

УДК 321.01

ТЕОРИЯ ЛЕГИТИМНОСТИ ПРАВОВЫХ НОРМ И СОВРЕМЕННЫЕ МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ СТАНДАРТЫ СОЦИАЛЬНОЙ НАУКИ¹

М. А. Беляев

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 27 января 2015 г.

Аннотация: в статье обосновано, что легитимность правовых норм как предмет науки требует системной онтологии, а также интерессубъективного обоснования теоретических выводов. Показано также, что теория легитимности выполняет по отношению к социуму критическую функцию.

Ключевые слова: легитимность, право, теория систем, интерессубъективность, коммуникативная рациональность, социальный критицизм.

Abstract: *the article proves that the juridical legitimacy as a subject of science need the system ontology and intersubjective justification of theoretical conclusions. In addition, it is shown that the theory of legitimacy actualizes critical function in relation to society.*

Key words: *legitimacy, law, system theory, intersubjectivity, communicative rationality, social criticism.*

Проблема легитимности права в кратчайшем изложении состоит в следующем: требуется указать основания, в силу которых данное правило поведения является обязательным к исполнению (соблюдению)². Поскольку с течением времени любое обоснование перестает удовлетворять некоторым обстоятельствам и факторам, указанную проблему требуется решать заново. Другой вариант – найти единственный и вневременной критерий. В промежутке между безапелляционной абсолютизацией и

¹ Публикация подготовлена в рамках поддержанного РГНФ научного проекта № 14-03-00491.

² В юриспруденции традиционно различают исполнение права (если речь идет о предписаниях совершать некое активное действие, к примеру платить налоги) и его соблюдение (если речь идет о предписаниях воздерживаться от совершения определенных действий; главным образом запреты распространены в уголовном и административном праве, но отнюдь не исключаются и в частноправовых отраслях). Предписания и запреты являются императивными правовыми средствами, поскольку в их реализации заинтересовано само государство и целостность правопорядка напрямую зависит от их осуществления. Наряду с императивными выделяют также диспозитивные правовые средства, чье использование относится к области субъективных интересов граждан и организаций. Их реализация не определяет в общем случае состояния законности в государстве, хотя и не является для власти безразличной.

безграничным релятивизмом заключено множество вариантов решения данной проблемы. Современные исследователи, обращаясь к этому множеству, стараются избегать указанных крайностей.

Легитимность принадлежит к числу сравнительно новых тем в общей теории права³, в отличие от политической науки, где существует множество интересных разработок, достаточно назвать исследования М. С. Липсета [1], Д. Битема [2], Р. Дворкина [3], А. Бьюканана [4] и др. Применительно к российскому дискурсу ее новизна вызвана парадигмальными и социальными причинами. Под социальной причиной подразумевается некий парадокс регулирования: в обществе существует устойчивое доверие к власти, однако спрос на право отнюдь не возрастает⁴. Под парадигмальной причиной имеется в виду исчерпание традиционным для советской науки позитивизмом своих объяснительных потенций. Как верно отмечают Н. А. Придворов и В. В. Трофимов, «монополия на понимание законов развития общества в виде исторического материализма не могла не отразиться на общей структуре правового мировоззрения, которое и сегодня, как правило, игнорирует горизонтальный уровень правовой действительности, очень часто автономный от вертикали правового воздействия» [8, с. 101]. С ними солидарен В. В. Денисенко: «В основе отечественного правоведения до сих пор лежит материалистическая философия Нового времени, которая свела все виды деятельности к труду» [9, с. 97]. Но мы считаем, что дело даже не в марксизме как философии, а в одномерной перспективе, заданной юридическим позитивизмом. Этот момент стоит прокомментировать.

Концепция юридического позитивизма основание действительности правовой нормы видит исключительно в том, что данная норма издана сувереном в лице компетентного органа государственной власти. Тождество нормы права и приказа суверена является здесь вполне достаточным основанием, что в общем-то коррелирует с методологической основой позитивизма: норма права есть эмпирический факт и ее авторство тоже является эмпирическим фактом. Следовательно, речь может идти только о том, установлена ли связь между двумя фактами. Метафизические сущности для объяснения права (точнее, для доказательства его наличия) привлекать вовсе не требуется. Преимущества этой теории очевидны, и, чем проще интерпретация права как приказа, тем выше ее объяснительный потенциал. Приказы могут быть разные, а суверен

³ Нам известно единственное монографическое исследование на эту тему – В. В. Денисенко «Легитимность как характеристика сущности права» (М., 2014).

⁴ В обширной литературе, посвященной проблемам нормативного регулирования, парадоксы именно так и интерпретируются, с привлечением экономической терминологии, что особенно ярко представлено в работах К. Санстейна [5], Х. Р. ван Гунстерена [6] и У. А. Фишела [7]. Парадоксам регулирования уделил внимание В. Ю. Скоробогатов в работе «Саморегулирование как свойство правовой системы», представленной в виде диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук в 2013 г. (с. 89–92). Иных упоминаний данного явления в отечественной литературе нами не обнаружено.

– один. Его воля, будучи формой организации и управления, становится к тому же содержанием. Для практики, как и для теории, эта умозрительная схема кажется соблазнительной в своем универсализме. Так, юридический позитивизм не испытывает затруднений при классификации источников права, без проблем способен отличить моральную норму от правовой и т.п. Но как только возникает вопрос о качестве правового регулирования, позитивизм мгновенно устраняется от ответа: по словам Дж. Остина, «существует право или нет – это один вопрос, а удовлетворяет ли оно принятым критерием качества – другой вопрос» [10, р. 157].

Нельзя сказать, что эта особенность юридического позитивизма делает его безусловно ошибочным. Поскольку конструирование теории не может продолжаться бесконечно и где-то должно найти свое завершение, попытку юристов умолчать о качестве правовых предписаний не стоит расценивать как демонстративное невнимание к этой проблеме⁵. Вернее было бы говорить, что мы имеем дело с парадигмально обоснованным познавательным ограничением, в пределах которого, кстати, до сих пор остаются возможными некоторое развитие, концептуализация юридических проблем и их решение⁶. Поскольку позитивистский принцип элиминации метафизики не отменяет необходимости исследователя наблюдать за связью фактов, позитивизм сохраняет за собой ряд возможностей, что не позволяет считать его полностью неприемлемой доктриной.

В завершение предисловия достаточно будет сказать, что проблема легитимности права возникла отнюдь не благодаря отвержению юридического позитивизма. Ее статус обусловлен попыткой сделать научно обсуждаемым вопрос о том, почему некоторые законы не исполняются, даже будучи вполне разумными. Другими словами, легитимность может быть предметом внимания повсюду, где взаимопроникновение рациональных и иррациональных моментов развития права становится очевидным для деятельного разума (а не только философского). Такого рода исследовательский интерес не в последней степени инспирирован практическими запросами, ведь то или иное представление о легитим-

⁵ Представляется, что позитивизм вообще плохо совместим с идеями либерализма в их нынешнем выражении. Довольно странно, что вера в сверхъестественные способности суверена, идущая от взглядов Т. Гоббса, сохраняется и по сей день. Хотя гоббсовский абсолютизм претерпел множество модификаций, ни одна его историческая форма сегодня не является удовлетворительной. При этом позитивисты не утверждают, что качества правовых норм непознаваемы или не важны (с точки зрения теории, а тем более – практики). Речь идет лишь о том, что существование правовой системы принципиально не зависит от того, какими качествами обладают нормы, от того, хороши они или плохи. Антитезой этой позиции является естественно-правовое учение, полагающее, что право, не соответствующее определенным критериям качества (надысторическим и внесоциальным), не есть право.

⁶ Позитивизм допускает различные модификации, к примеру инструментальное понимание права, где акценты смещены в сторону целей и средств правового регулирования. Однако это не колеблет центрального онтологического принципа: норма права есть социальный факт.

ности права может стать опорной точкой при планировании правового развития, реформировании действующего законодательства и пр.

Итак, теория легитимности правовых норм возникает как естественное расширение юридического позитивизма за счет проблематизации качества права (его действительности), выходящей за пределы фактичности правовых установлений. Небесполезно иметь в виду эту теоретическую преемственность: в дальнейшем мы часто будем отталкиваться от позитивистской доктрины при конкретизации собственных утверждений, так что и в данном контексте позитивизм скорее полезен, нежели наоборот.

Задача настоящего исследования состоит в описании ориентировочного (не исчерпывающего) перечня методологических требований, соответствие которым является неперенным условием развития концепции легитимности в правовой науке. Таким образом, данная статья носит не полемический, а в большей степени прогностический характер. Это вполне понятно, ведь консенсус в отношении базовых понятий и суждений (вне которого немыслима полемика) в отношении легитимности права пока не сложился, но автор, безусловно, будет рад, если некоторые его соображения послужат мотивом для последующих обсуждений.

Ниже будут обоснованы следующие три утверждения о теории легитимности права. Она должна быть:

- 1) системной;
- 2) интересубъективной;
- 3) социально-критической.

Наша гипотеза состоит в том, что каждый из данных методологических стандартов предопределяет некоторые интерпретации исходных понятий анализируемой теории. И здесь мы формулируем дополнительную задачу: установить, отличны ли друг от друга онтология концепции легитимности и ее идеология. Вопрос об отделимости только на первый взгляд представляется казуистическим, в действительности же его решение весьма важно, ибо позволяет (если оно положительно) добиться одновременно непозитивистского и неметафизического понимания качества права (в широком смысле слова).

Системный подход предполагает особое видение мира как совокупности систем – таких органических единств, в которых связи между элементами конституируют некое целое, притом свойства данного целого невыводимы из свойств составных частей (так называемая эмерджентность). Основой системного подхода выступает принцип всеобщей взаимосвязи явлений. При этом для понимания данного принципа от природы самих явлений можно отвлечься. Как справедливо считает А. И. Уемов, утверждение о том, что каждая вещь находится в некотором отношении к любой другой вещи, существенно отлично от утверждения, что каждая вещь связана с любой другой [11, с. 10]. Действительно, отношение имеет место там, где одна вещь чем-то сходна с другой, а чем-

то от нее отличается⁷, в то время как связь вещей существует при одних условиях, а при других может и не существовать. По нашему убеждению, системный взгляд на мир начинается там, где используются по крайней мере следующие тезисы:

- многообразие типов связей между явлениями конституирует многообразие целостных объектов (систем);
- каждый объект относительно некоторой связи есть система и включает в себя некоторое число подсистем;
- каждый объект относительно некоторой иной связи есть подсистема другой системы;
- не существует привилегированного способа избирать объекты и связи между ними⁸.

Применительно к правовой сфере социального бытия системный подход выражается прежде всего в использовании категории «правовая система»⁹. Представляется, что правовые системы являются типичными разновидностями нормативных систем, поэтому дадим вначале определение родовому понятию.

⁷ Но так можно сказать о любых двух вещах, в более общем смысле – о всяких интенциональных предметах (куда наряду с вещами могут входить и свойства, и отношения, и иные абстрактные объекты). Даже об одной вещи можно сказать, что она находится в отношении с собой – речь идет об отношении тождества. В этом смысле отношения вещей существуют так долго, как сами вещи.

⁸ Говоря иначе, вопрос о минимальном и максимальном числе систем разрешим только отчасти. Этот принцип, конечно, с самого начала осознавался сторонниками системной методологии, но вряд ли когда-то был артикулирован (возможно, в силу его очевидности). Однако для социальных наук его прямое указание прагматически полезно, оно спасает от натурализации идеологических предпочтений, разделяемых исследователем. Зная данный принцип, нет смысла, к примеру, ввязываться в полемику по поводу того, какой подход – формационный или цивилизационный – лучше описывает развитие общества, поскольку ясно, что эти подходы базируются на выделении разных объектов (тем более, разных связей). Вопрос о приоритете функции или структуры в этом случае также превращается из контроверзы в различные проекции и т.п. Другое дело, что относительность выбора точки отсчета в системном исследовании не означает произвольного совмещения различных проекций, так что от примитивного понимания синтеза представителей социально-гуманитарного знания стоило бы предостерегать. Последний, безусловно, представляет собой отдельную и весьма значительную философскую проблему, с одной стороны, и научную задачу (решаемую относительно разных систем по-разному) – с другой.

⁹ Здесь, правда, не обошлось без недоразумений: во-первых, под системой юристы часто понимают упорядоченную совокупность чего-либо (например, система законодательства есть не что иное, как упорядоченное по отраслям регулирования множество нормативных правовых актов федерального, а в ряде случаев и регионального уровней). Во-вторых, никто не объяснил, почему же связь элементов правовой системы носит именно органический, а не механический характер. Соответственно, ни одного свойства, присущего правовой системе в точном смысле термина «система», кроме целостности (или, как в работах С. С. Алексеева, «единства»), не выделено.

Назовем нормативной системой совокупность социальных норм, некоторым способом обособленных от аналогичной совокупности такого же уровня абстракции (понятие социальной нормы здесь не раскрывается, поскольку предполагается тривиальным и известным, несмотря на то, что социологическое и правовое употребление понятия разнятся между собой).

Будем считать, что:

1) необходимое для существования нормативной системы организационное обособление осуществляется по некоторому принципу (или совокупности принципов);

2) данный принцип доступен, известен и понятен некоторому множеству агентов, разделяющих его суть (т.е. он представляет собой не просто информацию, но выраженную в виде информации надындивидуальную ценность).

Под агентами мы понимаем тех участников нормативной системы, от решений которых тем или иным образом зависит качественная или количественная определенность норм, составляющих систему. При этом можно допустить наличие агентов, действующих межсистемно.

Из приведенного определения следует, что различные аспекты нормативной системы, выступая исходными пунктами для познающего субъекта, приводят к возникновению содержательно различных теорий социального порядка. Например, можно себе представить теорию, имеющую дело исключительно с принципами и обретающую в силу этого метафизическое содержание. Такая теория могла бы эффективно разграничивать юридические правила и религиозные, в более общем варианте исполнения – социальные правила и социотехнические, в наиболее общем варианте – нормы любой природы и требования (requirements). Если теория базируется на самих нормах, подвергая их идеализации (отделяя саму структуру правила от всего иного), в пределе мы получаем деонтическую логику. Наконец, если нормативная система сводится к совокупности агентов и их стратегий, мы получаем в пределе множество теоретико-игровых концепций.

Так складывается мультипарадигмальность, естественно происходящая от неоднородности самих нормативных систем. Ни один из приведенных взглядов не может быть замещен двумя другими, поскольку между проекциями нормативной системы нет каузальных связей. Агенты, к примеру, не обязаны разделять навязанные им извне правила (или постоянно придерживаться одних и тех же конвенций), структура норм может регулировать поведение каких угодно агентов и подчиняться каким угодно принципам, а принципы могут быть воплощены в структурах разной степени сложности, в общем случае даже не требуя текстуального закрепления. Таким образом, нормы, агенты и принципы образуют три независимых аспекта любой нормативной системы, попутно обуславливая всё богатство теоретических описаний последней.

Отнюдь не всякая парадигма допускает высокую степень формализации. Если в отношении деонтической логики и теории игр в этом от-

ношении явных проблем нет, то метафизически содержательные теории к подобным преобразованиям весьма чувствительны, в силу чего работа с ними не выходит за пределы дискурс-анализа¹⁰. Другими словами, содержательный аспект нормативной системы всегда остается наиболее неопределенным элементом ее организации вплоть до того, что осознание руководящих принципов перестает быть обязательной предпосылкой социального действия (внешний наблюдатель тогда имеет право заметить, что действия утратили всякий смысл – либо сами по себе, либо как проекции на ожидаемое будущее). В таких ситуациях зачастую снижается рефлексивность принимаемых агентами решений, избыток поведенческих стереотипов превращает систему в нечто бессознательное, от чего остается только шаг до потери управляемости. Подобные кризисы почти никогда не удается предсказать, однако они вполне доступны для аналитического исследования.

Как уже было сказано, участники нормативной системы должны разделять убеждение относительно верности одного и того же принципа: это наиболее простой способ самоидентификации (и основание самопрезентации). В том случае, если в качестве указанного принципа рассматривается суверенитет государственной власти (т.е. ее верховенство на определенной территории и независимость как во внутренней, так и во внешней политике), мы получаем правовые системы, каждая из которых принадлежит тому или иному государству. Такие системы являются центральными классификационными единицами, поскольку все прочие подклассы нормативных систем, выделяемых по принципу суверенитета, используются в качестве дополнительных. Среди таковых стоит назвать следующие системы:

- международного уровня;
- межгосударственного или межрегионального (в рамках одного государства) уровня;
- отдельных организаций и сообществ.

Отнюдь не все социальные реалии, образующие референтные общности, вписываются в деление по суверенитету власти. Так, киберобщество, упоминаемое А. А. Давыдовым как пример нового для социологии эмпирического объекта [12], к вопросам распределения политической власти относится не то чтобы индифферентно, но, во всяком случае, отнюдь не политика распределяет сетевые ресурсы и управляет взаимодействием

¹⁰ Дискурс-анализ ориентирован на смысловой анализ многообразных форм юридической деятельности посредством выявления ее когнитивных схем, так как дискурсивность указывает на передачу, оперирование, создание новых знаний. Дискурсивность означает включенность политико-правовых действий в общий смысловой контекст («поле» по П. Бурдьё), что позволяет обеспечить последовательное сочленение единичных смысловых элементов и придать им смысловую целостность вне зависимости от естественной вариативности поведения отдельных акторов. Дискурс тем самым является средством упорядочения социальной реальности. Указанный метод предполагает использование различных интерпретативных стратегий, в центре которых, безусловно, находится истолкование социальных действий, т.е. поиск их смысла.

пользователей между собой. С другой стороны, правовая система лишь косвенно может быть репрезентирована в виртуальной реальности.

Проблема легитимности права – вопрос о том, в какой мере нормативная система выполняет свое предназначение (от имплицитно заложенного в вопрос субъективного момента позволительно отвлечься). При ответе на него следует учитывать, что эффективность регуляции напрямую зависит от того, между какими субъектами и по каким каналам идет обмен информацией. Как известно, в любой системе есть прямые и обратные связи, первые обозначают воздействие одних элементов системы на другие, вторые – возможность изменения поведения системы в зависимости от результатов ее функционирования. В социуме эти связи существуют не менее плотно, чем в обычных механизмах, но иначе реализуются, кроме того, они не являются уникальными (помимо управления общество нуждается в координации между равноправными субъектами).

В системах, где наличествует прямая и обратная связь управляющего и управляемого, отсутствуют актуальные конфликты и рассогласования, если субъекты могут находиться в дискретных состояниях, чей перечень заранее известен. Если информация в такой системе доведена до конечного потребителя, последний не может не отреагировать надлежащим образом, сам статус его как агента исключает бездействие, в противном случае этот статус изменяется (так, к примеру, злостный неплательщик налогов превращается в правонарушителя). Конечно, к данному идеалу близки лишь технические системы, в обществе, напротив, постоянно наличествуют некоторые осложнения, у которых существуют как минимум три причины.

Во-первых, управляемые подсистемы являются живыми – способными к поддержанию собственного существования, сознательными, как следствие – рефлектирующими. Рефлексия здесь понимается традиционно – как способность сделать себя предметом анализа. Носителями этой способности являются агенты, при этом рефлексия связана и с деонтической логикой, и с практикой игровых взаимодействий. Фигурально выражаясь, область рефлексии нормативной системы есть поле коллективного сознания (поскольку осмысление себя хоть и монологично по форме, но диалогично по содержанию). Ближайшим следствием рефлексивной способности выступает потенциальное дистанцирование от управленческой ситуации.

Во-вторых, любое общество пронизано множеством нетехнических связей, главные из которых опять-таки базируются на метафизическом фундаменте в виде ценностей, не все из которых служат целям идентификации субъекта и общности. Соответственно, управленческая практика не достигает уровня ценностного существования и не может произвольно его модифицировать. Невозможно, например, в директивном порядке отменить сомнения агентов в приоритете индивидуального интереса над общим, в справедливости принимаемых государством законов и т.п. Это-

му мешают явления, названные П. Штомпкой динамическими эмерджентностями, под которыми следует понимать поведение системы по отношению к действиям отдельного агента или отображение индивидуального поведения на поведение социального целого [13, с. 269].

В-третьих, состояния субъектов в большинстве случаев не дискретны, поскольку агенты с заранее известным набором ожиданий и возможностей для нормативных систем не являются типичными. Теория игр, равно как и теория вероятностей, суть не что иное, как приближенные способы расчетов поведения агентов в определенных условиях, но если верно, что некоторые агенты сами могут играть роль собственных условий (обладать возможностью свободного целеполагания), то универсальная неопределенность событий, образующих область приложения правил, в нормативных системах сохраняется.

Итак, ни одна регуляция не является всеобщей и эффективной одновременно, пока речь идет о системах с человеческим участием. Собственная логика действий субъектов не позволяет нормативным системам беспредельно разрастаться. С течением времени управляющие значения перестают быть очевидными, не воспроизводятся автоматически, даже если элемент самосознания принудительно минимизирован. Тогда любое нормативное суждение требует более или менее осмысленного доказательства его права на существование. В переходе от самоочевидного статуса к проблематичному обнаруживается потребность в легитимности, если эта потребность своевременно не удовлетворяется, налицо дефицит легитимности (или кризис легитимации, что одно и то же). Следовательно, легитимация возникает как специфическая разновидность обратной связи в нормативных системах с рефлексией.

Здесь стоит остановиться и констатировать следующее:

- язык общей теории систем, прилагаемый к явлениям правовой жизни, позволяет уточнить формулировки понятий легитимности и легитимации;

- уточнение соответствующих понятий делает возможным получение ряда выводов, свободных от исторического и иного социокультурного контекста, но при этом не полагающих никаких сверхэмпирических объектов;

- подобного рода выводы свободны от идеологических коннотаций (именно потому, что с помощью специальной процедуры выделены из дискурса).

Резюмируем более кратко: социальное взаимодействие обуславливает такое свойство правовой нормы, как авторитетность. Это свойство не заложено в структуре законодательства, не может быть выведено из свойств субъектов правовых отношений, а потому является *эмерджентным*, т.е. новым для данной системы. Поскольку такое свойство существует, должны существовать и процессы, в ходе которых оно градуально меняется – в большую или меньшую сторону. Соответственно, речь идет о легитимации и делегитимации – типичных социальных процессах, включение которых в теорию предполагает выбор определенного «эта-

лона измерения». Действительно, если мы утверждаем, что, к примеру, легитимность частной собственности в России заметно возросла, мы должны уметь продемонстрировать соответствующие эмпирические доказательства. Опираясь на личные представления исследователь, конечно, не вправе.

Теперь следует объяснить, в каком смысле теория легитимности должна быть intersубъективной. По мнению А. Н. Павленко, существуют три контекста употребления термина «intersубъективное»:

1) под intersубъективным понимают всё, что связано с деятельностью «множества субъектов познания». В этом случае говорят, что проблема получила intersубъективную экспертизу, если она была обсуждена многими субъектами. Например, написанная монография обязательно проходит такую экспертизу, это выражается в том, что ее содержание анализируется и оценивается многими экспертами – рецензентами. Это же можно сказать о любом другом результате научной деятельности. Если эксперты выносят положительное решение, то полученный результат считается обоснованным;

2) под intersубъективностью понимают общезначимость сформулированных и выдвинутых положений. Общезначимость – это надделение одного и того же понятия тождественным смыслом и равным объемом разными субъектами познания;

3) под intersубъективностью понимают также согласие большинства понимать под каким-либо положением то, что имеет общий смысл и значение [14, с. 122 и далее].

Как видно из всех приведенных формулировок, знание intersубъективно обосновано в том случае, если в этом обосновании принимает участие некоторое сообщество познающих субъектов (каждый из которых, в свою очередь, может быть либо индивидуальным, либо коллективным). Говоря проще, теория нормативного регулирования должна учитывать, что механизм обоснования значимости того или иного права не является монологическим.

Поскольку мы установили, что автоматизм функционирования в социальных системах практически исключается (во всяком случае, в тех из них, где реализуется демократический подход к решению проблем социализации и интеграции), мы вправе вслед за Б. Вальденфельсом указать на селекцию и эксклюзию как имманентные атрибуты всякого порядка [15, S. 298]. Другими словами, технически неконтролируемое перепроизводство значений или управляющих сигналов предполагает достижение консенсуса по поводу того, какие из них будут считаться приемлемыми (все прочие, соответственно, отбраковываются).

Сторонники критической теории общества (о ней еще будет сказано далее) полагают, что приемлемость правила поведения обусловлена приемлемостью процедуры обсуждения данного правила. Подразумевается, что не только процесс создания тех или иных правил, но и само их бытование в культуре поддерживаются благодаря согласию, установившемуся среди адресатов данных норм. Верно и более сильное утверж-

дение: всякая норма может быть принята только в том случае, если в обсуждении ее содержания участвовали все те субъекты, которых она может затронуть. Если же правило принимается некоторыми участниками и не принимается другими, последние могут настаивать на пересмотре результатов с использованием тех же самых или иных процедур. Главное здесь то, что гибкими могут быть не только сами правила, но и способы придания им значимости.

Если речь идет о правовой норме (ключевым свойством которой выступает всеобщность, вытекающая из принципа формального равенства лиц перед законом), то в процесс обсуждения должно быть вовлечено как можно больше субъектов из числа заинтересованных в исполнении данной нормы. Вовлечение, в свою очередь, невозможно без взаимного признания государства и гражданского общества. Следовательно, мы вправе заявить, что взаимное признание является необходимым условием легитимности. Применительно к сфере права такое признание, как правило, не может быть достигнуто просто и безболезненно, поскольку входящие в круг обсуждающих систему правил агенты любой итоговый рациональный выбор совершают посредством самоограничения, что в общем-то не слишком соответствует человеческой природе (возможно, если заменить людей машинами, а нормы – требованиями технической эксплуатации, проблема исчезла бы сама собой, но простое решение в данном случае не есть решение подходящее).

Интерсубъективность отражается в теории легитимности двумя способами:

а) представление о социальном порядке должно быть основано на исследовании институциональной структуры социума и ее отражения в сознании различных социальных групп;

б) демократическая форма правления должна пониматься в ее делиберативном аспекте. В данном тексте нет смысла отдельно тематизировать делиберативную демократию (хотя данный концепт является сверхактуальным в западной политологической традиции). По крайней мере, ясно то, что выводы о приобретении (утрате) легитимности определенным институтом права возможны исключительно с опорой на социальные смыслы повседневной деятельности. Смыслы отличны от эмпирических фактов, первые являют собой содержание, а вторые – форму выражения. Какими бы утонченными ни были статистические штудии касательно правосознания граждан, без объяснения субъективных намерений картина правовой жизни остается ущербной.

Внимание исследователя к обыденному восприятию социальных феноменов весьма удачно обосновал А. Н. Медушевский, изучая историю аграрного вопроса в России. С его точки зрения, речь идет об осознании обществом проблемы легитимности существующих прав на владение землей. По словам ученого, «там, где присутствует осознание несправедливости существующей системы распределения земельных ресурсов (независимо от реальной ситуации в экономике страны), – там существует аграрный вопрос. Там, где такое осознание отсутствует в широких

массах или представлениях мыслителей, – аграрного вопроса (во всяком случае, как социального феномена) не существует (даже при наличии экономически не эффективной и политически не обоснованной правовой системы земельной собственности). ... Легитимность (или нелегитимность) собственности повсюду в мире определяется тремя измерениями – порядком ее распределения в обществе; способами ее приобретения в прошлом и средствами защиты в настоящем. Первое из этих измерений – представления о справедливом или несправедливом порядке распределения собственности – определяется во многом статусом права собственности в общественном сознании» [16, с. 265–266].

Итак, интерсубъективность теории легитимности предполагает пристальное внимание к правосознанию как сфере выработки, изменения, разрушения субъективных смыслов. Можно сказать, что легитимность определяется (схватывается в своем качественном проявлении) герменевтическими методами.

Теперь мы переходим к третьему утверждению, согласно которому с прагматической точки зрения теория легитимности правовых предписаний есть вариант социального критицизма.

На сегодняшний день не представляется возможным охарактеризовать критическую теорию общества как единую доктрину. Редукция социального критицизма как парадигмы к взглядам и разработкам Франкфуртской школы (сегодня уже говорят о трех ее поколениях) должна быть признана ошибочной: критический потенциал не в меньшей степени заметен в работах М. Фуко, Ж. Бодрийяра, Э. Гидденса, П. Бурдьё и многих других персонажей интеллектуальной истории послевоенной Европы. Поэтому более плодотворно говорить о различных формах философски нагруженного социального критицизма, объединенных следующими генеральными идеями.

Во-первых, независимому и универсальному субъекту морали и эпистемических практик окончательно отказано в существовании. Несмотря на сходство в наименовании, критическая теория общества стала возможной благодаря разрыву с кантовским трансцендентализмом (для юриспруденции этот факт не отрефлексирован поныне, хотя чрезвычайно важен). Ни субъективность, ни интенциональность не считаются чем-то первичным (здесь уже и вопреки трансцендентализму Э. Гуссерля), а предстают в виде определенной функции жизненного мира, получившей свое оформление посредством языка. Соответственно, неактуальной становится идея познания как репрезентации сущего в формах мысли, классическая оппозиция субъекта и объекта упраздняется. При этом возрастает интерес к истории различных способов субъективации человека в культуре. Субъект по необходимости (будучи произведенным, сконструированным) пребывает в виде плюралистического единства, при этом плюрализм является несомненным и неотменяемым фактом, а вот степень единства всегда переменчива. Вообще, тот же Ю. Хабермас охотнее использует термин «интеграция», предполагая, что актуально существует не единство (мнений, вер, убеждений, умонастроений, классовых

позиций) как состояние, а процессы объединения и разъединения.

Во-вторых, приверженцы критической парадигмы избегают радикализма ортодоксии, стараясь органично соединить марксизм, психоанализ и ницшеанское ниспровержение традиций и устоев эпохи модерна (стоит признать, что уже первое поколение франкфуртцев выходит далеко за пределы марксизма). Признается многообразие стилей жизни и эстетических вкусов, противопоставление нормы и патологии релятивизируется по отношению к конкретному сообществу. В то же время утверждается, что вне социальных практик ничего нет (в частности, нет такого трансцендентального объекта, как «природа человека»). С этой точки зрения отвержение концепции естественного права данной парадигмой так же очевидно, как и ее симпатии к социальному конструктивизму, что, кстати, не противоречит системной методологии и принципу интересубъективности.

В-третьих, критическая теория соглашается с тем, что любая аналитическая процедура ситуативна в том смысле, что не существует и не может существовать вечных («неприкосновенных» для времени) идей. Всякий дискурс имеет пространственно-временные границы, а его участниками являются не универсальные философы, подобные Платону, Декарту или Гегелю, а мыслители, чья рефлекслирующая установка есть реакция на конкретную историческую ситуацию. При метаморфозах истории сменяется и образ мышления. Предельного обоснования вырабатываемого знания искать не стоит. В то же время ограниченность и детерминированность теории никоим образом не исключают ее систематичности и целесообразного развертывания на будущее время (проектности). Другими словами, проект здесь не равнозначен утопии.

В-четвертых, центр внимания критической теории смещен от квазисубъектов (общество, государство) к практикам. Это связано с преодолением кантовского трансцендентализма в первую очередь, картезианства – во вторую. Предпосылочные структуры нашего опыта понимаются философией как сложное единство материального и практического компонентов (даже если под материей имеются в виду знаки естественного языка, а под практикой – теоретизирование тех же философов). Практики группируются в зависимости от используемых средств (например, Ю. Хабермас выделяет инструментальное действие и коммуникативное).

Наконец, главной своей целью критическая теория объявляет эмансипацию человека от любых форм символического принуждения и контроля. Следует отметить как утопичность данной цели, так и ее стержневую роль для рациональности эпохи позднего модерна. Здесь поставлен знак равенства между освобождением мыслящего и свободным мышлением – перманентной рефлексией над конкретно-историческими способами производства и воспроизводства социальной реальности.

Отвечая на закономерный вопрос о ценности обозначенных принципов в контексте правовой науки, обозначим несколько наиболее заметных «точек сопряжения».

Коль скоро мы имеем дело не с миром статичных объектов (представленных в виде экземпляров некой «сущности», говоря словами Аристотеля), а с жизненным миром как возможностью всякого субъективного опыта, необходимо каким-то образом учитывать сложность этого мира, его изменчивость. Указанные свойства должны отразиться на самой познавательной установке, интегрирующей научное сообщество. Применительно к абстрактному уровню корпуса юридических знаний становится возможным выделять две практики, противоположные по эпистемическому направлению – проблематизацию и обоснование¹¹. Если в процедурах обоснования те или иные формы социокультурного опыта утверждаются в качестве приемлемых, адекватных и санкционированных в рамках определенной культурной традиции, что практически освобождает субъекта, культивирующего эти формы опыта, от сомнений в адекватности избранной поведенческой стратегии, то проблематизация, напротив, подвергает их экспликации и сомнению, вводя их в сферу рационального анализа. По определению М. Фуко, проблематизация – это совокупность дискурсивных и недискурсивных практик, вводящих нечто в игру истинного и ложного и конституирующих эту игру в качестве объекта мысли (будь то в форме морального размышления, научного познания, политического анализа и т.п.).

Понятно, что вводимое многообразие актуальных и возможных проблематизаций потребует объяснений. Поскольку критическая теория предлагает устранить из поля зрения квазиестественные объекты, дискурс о праве не сможет более иметь своим основанием трансцендентальное представление о суверене, о природе человека или всеобщем благе. Тогда на первый план выходит проблема правогенеза как перманентного интересубъективного процесса, не имеющего финальной точки.

Конкретизируем и сообразуем сказанное с темой статьи. Как уже было заявлено, традиционная правовая теория намеренно дистанцируется от темы легитимности правовых норм, избегая вводить указанное понятие (и сопутствующие ему понятия, такие как «признание», «доверие», «солидарность») внутрь сложившейся концептуальной системы. Возможно, такое отношение связано с оценкой признания норм как исключительно психологического явления (к психологизму среди отечественных правоведов всегда бытовало недоверие), но могут быть и иные причины. С точки зрения большинства теоретиков, процессы зарождения правовых установлений тождественны законотворчеству. Эта позиция напрямую не артикулирована, но легко реконструируется, ведь наука привыкла иметь дело либо с исходящим от суверена абстрактным правилом поведения, которое уже структурно оформлено, либо с правотворческой ситуацией, которую до определенного уровня

¹¹ Следует иметь в виду, что и Ж.-Ф. Лиотар, и М. Фуко в действительности используют понятие «легитимация», но мы подыскали ему контекстуальный синоним, поскольку наше употребление слова «легитимация» выше уже имело место и относилось вовсе не к сфере эпистемологии (хотя сам процесс обретения легитимности содержит и познавательный компонент).

можно и должно регулировать (отсюда вытекает, например, актуальность юридической техники).

Еще раз подчеркнем: приведенная точка зрения весьма упрощает реальную ситуацию. Фактически проблема оптимального правового регулирования без убедительных доводов сводится к повышению избираемости и качества правовых средств, используемых законодателем. В свою очередь, эта цель предполагается достижимой благодаря интенсивной теоретической проработке тех или иных управляемых факторов правотворчества. Данная модель на первый взгляд кажется безошибочной и эффективной. Но если присмотреться к ней внимательнее, станут заметными две ее особенности. Во-первых, исключительная степень догматичности (в центре внимания – не общее благо или польза, а формальное предписание, некая знаковая структура), во-вторых, преувеличенная рациональность кантианского типа (неявно предполагается, что если адресант (автор) правовой нормы конструирует ее, опираясь на доступное ему знание каких-либо социально-экономических, культурных и иных закономерностей, то адресат нормы, опираясь на те же знания, не может не принять данную норму как должное).

Конечно, в определенный исторический период эта модель была уместной, однако сейчас она требует замены. Причины понятны: для современного постиндустриального общества монологический разум уже не кажется чем-то общепризнанным, на смену приходит идея перманентного диалога, бесконечного пересоздания социальными группами собственных условий существования посредством достижения консенсуса. Иными словами, с одной стороны, признание правила хронологически не совпадает с его созданием (обнародованием), с другой – правовая теория не имеет оснований предполагать, будто бы разумность адресанта и адресата юридической нормы неизменна и одинакова. Вдобавок всегда существовавший философский и научный интерес к вопросам легитимности государства как субъекта, осуществляющего власть, сменился вопросом о моральном источнике обязанности подчиняться юридическим нормам.

Сказанное выше можно обобщить. Вероятно, сообщество правоведов со временем пересмотрит замысел создания всеобщей (синтетической, универсальной) теории в пользу ансамбля локально-исторических концепций, каждая из которых будет центрирована вокруг отдельной формы правосубъектности. Это будет способствовать исследованию юридического плюрализма, построению «правовой карты мира» на новых началах (с учетом не структуры права или мысленно извлекаемого из нее стиля правотворчества, а взаимопересечения правовых идей, общекультурных концептов, мифов, утопических представлений и норм технологического рацио).

Наконец, последнее замечание. Критическая парадигма позволяет разработать более дифференцированное отношение к идеологическому компоненту правового знания. На этот довод следует обратить особое внимание: признание социального факта идеологически (а не только

познавательного) нагруженным не приводит к его непреклонному исключению или обесцениванию. В любой нормативной системе можно выделить рациональную и иррациональную сферы. И в той и другой осуществляется круговорот смысла, но для того, чтобы различать эти сферы, потребен некий метафизический принцип. Таковым, в частности, может быть формальное равенство, играющее особую роль в либертарно-юридической теории В. С. Нерсесянца. Тогда, например, всеобщность этого принципа будет отражать не действительное, а желаемое положение дел (это и есть идеология в чистом виде). При этом утверждение, что всякая правовая система конституирована процессами взаимного признания субъектов, «поверхность взаимодействия» которых организована по принципу равенства возможностей, будет являться научным (но не фактуальным) суждением.

Или по-другому: антропологическая презумпция свободной воли индивида и его способности артикулировать собственные интересы наиболее выгодным с точки зрения социальной коммуникации образом будет знанием идеологическим, а тезис о том, что построенная на этой презумпции правовая система во всех случаях более рациональна, нежели система, построенная без учета формального равенства, – научным тезисом, который может быть верифицирован посредством комплексных эмпирических штудий.

Показательно то, что отрефлексируемый под углом критической теории идеологический компонент юриспруденции позволяет по-новому специфицировать сам феномен права. Действительно, всякая нормативная система построена на идее взаимозависимости условий применения нормы, ее содержания и санкций, следующих за нарушением общего правила. Далее к этой структуре подсоединяются структуры нормативных отсылок и подгруппы исключительных норм, институтов и правовых режимов и т.п. Но все перечисленное, данное вместе, не образует еще права, поскольку является внеисторическим (метафизическим в духе Парменида и Платона) инвариантом всех возможных социальных практик. Но такой инвариант ничего общего с реальным объектом юриспруденции не имеет! В отношении правовой системы мы должны указать нечто иное, более важное и точное. Ее центром и ядром выступают подвижные, динамические объекты, в сущности – процессы правовой коммуникации, легитимирующие или делегитимирующие определенный порядок. Правовая система – это прежде всего рациональные и иррациональные практики, а не структурно оформленные прескрипции. Дискурсы в публичной сфере гарантируют ее автономность по отношению и к государству, и к экономическим структурам, не позволяя административным механизмам отчуждать право от субъекта, а субъекта – от его потенций.

Итак, распространение критической парадигмы обогатит юриспруденцию как минимум тем, что позволит посмотреть на право конкретно-исторически, т.е. используя социокультурный метод. Предмет правовой науки структурируется принципиально иным образом, на первый план

выходит активная деятельность субъектов права и используемые ими символические инструменты. Становится возможным осмысление иррациональных элементов правосознания, право как объект исследования рассматривается в ряду прочих культурных феноменов, а вместо принуждения в качестве сущностного признака права рассматривается его признание.

Подведем некоторые итоги сказанного. В самом начале статьи мы охарактеризовали проблему легитимности как поиск основания обязательности правовой нормы. Теперь мы можем раскрыть содержание понятия «легитимность правила» следующим образом:

- это свойство выступает основанием самоидентификации некоторого круга лиц – агентов, поддерживающих правовой порядок (данный вывод стал возможным благодаря системной методологии);

- это результат многочисленных интеракций, приобретающий форму и устойчивость благодаря непрерывной циркуляции внутри определенного сообщества (таков вклад интересубъективного подхода);

- это рационально сконструированное качество, представляющее собой ситуативную рефлексивность в отношении процессов согласования множества автономных волей (это мы знаем благодаря социальному критицизму, понимаемому, как и было сказано, в самом широком смысле данного понятия).

Системность, интересубъективность и критицизм оказались тесно связанными, подобно тому, как могли быть связаны онтологический, эпистемический и деятельностный компоненты, обладающие каким-то иным актуальным содержанием. Потребность теории легитимности согласно данным установкам можно обосновать и «методом от противного»: если понимание легитимности дистанцировано от системного взгляда на мир, оно вынуждено быть редуктивным, если игнорировать интересубъективный способ приобретения и утраты легитимности правом, мы вынуждены вернуться к трансцендентализму, если критический потенциал теории остается без развития, она немедленно оборачивается апологетикой существующего политического порядка, каким бы он ни был. Обобщая, следует сказать: при разработке концепции следует заранее представлять себе, какие ее свойства образуют условия для прогрессивного развития знания, а какие этому развитию только препятствуют.

Теперь осталось высказать три философских (точнее, метатеоретических) утверждения. Основная гипотеза исследования состояла в том, что соответствие теории легитимности избранным методологическим стандартам влечет переинтерпретацию базовых понятий данной теории. Представляется, что эта гипотеза полностью подтвердилась, особенно ярко это заметно при изложении сущности и проблем правового регулирования на языке общей системологии. Достижение понятийной ясности само по себе есть процесс продуктивный – это видно при понимании правовой системы как разновидности нормативных систем, при интерпретации социальных норм как управляющих сигналов. Большим достоинством дискурса о легитимности, как он представлен в настоящее

время, является его максимальная десакрализация, благодаря которой системное (по сути – в достаточной мере технократическое) понимание вопросов суверенитета, права и власти не входит в противоречие с жесткими установками, пронизывающими духовную сферу общества. Нельзя не согласиться с позицией В. В. Денисенко, который полагает, что «обращение к коммуникативной рациональности ... позволяет уйти от экономического детерминизма права, объяснить современные проблемы правового регулирования и обоснования права, не используя при этом иррациональные аргументы» [9, с. 100].

Второе метатеоретическое суждение касается соотношения онтологического и идеологического компонентов в структуре теории легитимности правовых норм. Представляется, что нам удалось показать две закономерности: 1) эмпирические факты, касающиеся взаимного признания акторов политико-правовой сферы, сохраняют свою независимость от мировоззренческих установок и могут быть извлечены из дискурса, но 2) поскольку суждений о фактах недостаточно для объяснения ряда явлений, над фактуальными суждениями надстраиваются суждения о ценностях и смыслах. Реальность смысловой сферы, отличаясь по модусу от реальности юридического текста, достаточно очевидна. Идеологическое наполнение этой реальности становится понятным отнюдь не потому, что за правовым принципом мыслится какая-либо утопия (это довольно сложно вообразить), а в силу иных причин. Правовой принцип – к примеру, формальное равенство – выполняет консолидирующую функцию, являясь продуктом доминирующих традиций, умонастроений общества и философских установок. Суждения, выражающие правовые принципы, стоят в стороне от дихотомии истинного и ложного, принадлежат к сфере желательного и возможного. Таким образом, можно с уверенностью утверждать, что идеологическое содержание достраивает теорию легитимности права до законченного состояния. Отнюдь не всякое суждение о ненаблюдаемых сущностях принадлежит идеологии, в то время как обратная зависимость очевидна: фактуальные суждения не способны становиться идеологическими.

Заключительное метатеоретическое суждение касается общей характеристики теории правовой легитимности. Мы продемонстрировали, что данная теория отвечает запросам нынешнего времени и вырастет путем расширения выводов юридического позитивизма. Параллельно была получена примитивная онтология данной теории, проведены разграничения между свойствами (состояниями) и процессами, фактичностью и значимостью, рациональным и иррациональным. Однако при этом наши рассуждения ни в какой мере не предопределили содержательного наполнения теории легитимности правовых норм, поскольку самые главные вопросы еще не решены, но благодаря определенным усилиям и проведенной методологической рефлексии указанные вопросы стали возможными (как и в целом тематизация). Это еще не значит, что столь же легко могут быть получены ответы, так как концептуаль-

ный каркас еще должен быть заполнен. Полученные различия должны обрести конкретизированное эмпирическое содержание. Как именно это будет происходить, – предмет совершенно иных работ.

Теорию легитимности права следует причислить, если пользоваться терминологией Р. Мертона, к теориям среднего уровня [17]. Напомним, что под теорией среднего уровня (middle range) Мертон понимает логически взаимосвязанные пропозиции, из которых можно вывести эмпирические закономерности. Средний уровень упоминается здесь потому, что данные пропозиции и полученные из них выводы располагаются существенно «выше» единичных гипотез, включенных в исследование (Мертон требует, чтобы данные гипотезы были работоспособны, на наш взгляд, данное требование явно избыточно), но «ниже» единой теории, которая притязает на универсальное объяснение того или иного типа общества (или социального поведения, социальной организации). Теория среднего уровня характеризуется тем, что создает некий конкретный образ, а выводы из нее делаются уже с учетом данного образа-понятия (и потому могут противоречить здравому смыслу). Всякая теория располагает лишь ограниченным набором предположений, а множественность концепций способствует их группировке, адекватному объединению, взаимному обогащению, т.е. является весьма плодотворным условием развития.

Думается, эти рассуждения вполне могут быть приложены к теории легитимности права. Трудно вообразить, чтобы она претендовала на статус универсальной парадигмы, но не менее трудно редуцировать ее к пассивной численной регистрации социальных фактов. В ней должно быть место и измерению, и толкованию, и множественности – в этом и состоит, на наш взгляд, залог успешного научного развития. Что же касается развернутой оценки «среднеуровневого» статуса теории легитимности права, данной теме будет посвящено отдельное исследование.

Литература

1. *Martin S. Lipset*. Some social requisites of democracy : economic development and political legitimacy // *The American Political Science Review*. – 1959. – Vol. 53, N 1. – P. 86–89.
2. *David Beetham*. *The Legitimation of Power*. – London : Palgrave Macmillan, 1991.
3. *Ronald Dworkin*. *Sovereign Virtue : the Theory and Practice of Equality*. – Harvard : Harvard University Press, 2000.
4. *Allen Buchanan*. *Justice, Legitimacy and Self-Determination : Moral Foundations for International Law*. – N.Y. : Oxford University Press, 2004.
5. *Cass R. Sunstein*. Paradoxes of the regulatory state // *The University of Chicago Law Review*. – 1990. – Vol. 57, N 2. – P. 407–421.
6. *Herman R. van Gunsteren*. *The Quest for Control : A Critique of the Rational-Central-Rule Approach in Public Affairs*. – London : John Wiley, 1976.
7. *William A. Fischel*. Exploring the Kozinski Paradox: why is more efficient regulation a taking of property // *Chicago-Kent Law Review*. – 1991. – Vol. 67. – P. 865.

8. Придворов Н. А. Правообразование и правообразующие факторы в праве / Н. А. Придворов, В. В. Трофимов. – М. : Норма, 2012.
9. Денисенко В. В. Рациональность и легитимность позитивного права : современные дискуссии и проблемы / В. В. Денисенко // Вестник Воронеж. ин-та МВД России. – 2013. – № 1.
10. *John Austin*. The Province of Jurisprudence Determined / ed. W.E. Rumble. – Cambridge : Cambridge University Press, 1832.
11. Уемов А. И. Системный подход и общая теория систем / А. И. Уемов. – М. : Мысль, 1978.
12. Давыдов А. А. К вопросу об определении понятия «общество» / А. А. Давыдов // Социологические исследования. – 2004. – № 2. – С. 12–24.
13. Штомпка П. Социология социальных изменений / П. Штомпка ; пер. с англ. под ред. В. А. Ядова. – М. : Аспект-Пресс, 1996.
14. Павленко А. Н. Пределы интерсубъективности (критика коммуникативной способности обоснования знания) / А. Н. Павленко. – СПб. : Алетейя, 2012.
15. *Busch K.* Bernhard Waldenfels : Kulturals Antwort // S. Möbius, D. Quadflieg (Hrsg.). Kultur. Theorien der Gegenwart. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Springer, 2011.
16. Медушевский А. Н. Социология права / А. Н. Медушевский ; Гос. ун-т. – Высш. шк. экономики. – М. : ТЕИС, 2006.
17. *Merton R. K.* On sociological theories of the middle range / R. K. Merton // Merton R. K. On Theoretical Sociology. Five Essays. Old and New. Free Press, London : Macmillan, 1967. – P. 39–72.

Воронежский государственный университет

*Беляев М. А., кандидат философских наук, преподаватель кафедры онтологии и теории познания
E-mail: yurist84@inbox.ru
Тел.: 8(904) 212-72-98*

Voronezh State University

*Belyaev M. A., Candidate of Philosophical Sciences, Lecturer of the Ontology and Theory of Knowledge Department
E-mail: yurist84@inbox.ru
Tel.: 8 (904) 212-72-98*