуации судьбоносного выбора и логику, позволяющую признать право другого человека распоряжаться нашим телом и нашей жизнью.

Удивляет то, что все судьи Верховного суда Канады в процессе по делу Сю Родригез придерживались инструментальной концепции человека. Пожалуй, это признаки нашего времени — редукция, упрощение, пренебрежение многообразием структурных элементов человеческого измерения (*dimension humaine*). Но случай мадам Родригез требовал иного подхода, который основывался бы на глубоко понимании природы человека и его потребностей. Между тем, оперируя в своих рассуждениях об универсальных ценностях философскими категориями, судьи Верховного суда Канады выхлацивали из них гуманистическую составляющую. На наш взгляд, чтобы преодолеть возникшие противоречия, им следовало занять посредническую позицию между преходящей реальностью и универсальными требованиями, исходя из которой судьи могли бы заявить об интерсубъективности человеческого существования²¹.

²¹ *Habermas J. Théorie de l'agir communicationnel. T. I. Paris, 1987. P. 397*

Такая логика адекватна ситуации, в которой оказалась мадам Родригез, т.к., используя ее, мы можем проанализировать отношение самоубийцы к собственной жизни как объекту выбора. Она объясняет инструментальный подход субъекта к выбору варианта поведения и к реализации им свободы выбора, принадлежащей каждому человеку. Распоряжаясь своей жизнью как объектом, субъект отдалается от самого себя. Принимаемая им модель рассуждений постепенно уничтожает его самого как субъекта, поскольку он воспринимает себя и все происходящее с ним отстраненно, с позиции инструментализма.

Вспомним формулировку жалобы, поданной Сью Родригез в Верховный суд Канады. Она просила признать ее право на самоубийство, совершить которое она планировала тогда, когда окажется не в состоянии сделать это сама, т.е. когда ей придется обратиться за помощью к третьему лицу. Анализ содержания ее жалобы позволяет нам утверждать, что в действительности мадам Родригез просила не о признании права на самоубийство, а о признании права третьего лица на оказание ей помощи в самоубийстве. Однако в ходе развернувшихся дискуссий подлинный предмет ее жалобы ушел на второй план, хотя никто не лишал ее права покончить жизнь самоубийством, признанного в Канаде и других западных странах. В любой момент она могла свести счеты с жизнью, не дожидаясь, пока болезнь доведет ее до беспомощного состояния. Следовательно, в жалобе Сью Родригез за вопросом о свободе выбора в пользу самоубийства скрывался вопрос о безответственности помощника в самоубийстве²².

Обратной стороной признания права на помощь в самоубийстве оказалось, таким образом, признание права помогать самоубийцам сводить счеты с жизнью. Лучше всех судей Верховного суда Канады это понял Сопинка, настаивавший на системном подходе к праву и размышлявший о запрете смертной казни. Но он не затронул проблемы лишения третьих лиц права распоряжаться чужими жизнями и телами, актуальной для западной традиции права. Античное рабство, крепостное право или смертная казнь предполагают право третьего лица на чужую жизнь или тело, что подразумевалось и в случае Сью Родригез.

Признание этого права представляется нам неприемлемым и заслуживающим осуждения. Поэтому мы принимаем сторону боль-

²² Ср.: Hohfeld W.N. *Fundamental Legal Conceptions*. New Haven, 1964.

шинства судей Верховного суда Канады, отказавшего мадам Родригез в удовлетворении ее жалобы. Очевидно, что свободное демократическое общество стремится не допустить легализации права третьих лиц на чужие жизни и тела. Однако редукционизм зачастую препятствует адекватному анализу философско-правовых проблем и в случаях, подобных делу Сью Родригез, ведет к недопустимым выводам.

Заключение: последний штрих

Решение Верховного суда Канады по делу Сью Родригез получило широкий общественный резонанс. Она проиграла процесс, но реализовала свое «право» на получение помощи в самоубийстве, попросив одного из популярных канадских депутатов стать свидетелем ее суицида. Под впечатлением от той неблагоприятной роли, которая досталась Верховному суду Канады, представшему в невыгодном свете, общественность сочувствовала Сью Родригез, покончившей с собой.

Подводя итоги нашим размышлениям, мы хотели бы обратить внимание на один важный аспект права, связанный с его применением и рискующий остаться незамеченным. Всегда ли оправданно применять законы, запрещающие оказывать помощь в самоубийстве? Думаем, что нет. Складывается впечатление, будто наше общество, законодатели и юристы забыли о том, что ценность закона не сводится к эффективности его применения и состоит, прежде всего, в его символическом характере. Как утверждали большинство судей Верховного суда Канады в процессе по делу Сью Родригез, закон, запрещающий помощь в самоубийстве, символизирует уважение к человеческой жизни. Но и они упускали из виду, что ценностью признается все многообразие ее проявлений²³. Поэтому целесообразнее последовать примеру многих западных стран, в чьих правовых системах закреплён институт убийства из сострадания (*homicide par compassion*), позволяющий индивидуально решить вопрос о помощи в добровольном уходе из жизни и в то же время препятствующий распространению этой практики. На наш взгляд, принимая решение о законности предоставления помощи в самоубийстве, необходимо сохранять осторожность и помнить о том, что речь идет об уважении человеческой жизни и достоинства, о сочувствии к другому человеку.

²³ *Boulad-Ayoub J., Melkevik B., Robert P. L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques. Québec, 1996.*

Библиографическое описание вошедших в монографию работ

Предисловие к русскому изданию (*пер. с фр. М.В. Антонова*)

Методология философии права

Зачем изучать философию права? Некоторые размышления о преподавании философии права (*пер. с фр. В.А. Токарева*)

Впервые опубликовано: Pourquoi étudier la philosophie du droit? Quelques réflexions sur l'enseignement de la philosophie du droit // В. Melkevik. *Réflexions sur la philosophie du droit*. Quebec: PUL, 2000. P. 7–16.

Впервые на русском: *Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов* / под ред. С.Н. Касаткина. Самара: СаГУ, 2010. С. 231–241.

Понятие права и современная философская рефлексия (*Пер. с англ. В. Войчишина и Е. Уваровой*)

Впервые опубликовано: The Concept of Law and Contemporary Philosophical Reflection // *Studia Universitatis Babeş-Bolyai. Iurisprudentia*. 2009. № 3. P. 51–60.

Пашуканис: марксистская интерпретация Мориса Ориу (*Пер. с фр. А.Н. Остроух*)

Впервые опубликовано: Pasukanis: une lecture marxiste de Maurice Hauriou // *Revue d'histoire des facultés de droit et de sciences juridiques*. 1989. № 8. P. 295–301.

Впервые на русском: Пашуканис: марксистская интерпретация Мориса Ориу // *Философия права в России: история и современность: материалы третьих философ.-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсисянца* / отв. ред. В.Г. Графский. М., 2009. С. 273–279.

Философия права в потоке современности (пер. с фр. М.В. Антонова и А.Н. Остроух)

Впервые опубликовано: *La philosophie du droit dans le tourbillon de la modernité // Travaux et jours de l'Université Saint Joseph*. 2006/2007. № 78. P. 141–166.

Впервые на русском: *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 527–545.

Говорите на языке «нового нарратива о праве», или о том, как политкорректность «юридически» узаконивает себя (пер. с фр. М.В. Антонова и Е.А. Патрикеевой)

Впервые опубликовано: *Parler povdroit! Un désarroi saisi par la philosophie du droit // Revista româna de drept privat*. 2007. № 6. P. 214–250.

Впервые на русском: *Правоведение. Известия ВУЗов*. 2012. № 1. С. 37–56.

Поэзия как стойкость: разоблачение тишины и равнодушия (Пер. с англ. Е. Уваровой)

Впервые опубликовано: *Poetry as Resilience: Engaging Silence and Indifference // Melkevik B. (ed.). Standing Tall. Hommages à Csaba Varga*. Budapest: Pázmány Press, 2012. P. 235–246.

Постмодернизм, право и «прощание с разумом». Критика постмодернистской правовой концепции (Пер. с фр. И.И. Коваленко)

Впервые опубликовано: *Postmodernisme, droit et “adieu à la raison”. Critique de la conception postmoderne du droit // Josiane Boulad-Ayoub (ed.) Carrefour: Philosophie et droit. Cahiers de l'ACFAS*. 1995. № 80. P. 41–58.

Юридическая эпистемология и уже-право

(пер. с фр. В.А. Токарева)

Впервые опубликовано: *Épistémologie juridique et déjà-droit*. Paris: Buenos Books International, 2014.

Предисловие

Эпистемологические размышления и вопрос о праве

Немного наведем порядок в области юридической эпистемологии

Небо, затуманенное уже-правом: эпистемологическая критика

Замечание о понятии «обязательной силы» и праве

Философия прав человека

Судьи и демократия (пер. с фр. М.В. Антонова и В.В. Денисенко)
Впервые опубликовано: *Juges et démocratie // Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Iurisprudentia*. 2011. № 3–4. P. 146–160.

Легитимность и права человека (пер. с фр. В.А. Токарева)
Впервые опубликовано: *Légitimité et droits de l'homme // J. Ferrand, H. Petit (eds.). Enjeux et perspectives des droits de l'homme. L'Odyssée des Droits de l'homme*. Vol. III. Paris: L'Harmattan, 2003. P. 213–222.
Впервые на русском: *Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: к 60-летию Андрея Васильевича Полякова* / под ред. М.В. Антонова и И.Л. Честнова: Том 2. СПб.: Алф-Пресс, 2014. С. 40–53.

Природа – субъект права? Критическое философское исследование (пер. с фр. А.Н. Остроух)
Впервые опубликовано: *La nature, un sujet de droit? Interrogation philosophique et critique // Cahiers Diké*. 1998. № 2.
Впервые на русском: *Юридическая наука в XXI веке: теоретические разработки и практические воплощения: Материалы международной научной конференции* / под ред. В.С. Горбань. Орел: ОлиК, 2008. С. 33–48.

Новый Гражданский кодекс Квебека и права человека: парадигма нового «общего права» (пер. с фр. В.А. Токарева)
Впервые опубликовано: *Le nouveau Code civil du Québec et les droits de l'homme: le paradigme d'un nouveau droit commun // J.L. Chabot, P. Didier, J. Ferrand (eds.). Le Code civil et les Droits de l'Homme. Actes du colloque international de Grenoble le 3 et 4 décembre 2003*. Paris: L'Harmattan, 2005. P. 403–416.
Впервые на русском: *Правоведение. Известия ВУЗов*. 2012. № 2. С. 64–78.

Насилие и молодежь: североамериканский контекст (пер. с фр. В.А. Токарева)

Впервые опубликовано: Violence et jeunesse. Le contexte nord-américain // С. Samet (ed.). *Violence et délinquance des jeunes*. Paris: La Documentation française, 2001. P. 45–64.

Впервые на русском: *Наука. Творчество. VII Международная научная конференция. В 3-х томах*. Т. 1. Москва: ИМСЭС, 2011. Т. 1. С. 47–66.

Ответственность перед лицом смерти. Дело Сью Родригес, рассмотренное Верховным Судом Канады (пер. с фр. В.А. Токарева)

Впервые опубликовано: La responsabilité devant la mort. Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada // *Elementos de juicio*. 2008. № 8. P. 275–288.

Впервые на русском: *Правоведение. Известия ВУЗов*. 2013. № 2. С. 161–171.

Bibliographical description of the works included into the monograph

Introduction to the Russian edition (*Transl. from French by Mikhail Antonov*)

Methodology of Legal Philosophy

Why study legal philosophy? Some Remarks about Teaching Legal Philosophy (*Transl. from French by Vasilii Tokarev*)

First published: Pourquoi étudier la philosophie du droit? Quelques réflexions sur l'enseignement de la philosophie du droit // B. Melkev-ik. *Réflexions sur la philosophie du droit*. Quebec: PUL, 2000. P. 7–16.

The Concept of Law and Contemporary Philosophical Reflection (*Transl. from English by Vitalii Voichishin and Elena Uvarova*)

First published: The Concept of Law and Contemporary Philosophical Reflection // *Studia Universitatis Babeş-Bolyai. Iurisprudentia*. 2009. № 3. P. 51–60.

Pashukanis: a Marxist Interpretation of Maurice Hauriou (*Transl. from French by Assya Ostroukh*)

First published: Pasukanis: une lecture marxiste de Maurice Hauriou // *Revue d'histoire des facultés de droit et de sciences juridiques*. 1989. № 8. P. 295–301.

Philosophy of Law in the Turbulence of Modernity (*Transl. from French by Mikhail Antonov and Assya Ostroukh*)

First published: La philosophie du droit dans le tourbillon de la modernité // *Travaux et jours de l'Université Saint Joseph*. 2006/2007. № 78. P. 141–166.

Speak New Legalese or How Political Correctness legitimizes Itself
(*Transl. from French by Mikhail Antonov and Elena Patrikeeva*)

First published: Parler novdroit! Un désarroi saisi par la philosophie du droit // *Revista româna de drept privat*. 2007. № 6. P. 214–250.

Poetry as Resilience: Engaging Silence and Indifference (*Transl. from English by Elena Uvarova*)

First published: Poetry as Resilience: Engaging Silence and Indifference // Melkevik B. (ed.). *Standing Tall. Hommages à Csaba Varga*. Budapest: Pázmány Press, 2012. P. 235–246.

Postmodernism: Law and ‘Farewell to Reason’. Criticism of the Postmodernist Conception of Law (*Transl. from French by Inna Kovalenko*)

First published: Postmodernisme, droit et “adieu à la raison”. Critique de la conception postmoderne du droit // Josiane Boulad-Ayoub (ed.) *Carrefour: Philosophie et droit. Cahiers de l’ACFAS*. 1995. № 80. P. 41–58.

Legal Epistemology and the Made Law

(*Transl. from French by Vasiliï Tokarev*)

First published: *Épistémologie juridique et déjà-droit*. Paris: Buenos Books International, 2014.

Introduction. Epistemic Reflections and the Question of Law

Let Us Bring Some Order in Legal Epistemology

The Heavens Blurred by the Made Law: Epistemic Critics

Remarks On the Concept of «Obligatory Force» and Law

Philosophy of Human Rights

Judges and Democracy (*Transl. from French by Mikhail Antonov and Vladislav Denisenko*)

First published: Juges et démocratie // *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Iurisprudentia*. 2011. № 3–4. P. 146–160.

Legitimacy and Human Rights (*Transl. from French by Vasilii Tokarev*)
First published: *Légitimité et droits de l'homme* // J. Ferrand, H. Petit (eds.). *Enjeux et perspectives des droits de l'homme. L'Odysée des Droits de l'homme*. Vol. III. Paris: L'Harmattan, 2003. P. 213–222.

Nature as a Subject of Law? A Critical Philosophical Research (*Transl. from French by Assya Ostroukh*)
First published: *La nature, un sujet de droit? Interrogation philosophique et critique* // *Cahiers Diké*. 1998. № 2.

New Civil Code of Quebec and Human Rights: A Paradigm of the New “Common Law” (*Transl. from French by Vasilii Tokarev*)
First published: *Le nouveau Code civil du Québec et les droits de l'homme: le paradigme d'un nouveau droit commun* // J.L. Chabot, P. Didier, J. Ferrand (eds.). *Le Code civil et les Droits de l'Homme. Actes du colloque international de Grenoble le 3 et 4 décembre 2003*. Paris: L'Harmattan, 2005. P. 403–416.

Violence and Youth: the Nord-American Context (*Transl. from French by Vasilii Tokarev*)
First published: *Violence et jeunesse. Le contexte nord-américain* // C. Samet (ed.). *Violence et délinquance des jeunes*. Paris: La Documentation française, 2001. P. 45–64.

Responsibility before the Face of Death: the Case of Sue Rodridez in the Supreme Court of Canada (*Transl. from French by Vasilii Tokarev*)
First published: *La responsabilité devant la mort. Sue Rodriguez devant la Cour suprême du Canada* // *Elementos de juicio*. 2008. № 8. P. 275–288.

Оглавление

Предисловие к русскому изданию	5
--------------------------------------	---

Методология философии права

Зачем изучать философию права?	
Некоторые размышления о преподавании философии права	13
Понятие права и современная философская рефлексия	22
Пашуканис: марксистская интерпретация Мориса Ориу	35
Философия права в потоке современности	43
Говорите на языке «нового нарратива о праве», или о том, как политкорректность «юридически» узаконивает себя	69
Поэзия как стойкость: разоблачение тишины и равнодушия	95
Постмодернизм, право и «прощание с разумом».	
Критика постмодернистской правовой концепции	113

Юридическая эпистемология и уже-право

Предисловие.	
Эпистемологические размышления и вопрос о праве	133
Немного наведем порядок в области юридической эпистемологии	138
Небо, затуманенное уже-правом: эпистемологическая критика	154
Замечание о понятии «обязательной силы» и праве	174

Философия прав человека

Судьи и демократия	191
Легитимность и права человека	208
Природа — субъект права?	
Критическое философское исследование	221
Новый Гражданский кодекс Квебека и права человека: парадигма нового «общего права»	240
Насилие и молодежь: североамериканский контекст	258
Ответственность перед лицом смерти.	
Дело Сью Родригес, рассмотренное Верховным Судом Канады	266
Библиографическое описание вошедших в монографию работ	279

Contents

Introduction to the Russian edition.....	5
------------------------------------------	---

Metodology of Legal Philosophy

Why study legal philosophy?	
Some Remarks about Teaching Legal Philosophy	13
The Concept of Law and Contemporary Philosophical Reflection.....	22
Pashukanis: a Marxist Interpretation of Maurice Hauriou	35
Philosophy of Law in the Turbulence of Modernity	43
Speak New Legalese or How Political Correctness legitimizes Itself	69
Poetry as Resilience: Engaging Silence and Indifference	95
Postmodernism: Law and «Farewell to Reason».	
Criticism of the Postmodernist Conception of Law	113

Legal Epistemology and the Made Law

Introduction. Epistemic Reflections and the Question of Law	133
Let Us Bring Some Order in Legal Epistemology.....	138
The Heavens Blurred by the Made Law: Epistemic Critics.....	154
Remarks On the Concept of «Obligatory Force» and Law	174

Philosophy of Human Rights

Judges and Democracy.....	191
Legitimacy and Human Rights	208
Nature as a Subject of Law? A Critical Philosophical Research.....	221
New Civil Code of Quebec and Human Rights:	
A Paradigm of the New «Common Law».....	240
Violence and Youth: the Nord-American Context	250
Responsibility before the Face of Death:	
the Case of Sue Rodridez in the Supreme Court of Canada	266
Bibliography of Csaba Varga's works	283

Бъярн Мелкевик

**Юридическая практика в зеркале
философии права**

*Пер. с фр. и англ. М.В. Антонова, А.Н. Остроух,
В.А. Токарева, Е. Уваровой и др.
/ отв. ред. М.В. Антонов*

Генеральный директор Н.А. Исаев

Подписано в печать с готового оригинал-макета 01.09.2015 г.
Формат 60x90 1/16, печать офсетная.
Усл. печ. л. 16,74. Тираж 1000 экз. Заказ № 269.

ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс».
191119 Санкт-Петербург, ул. Достоевского, д. 27, Литер А, п. 10-Н.
www.alef-press.org
тел. 89192002020
E-mail: nikolajisaev@yandex&ru