А. Ю. Дорский

ФИЛОСОФСКИЕ ОСНОВАНИЯ КОММУНИКАТИВНОЙ КОНЦЕПЦИИ ПРАВА

Предлагается новый взгляд на развитие философских оснований коммуникативной концепции права. Доказывается, что истоки современных подходов к праву как диалогической системе находятся в социальной философии Т. Гоббса. Право представляется как выражение общественной свободы в форме ограничивающего свободу закона.

Ключевые слова: право, естественное право, коммуникации, диалог, свобода, воля, произвол, человеческая природа, разум, закон.

A. Dorskiy

PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF THE COMMUNICATIVE CONCEPT OF LAW

A new view on the development of the philosophical foundations of the communicative concept of law is suggested. It is proved that the origins of modern approaches to law as a dialogic system are in T. Hobbes' social philosophy. Law is represented as an expression of public freedom in the form of the law limiting freedom.

Keywords: law, the natural right, communication, dialogue, freedom, will, arbitrariness, human nature, reason

Наступление Нового времени в Европе ознаменовалось радикальным изменением правопонимания, а точнее, — понимания социальных норм вообще. Строго говоря, именно в это время право и становится самим собой, раскрывает свое существо как формальное равенство, общеобязательность которого гарантируется публичной политической властью. «Только в условиях товарного хозяйства рождается абстрактная правовая форма, то есть способность иметь право вообще отделяется от конкретных правопритязаний» [7, с. 110][*]. Однако не-

возможно не заметить, что именно абстрактность правовой формы вплоть до сегодняшнего дня приводит широкие социальные слои к неприятию права как инструмента регуляции: на протяжении всего Нового времени формальное равенство противопоставлялось материальному, причем материальное безоговорочно предпочиталось. Последнее вполне понятно, поскольку число обездоленных (часто в смысле собственности — лишенных доли материальных благ, всегда — в психологическом смысле, то есть получивших ощутимо меньше, чем другие) значительно превышало количество тех, кто оказался своим «на празднике жизни». В этой ситуации принцип формального равенства воспринимался большинством как средство манипуляции со стороны материально и властно обеспеченных слоев.

На таком фоне особенного внимания заслуживает американский опыт победы идеологии абстрактной справедливости над идеологией конкретного жизнеутверждения. С нашей точки зрения, именно так и следует толковать историю противостояния последователей исторически реального общественного договора, последователей переселенцев с «Майского цветка», с жителями южных колоний, возникших ради удовлетворения коммерческих интересов. При этом, как известно, южане бывали людьми приятными во всех отношениях, в том числе и в отношениях со своими рабами, а история Севера насыщена бесчеловечностью. Тем не менее, очевидно, что развитие тенденций, заложенных отцами-основателями, привело к сближению формального и материального равенства за счет актуализации последнего. Для западноевропейских стран мы можем говорить о таком сближении как факте после Второй мировой войны и — особенно — ближе к концу XX века. Для большей части человечества подтверждение формального равенства материальным благосостоянием — лишь дело возможного (то есть не обязательно реального) будущего. Тем не менее отметим признание принципов правового регулирования как одной из необходимых предпосылок последующего стабильного и долгосрочного увеличения благосостояния[**]. Таким образом, следует говорить о том, что некоторые тенденции, обнаружившиеся в начале Нового времени, на сегодняшний день еще далеко не исчерпаны, но, напротив, приобретают качественно новую силу.

Теория естественного права (юснатурализм), господствующая в европейской цивилизации с конца XVIII в., продолжает оставаться весьма продуктивной для современного правопонимания, но и вызывает ожесточенные споры. Думается, часть этих споров (хотя и далеко не все!) связана с упрощенным пониманием естественных прав, начертанным на знаменах Американской и Французской революций. Это неизбежное упрощение, связанное с обращением теории в социальную практику, выразилось в том, что естественное стало пониматься как данное не просто от рождения, но именно — в силу рождения. Общеизвестен эффект, вызванный книгой Дж. Ролза, добропорядочного буржуа, вдруг предложившего время от времени заниматься переделом частной собственности чуть ли не в духе социалистов. А ведь ничего неожиданного в теории Ролза не было: если понимать право частной собственности как право, данное в силу рождения, от природы, то с какой стати один при рождении должен иметь больше, чем другой? В силу того, что у одного из них природа лучше? Но это человечество уже «проходило». Естественные раз-

личия между людьми, являющиеся предпосылкой социальных различий, — представления о том, что кто-то сделан из ступней, а кто-то из рук первозданного великана, — идеология, ничего общего не имеющая с идеологией Нового времени. В эту эпоху «…природное различие является… предпосылкой их (индивидов — *А. Д.)* социального равенства…» [5, с. 189]. Итак, от природы все равны, — так отдайте младенцу его часть собственности!

Обратимся к истокам. С нашей точки зрения, впервые с достаточной степенью последовательности полноты проект Нового времени был изложен в философии Т. Гоббса, который и сам небезосновательно называл себя «первым философом морали». Гоббс следует античной традиции и не отказывается от апелляций к разуму и справедливости, но вкладывает в эти понятия новое содержание. «То, что не противоречит истинному разуму, то признается всеми и справедливым и совершенным *по праву*. Ведь этим словом обозначается не что иное, как свобода пользоваться своими способностями согласно истинному разуму. Таким образом, первое основание естественного права состоит в том, чтобы *каждый в силу своих возможностей оберегал собственную жизнь и тело*» [3, с. 289]. Однако «истинный разум» не Бог, идея идей, и даже «не способность к безошибочным действиям <…>, но мыслительный акт, т. е. собственное для каждого правильное рассуждение о действиях…» [3, с. 294]. Итак, истинный разум — это собственный разум.

Что же касается справедливости, то Гоббс вспоминает учение Аристотеля о справедливости как пропорции и категорически возражает: «Ведь если мы продадим наши вещи за столько, за сколько сможем, то не будет совершено никакой несправедливости по отношению к покупателю, который хотел этого и стремился к этому, точно так же, если я из собственного имущества дам человеку меньше, чем он заслуживает, то я не совершу никакой несправедливости, если только я дам столько, сколько обещал <…> Однако же невозможно отрицать, что *справедливость* есть своего рода равенство, состоящее только в том, что, поскольку все мы от природы равны, никто не должен требовать себе права больше, чем он сам предоставляет другому***, если только это право не приобретено им по соглашению. Эти возражения <…> сделаны были для того, чтобы никто не думал, что *несправедливостью* является что-нибудь иное, кроме нарушения слова и договора…» [3, с. 308]. Справедливость, таким образом, есть соглашение, основанное на принципе формального равенства.

Попробуем определить: естественное право есть свобода каждого действовать ради достижения своего блага, руководствуясь собственными представлениями о нем и путях его достижения, при условии ненарушения интересов другого, поскольку они высказаны во взаимном соглашении или предполагаются аналогичными интересам данного субъекта. И еще раз отметим в соответствии с логикой и волей самого Гоббса: естественное право проистекает из человеческой природы, но «в естественном состоянии естественные законы молчат» [3, с. 327]. Право есть содержание свободы в обязывающей форме закона: «Право же есть естественная свобода, не установленная законами, а оговоренная в них» [3, с. 415]. Закон, с точки зрения Гоббса, состоит из двух частей: одна часть — предписывающая (диспозиция), другая — предусматривающая наказание за неисполнение закона (санкция).

Таким образом, если право разумно, то обеспечение права законами не нуждается в апелляции к разуму. «Совет есть указание, повиновение которому основано на самой *сущности дела, приказание* же есть *указание*, повиновение которому зависит от указывающего» [3, с. 413], его не подлежащего сомнению авторитета. Поскольку закон имеет дело со сдерживанием неразумной, противостоящей праву природы человека (первой, индивидуальной природы), то и его собственная форма *должна быть неразумна*, хотя его существо и укоренено в разуме (праве). Таким образом, насилие и порождаемый им страх есть определяющие характеристики закона.

Таким образом, по Гоббсу, природа естественных прав не естественна и даже противоестественна. Точнее говоря, естественное право всех на все у Гоббса является чистой потенциальностью, никогда не становясь актуальным в силу фактической невозможности такого состояния, если на Земле существует более одного человека. Это «право» для Гоббса выполняет ту же роль, что и понятие потенциальной энергии для современной физики: без его введения невозможно объяснить наличие чего-то актуального. Но само это понятие не обозначает никакого явления в реальном мире, оно представляет собой научную фикцию. Иными словами, если бы нашлась иная возможность объяснения некоторой актуальности, то незачем было бы и придумывать соответствующую ей потенциальность. Вот только никакого другого объяснения вместо этого нет и быть не может, что справедливо утверждал еще Аристотель. Для того, чтобы нечто в было в реальности, до того оно должно быть в возможности. Отчего же Гоббс предполагает не возможность обладания вот этой вещью, а возможность обладания всеми вещами вообще? Ответ очевиден: потому что человек свободен. Заранее ему ничего не дано, но для него все возможно. Он может выбрать ту или иную вещь, он может выбрать такого или иного самого себя. Другой — менее очевидный — вопрос заключается в следующем: каковы условия перехода возможности в действительность? Для Гоббса этой возможностью является коммуникация. Следовательно, актуальное — оно же единственно реальное, а не фиктивное — право возникает не в силу рождения, а силу коммуникации, хотя в круг коммуникации человек включается с самого рождения. Гоббс еще об этом не знает (а может быть, просто не задумывается специально), но именно человеческая коммуникация и вырывает человека из лона природы, делает его противоестественным существом. Подчеркнем еще раз: естественное право принадлежит человеку от рождения, но не в силу рождения.

Упрощение позиции Гоббса началось сразу: уже у того, с чьим именем обычно и связывается новоевропейская концепция естественных прав, — Дж. Локка. Локк полагает, что в естественном состоянии люди признают друг за другом три права: на жизнь, на свободу и на собственность. Но когда дело доходит до анализа этих прав, оказывается, что Локк, как и его предшественник, центрирует свою философию на социальных коммуникациях, а не на природной данности. В основе оказывается отношение человека к чему-то внеположенному в связи с отношением к этому же другого. «Великой и главной целью объединения людей в государства и передачи ими себя под власть правительства является сохранение ими собственности» [4, с. 72]. Не природной данности — жизни, а собственности! Да и само право

на жизнь Локк понимает в качестве возможности распоряжаться жизнью как собственностью.

В связи с данными наблюдениями представляется ущербным понимать под естественно-правовым подходом ниточку, тянущуюся от Гоббса через Руссо к Ролзу, как происходит обычно. С нашей точки зрения, гоббсовское естественное право нашло свое гораздо более полное понимание и теоретическое развитие в традициях, ориентированных на изучение коммуникационной социальной практики: будь то акцент на исторически сложившемся обычае (Г. Гуго, историческая школа права) или на представлении о праве как неустойчивом компромиссе борющихся интересов (Р. фон Иеринг). Едва ли не самым распространенным сегодня пониманием общества является социальный конструктивизм (см. напр., [1]).

В этой связи важно указать на существенный пробел, скрывающийся в рассуждениях Гоббса: разум, который у всех одинаков, в силу этого должен быть и единым — в противном случае откуда бы взялась одинаковость? Сконструированность социальной реальности не может не иметь предпосылки в изначальном человеческом единстве. Это единство будет очень по-разному формулироваться последователями и оппонентами английского мыслителя: здесь и фихтевское «Я», и «сознание Мы» Франка, и многое, многое другое. Мы не станем глубоко вдаваться в полемику по поводу человеческой природы, так как, собственно, главным выводом и основной предпосылкой работы Гоббса «О человеке» является мысль, которую со всей категоричностью можно было сформулировать только в XX или XXI веке: «такой вещи, как человеческая природа, просто не существует, поскольку люди преобразуются и меняются по ходу собственного развития. Они творят себя подобно тому, как поэты творят стихи» [9]. А потому (еще одна цитата из той же работы Р. Рорти) «большинство западных интеллектуалов почти ничего не знают о философии и еще меньше озабочены этим фактом. По их мнению, предположение о том, что политические взгляды отражают философские убеждения, сродни гипотезе, согласно которой хвост способен управлять собакой» [9].

Конечно же, Рорти вместе с упомянутыми им «западными интеллектуалами» несколько упрощает ситуацию. Ведь его утверждение базируется на вполне определенном представлении о человеческой природе. Человек в этом контексте понимается как самотворящее существо, причем условием этого творчества является коммуникация. А для того, чтобы она состоялась, необходимо единство коммуницирующих субъектов. Единство, которое сегодня поминается чуть ли не в каждом философско-политическом тексте под именем «солидарность», а в фундаментальных текстах Нового времени называлось «братство». Думается, что для предмета нашего исследования этот уровень проникновения в человеческую природу является необходимым и достаточным.

Иными словами, при всей ограниченности попыток социального конструктивизма и близких к нему течений дискурс-анализа и теории социальных представлений истолковать доступную человеку реальность как конструкт его собственных коммуникационных актов, в отношении социальных норм этот подход представляется вполне оправданным. А. В. Поляков так обосновывает коммуникативную концепцию права: «Право невозможно вне социальной

коммуникации; условием правогенеза является не возникновение государства, а формирование психосоциокультурных реалий, имеющих коммуникативную направленность, в которых находят свою объективацию правовые тексты, правовые нормы и правовые отношения, порождаемые интерсубъективной (коммуникативной) деятельностью членов социума» [8, с. 7].

На сегодняшний день одним из самых ярких выражений роли коммуникационных процессов в праве следует признать концепцию И. Л. Честнова [12]. Диалогичность онтологии права, с точки зрения И. Л. Честнова, состоит в отношении индивидуального и коллективного начала. Это соотношение, присутствуя в скрытом виде в любой момент существования правовой действительности (т. е. всегда и везде, где есть социум, — по И. Честнову), является в генезисе правовых норм. Любая из них инициируется конкретным индивидом, но впоследствии принимается или не принимается обществом в целом. «В конечном счете окончательный выбор правила поведения как правомерного или противоправного зависит от широких народных масс, которые либо принимают его и включают в контекст правовой культуры общества, либо отвергают» [11, с. 71].

Нам представляется очень продуктивным осуществленный И. Л. Честновым перенос понятия «диалог» из сфер философской антропологии, культурологии и литературоведения в сферу философии права. Общий подход к проблеме, на наш взгляд, отвечает уровню современной мировой науки и выглядит значительно перспективнее, чем господствующий в отечественной литературе, но лишенный онтологического горизонта, нормативизм (Н. И. Матузов), естественно-правовой подход (С. С. Алексеев), либертарная теория (В. С. Нерсесянц) или и вовсе задержавшийся в XIX в. позитивизм. Тем не менее позволим себе высказать некоторые несогласия с позицией И. Л. Честнова.

Думается, что роль индивидуального начала должна быть несколько переосмыслена. С нашей точки зрения, П. Бурдье — а именно в нем ищет авторитетного союзника И. Честнов — ошибается, когда утверждает, что «основа закона есть не что иное, как произвол» [2, с. 15]. Французский мыслитель, вслед за своим великим предшественником Б. Паскалем, смешивает обычай, закон и власть. Каждый из них в отдельности и все они вместе — результат чьего-то волюнтаристского и противозаконного действия. Происхождение закона само по себе есть некий перерыв в законности, и нет ничего более опасного для авторитета закона, чем историческое исследование. Силу закона Бурдье укореняет в «амнезии происхождения». Впрочем, можно заметить, что не менее опасным для закона становится вообще всякое исследование, поскольку на любой вопрос о сути законодательного требования его служитель может ответить лишь одно: «Закон есть закон». Ни справедливости, ни гуманизма, ни целесообразности, ни логики не находит Бурдье в основании закона. Однако даже если и согласиться с его печальным диагнозом, будет ли это означать, что закон определен случайностью индивидуального произвола? Думается, для такой логической связи нет никаких оснований. Укоренение закона в персональном волюнтаризме попросту лишает смысла утверждение Паскаля—Бурдье о беззаконности закона, поскольку никакого критерия для отличения одного от другого мы не находим. И сам Бурдье в своей теории «автономных полей» (независи-

мых сфер деятельности) прекрасно показывает, как мало места остается в этих полях произволу: «Знаменитая дюркгеймова формула «объяснять социальное через социальное» и есть такая основополагающая тавтология и социологическое «Несоциолог да не войдет!». *Быть социологом — значит быть признанным социологами как социолог и принять негласное правило социологической игры, состоящее в решении социологических проблем социологическими методами*» (выделено автором. — *А. Д.*) [2, с. 16]. Основа закона (права) как раз должна быть в чем-то ином, а вот по форме закон действительно представляет произвол. Посредством этой формы право становится действительностью. Причем речь идет как о произвольном действии субъекта, облеченного политической властью, так и о действиях любого лица, использующего закон или заключающего договор с нормативным содержанием. Дело не только во внешних ограничителях произвола, о которых пишет И. Л. Честнов (ресурсы, здравый смысл и т. д.), — эти ограничители, безусловно, имеют место и играют очень важную роль; дело в том, что право вообще не произвольно по своей природе.

С. А. Крипке, объясняя соотношение слова и обозначенного им явления, вводит метафору «первое крещение». Эта метафора означает, что слово соединяется с вещью вполне произвольно, но наше использование данного слова абсолютно закономерно. Какова бы ни была наша историческая диспозиция, мы всегда обнаруживаем себя в присутствии некоторого слова, системы слов, и не можем этого изменить. Даже изобретенный конкретным человеком неологизм всегда укоренен в уже имевшихся у этого человека словах, а значит, имеет характер «нео» лишь внешне, при весьма поверхностном уровне понимания. Скажем, мы точно знаем, что слово «эстетика» предложил А. Г. Баумгартен. Однако это вовсе не означает, что Баумгартен придумал это слово. «Первое крещение» обозначенной Баумгартеном философской науки произошло задолго до жизни немецкого исследователя, т. е. даже до официального возникновения этой науки. А вот, кто «придумал» слово «эстезис», неизвестно. Более того, это слово не обладает в современном сознании строго фиксированным значением. Как и слово «эстетика». Вообще, сказанное означает, что даже в самых революционных действиях индивид существенным образом ограничен существующей — коммуникационной — ситуацией.

Однако мы далеки и от другой крайности французской философской мысли, утверждающей, что «язык — это фашист», а право, на нем созданное, — абсолютное насилие. Хотя акт «первого крещения» всегда бесконечно удален от наблюдателя, находящегося «здесь и сейчас», необходимо мыслить этот акт как выражение совместной свободы субъектов, находящихся в состоянии коммуникации. По той самой причине, что крещение это — первое, и до него ничего, что могло бы его детерминировать, не было. Право — это общественная свобода, реализующаяся в формах субъективного произвола. Теперь уместно поставить вопрос об условиях перехода потенциальности в действительность, т. е. в нашем случае — реализации общественной свободы[****]. Этим условием является диалог. Точнее, публичный диалог, признаваемый участниками политическим.

Таким образом, несмотря на возможные и неизбежные различия в современной теоретико-правовой мысли, мы на-

блюдаем преобразование подходов к праву в результате осознания роли коммуникаций в правотворчестве. Достигнутым на сегодняшний день итогом является выдвижение концепции права как диалога.

ПРИМЕЧАНИЯ

*См. также работы В. С. Нерсесянца [6], Э. Ю. Соловьева [10] и др.

**Очевидна условность терминов «стабильность» и «долгосрочность». В таких случаях обычно добавляют: при прочих равных условиях. Поясняя на примере: если не произойдет землетрясения, каждый житель города может рассчитывать на более благополучное существование в некоторой перспективе в том случае, если в городе соблюдаются принципы права, чем в том случае, если он ограбит сегодня своего соседа и сбежит с награбленным.

***В аналогичном контексте Гоббс ссылается на «золотое правило морали»: «никто не должен делать другому того, что он считал бы несправедливым, если бы другой это делал по отношению к нему» [3, с. 261].

****В этой формуле становятся очевидными сильные и слабые стороны права как социального регулятора. Право это все-таки не индивидуальная свобода, хотя последняя без него и невозможна. Как обнаруживающее себя в формах индивидуального произвола право всегда стремится к перерождению (злоупотребление правом) и к самоотрицанию (противоправные деяния). Поэтому право не может быть самодостаточным, оно нуждается в подтверждении и в закреплении со стороны иноприродных по отношению к нему институтов (государства).

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Бергер П. Л., Лукман Т.* Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М.: Моск. филос. фонд и др., 1995. 322 с.

2. *Бурдье П.* За рационалистический историзм // Социо-Логос постмодернизма’97. Альманах Российско-французского центра социологических исследований Института социологии РАН. М.: Институт экспериментальной социологии, 1996. С. 9–29.

3. *Гоббс Т.* Сочинения: В 2 т. М.: Мысль, 1989. Т. 1.

4. *Локк Дж.* Избранные философские произведения: В 2 т. М.: Издательство социально-экономической литературы, 1960. Т. 2. 532 с.

5. *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения. Киев.: Политиздат Украины, 1982. Т. 46. Ч. 1. XXVI. 515 с.

6. *Нерсесянц В. С.* Философия права: учебник для вузов: для студентов высших учебных заведений, обучающихся по юридическим специальностям. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2006. XII, 835 с.

7. *Пашуканис Е. Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства. М.: Наука, 1980. 271 с.

8. *Поляков А. В.* Коммуникативная концепция права: Проблемы генезиса и теоретико-правового обоснования: Дис. … д-ра юрид. наук в форме научного доклада. СПб., 2002. 35 с.

9. *Рорти Р.* Демократия и философия // http://www.bim-bad.ru/biblioteka/article_full.php?aid=923&binn_rubrik_pl_articles=69 (Дата обращения: 08.08.09).

10. *Соловьев Э. Ю.* Феномен Локка // Прошлое толкует нас. М., 1991. С. 146–166.

11. *Честнов И. Л.* Истоки права // Истоки и источники права. Очерки / Под ред. Р. А. Ромашова и Н. С. Нижник. СПб., 2006. С. 22–78.

12. *Честнов И. Л.* Право как диалог: К формированию новой онтологии правовой реальности. СПб.: С.-Петерб. юрид. ин-т Ген. прокуратуры Рос. Федерации, 2000. 103 с.

REFERENCES

1. *Berger P. L., Lukman T.* Social'noe konstruirovanie real'nosti. Traktat po sociologii znanija. M.: Mosk. filos. fond i dr., 1995. 322 s.

2. *Burd'e P.* Za racionalisticheskij istorizm // Socio-Logos postmodernizma'97. Al'manah Rossijsko-francuzskogo centra sociologicheskih issledovanij Instituta sociologii RAN. M.: Institut eksperimental'noj sociologii, 1996. S. 9–29.

3. *Gobbs T.* Sochinenija: V 2 t. M.: Mysl', 1989. T. 1.

4. *Lokk Dzh.* Izbrannye filosofskie proizvedenija: V 2 t. M.: Izdatel'stvo social'no-ekonomicheskoj literatury, 1960. T. 2. 532 s.

5. *Marks K., Engel's F.* Sochinenija. Kiev.: Politizdat Ukrainy, 1982. T. 46. Ch. 1. XXVI. 515 s.

6. *Nersesjanc V. S.* Filosofija prava: uchebnik dlja vuzov: dlja studentov vysshih uchebnyh zavedenij, obuchajuwihsja po juridicheskim special'nostjam. 2-e izd., pererab. i dop. M.: Norma, 2006. XII. 835 s.

7. *Pashukanis E. B.* Izbrannye proizvedenija po obschej teorii prava i gosudarstva. M.: Nauka, 1980. 271 s.

8. *Poljakov A. V.* Kommunikativnaja koncepcija prava: Problemy genezisa i teoretiko-pravovogo obosnovanija: Dis. … d-ra jurid. nauk v forme nauchnogo doklada. SPb., 2002. 35 s.

9. *Rorti R.* Demokratija i filosofija // http://www.bim-bad.ru/biblioteka/article_full.php?aid=923&binn_rubrik_pl_articles=69 (Data obraschenija: 08. 08. 09).

10. *Solov'ev E. Ju.* Fenomen Lokka // Proshloe tolkuet nas. M., 1991. S. 146–166.

11. *Chestnov I. L.* Istoki prava // Istoki i istochniki prava. Ocherki / Pod red. R. A. Romashova i N. S. Nizhnik. SPb., 2006. S. 22–78.

12. *Chestnov I. L.* Pravo kak dialog: K formirovaniju novoj ontologii pravovoj real'nosti. SPb.: S.-Peterb. jurid. in-t Gen. prokuratury Ros. Federacii, 2000. 103 s.