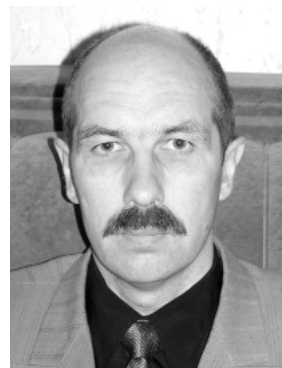


ПРАКТИЧНИЙ ПОВОРОТ В ЮРИДИЧНІЙ ТЕОРІЇ

І. ЧЕСТНОВ
*доктор юридичних наук,
професор кафедри
державно-правових дисциплін
(Санкт-Петербурзький юридичний
інститут (філія)
Академії Генеральної прокуратури
Російської Федерації)*



Сучасна юридична наука досить мало звертає увагу на свої теоретико-методологічні підстави. Серйозні роботи, присвячені рефлексії наукових досліджень, можна перелічити на пальцях. І це стосується не лише російської юриспруденції, а й західної. Можливо, це реакція на бурхливі 90-ті та 2000-ні рр., що пройшли під гаслом протистояння класичної юридичної науки та постмодернізму. Визнавши це протиборство неконструктивним, багато вчених-юристів взагалі відмовилося від теоретико-філософських роздумів про те, як проводяться наукові дослідження, як їх оцінювати та яких результатів від них чекати. Виникає парадоксальна ситуація: не з'ясувавши теоретико-методологічних підстав (що неможливо зробити повністю, але необхідно прагнути до цього), втомившись від методологічного плюралізму, юриспруденція стала ще більш догматичною схоластикою.

Яким є вихід із цієї ситуації? По-перше, необхідно зробити експлікацію (саморефлексію) власних ідеологічних вподобань, прихильності певному типу праворозуміння (усі правові дослідження, як правило, імпліцитно орієнтуються на певний тип праворозуміння), методології наукового дослідження, теоретичним установкам і стереотипам. По-друге, зіставити теоретичні дослідження, які пояснені методологічно, включаючи передрозуміння, що детермінує хід та результат наукової думки, з юридичною практикою. Цьому питанню і буде присвячено подальший виклад.

Теорію права сьогодні справедливо звинувачують в абстрактній схоластиці, відірваності від реальних проблем галузевих і спеціальних дисциплін. Дійсно, коли досягненням творчої думки вважають правову комунікацію, що не потребує суб'єкта права (над чим працює німецький теоретик В. Кравіц [1; 2]), — що може бути більш відстороненим від реальної юридичної практики? А. Кашанін та Ю. Тихомиров стверджують, що панівне у вітчизняній (російській) теорії права позитивістсько-догматичне поняття права не може бути прийняте апріорі через «зайвий формалізм цієї позиції, яка відриває теорію права від реальних проблем правозастосування» [3, с. 8]. А. Кашанін у співавторстві з С. Третьяковим наголошують: «Формальний підхід ігнорує необхідний вплив низки чинників, які впливають на прийняття правових рішень, що визначає їхню часту неадек-

© І. ЧЕСТНОВ, 2012

ватність, виражену у прийнятті «мертвонароджених» або неприйнятних із громадського погляду нормативних актів, а також рішень у конкретних справах, що обурюють громадські уявлення про справедливість» [3, с. 69]. Крім того, онтологічний і методологічний плюралізм, неминучий у силу невичерпності такого складного феномена, як право, не сприяє єдності не лише теоретичних підходів в юриспруденції, а й правозастосовній практиці (що знову-таки немичуче під час вирішення «складних справ»)¹.

Ситуація в галузевих юридичних науках не краща: вкрай рідко обговорюється питання про підстави юридичних норм (наприклад, про підстави кримінально-правових заборон або процесуальних правил) і стан цих дисциплін². Виходить, що їхня практична спрямованість — соціальна дія нормативного матеріалу, який вони покликані обґрунтовувати, на суспільні відносини, а також їхні функції та завдання в сучасному соціумі не стають об'єктом вивчення³.

Ця ситуація зумовлена кризою класичного наукознавства, що виступає імпліцитною передумовою, стереотипом мислення переважної більшості вчених. Для останнього характерні наївний натуралізм, універсальність, віра в причинність та передбачуваність і, як наслідок, реїфікація або гіпостазування об'єкта дослідження. Суть реїфікації полягає у матеріалізації абстрактних понять, уявленні їх як матеріальної сутності, що має самостійні буттєві властивості, зокрема вплив на відносини між людьми. Якщо згадати марксизм, то матеріалізація (реїфікація) полягає в тому, що відносини між людьми приймають видимість відносин між речами, в чому полягає, зокрема, товарний фетишизм. Гіпостазування — це приписування властивостей існування ідеальним об'єктам, поняттям і теоріям, тобто їхня онтологізація. До цих категорій соціальних наук належить антропоморфізм (за термінологією Ф. Гаєка [6, с. 45, 462]), персоніфікаційні метафори або метонімії (за термінологією Дж. Лакоффа і М. Джонсона [7]) — перенесення людських характеристик на неживі предмети. Ф. Гаєк пише: «Сучасній людині здається неприйнятною ідея, що ми не цілком вільні як заведено комбінувати властивості, які ми вважаємо бажаними для нашого суспільства, і що не будь-який набір таких властивостей виявиться життєздатним цілим; інакше кажучи, що ми не маємо можливості створювати бажаний суспільний порядок з особливо привабливих для нас елементів на зразок якоїсь мозаїки і що багато які благі починання можуть залишати за собою непередбачувані і небажані наслідки» [6, с. 77–78].

¹ Див. дискусію із цього приводу А. Барака і Р. Дворкіна [4, с. 41–48, 56–60].

² Кількість дійсно серйозних наукових досліджень в галузевих юридичних дисциплінах, в яких зачіпаються фундаментальні проблеми відповідної науки, є зовсім незначною. А. Жалінський справедливо пише: «Не зовсім зрозуміло, як кримінальне право служить суспільству. Немає належної ясності щодо природи, тенденцій і відповідно місця кримінального права в сучасному суспільстві, що швидко змінюється. ... У російському суспільстві, значною мірою з вини професійних юристів, немає чіткого уявлення як про позитивні і негативні наслідки функціонування чинного кримінального права, так і про способи використання його можливостей» [5, с. 7–8].

³ «У кримінально-правовій науці, — пише А. Жалінський, — і не лише російській, не вирішено її основне питання: яка насправді роль кримінального закону. І особливо, яким є справжній вплив кримінального права на поведінку людей» [5, с. 106].

Майже усі поняття класичної юриспруденції (норма права, система права, суб'єкт права, дія права тощо) — це реїфіційовані категорії, яким приписується властивість об'єктивного надособистісного (безособистісного) буття. А вчений-юрист уособлюється як юридичний Геракл (за У. Блекстоном), що знає відповіді на всі запитання. Очевидно, що такий підхід сьогодні не витримує критики. Всі соціальні інститути — це результати діяльності людини, що існують як соціальні уявлення та масові практики. **У визнанні практичної «людинорозмірності» права і криється можливість подолання кризи юриспруденції, що виражається в реїфікації її категорій.** А. Жалінський зазначає, що «результати контент-аналізу в деяких підручниках і курсах загальної теорії права та підручниках із галузевих дисциплін свідчать, що правотворчість і правозастосування розглядаються як «безлюдний», такий, що здійснюється самостійно, без участі професіоналів, процес, а людина та громадянин представлені як пасивний об'єкт права, навіть якщо говориться про захист їхніх основних та інших прав...

Право за своєю природою створюється людьми, зокрема професіоналами, реалізується ними в інтересах певної групи людей. Зрозуміло, воно видається окремій особі як щось зовнішнє, регулятор, на який треба зважати. Але все-таки право, правова система, правова практика — це продукти перетворювальної, творчої діяльності людини» [5, с. 144]. Поважний криминолог кризу кримінального права бачить передусім в його «безсуб'єктності»: «Жодна кримінально-правова проблема не включає яких-небудь відсилань до суб'єкта реалізації кримінального права. Зрозуміло, це коригується міркуваннями здорового глузду, але, повторюємо, системних висновків у кримінально-правовій науці немає. Проте існування в умовно виділеній статичній і функціонування в динамічній кримінального права завжди та об'єктивно опосередковується людською діяльністю, передусім професійною юридичною діяльністю суб'єктів, що займають різні позиції і мають різні компетенції» [5, с. 166].

Отже, здолати кризу реїфіційованої юридичної науки може допомогти **практичний «поворот»** як основа «постметафізичного мислення» (за термінологією Ю. Хабермаса) в гуманітарній думці. Ідеї Л. Вітгенштейна і Д. Остіна в аналітичній філософії змістили центр наукових досліджень із структури на функції — перформативні практики використання мовних значень, що породжують діяльність людини. Це спонукало до вивчення активності людини, що інтеріоризує зовнішні стимули у внутрішні мотиви. Практичний поворот як «постметафізичне мислення» полягає також у перенесенні акценту з теоретичного знання на знання практичне, фонове або особистісне. На думку Д. Серля, фонове знання (практика) — це сукупність прийнятих у культурі традиційних, звичних способів діяльності, навичок поводження з різними предметами тощо [8, с. 227]. Практичне (особистісне) знання — це знання «як», тобто знання рецептів успішної діяльності [9, с. 57; 10].

Практичний поворот у юридичній науці — це нове бачення ролі та значення юридичної практики, а також техніки як структури та влаштування юридичної діяльності.

Відомий теоретик кримінального процесу О. Александров зазначає, що юридична техніка — це грамати́ка (синтаксис) юридичної практики. На його

думку, «юридичну техніку слід розуміти як правотворчу діяльність, з одного боку, з іншого — як набір переддоговірних припущень, постулатів — юридичних топосів, тобто сталих, вироблених віками, фігур юридичної думки і, нарешті, як уміння мовними засобами творити правовий текст на основі вказаної юридичної топіки» [11, с. 66].

Якщо керуватися важливими ідеями постструктуралізму, присвяченими дискурсу як породжувальній практиці¹, можна стверджувати, що юридична техніка — це не інструмент, що додається до діяльності правозастосовувача, а юридична життєдіяльність. Саме життєвий світ (в інтерпретації соціальної феноменології або Ю. Хабермаса) є кінцевим результатом дії юридичної теорії, що виявляється в юридичній техніці, яка розуміється у вищезазначеному соціологічному сенсі.

Життєвий світ з позицій соціальної феноменології — це «світ у природній установці свідомості, в якій людина живе і діє в повсякденному житті», «результат седиментації інтерсуб'єктивних значень у процесі соціального конструювання реальності» [13, с. 307]. На думку Ю. Хабермаса, головне у життєвому світі — зустріч тих, хто говорить і хто слухає, у якій вони претендують на значущість, завдяки чому досягають згоди [14, с. 192]. Вбачаючи головну проблему «незавершеного модерну» в протистоянні (чи суперечності) системи, яка тематизує механізми управління та розширює простори свободи дій у цьому суспільстві і життєвому світу, коли тематизуються нормативні структури (цінності та інститути) у цьому суспільстві [15, с. 14], він намагається вирішити її (суперечність) через взаємодоповнюваність двох сторін соціальності. Отже, суспільство для німецького філософа — це символічно структурований життєвий світ, що існує у процесі постійного відтворення: символічні структури життєвого світу відтворюються за допомогою комунікативних дій, що забезпечують не лише відтворення інтерсуб'єктивно значущого знання, але також стабілізацію групової солідарності та відтворення компетентних акторів. Процес відтворення приєднує нові ситуації до власних ресурсів життєвого світу в трьох основних вимірах: семантичному (культурного віддання), соціального простору (соціально інтегрованих груп) та історичного часу (наступних поколінь людей). Цим процесам культурного відтворення, соціальної інтеграції та соціалізації відповідають основні структурні компоненти життєвого світу: культура, суспільство та особистість [14, с. 208–209].

Невичерпність життєвого світу повсякденності, в якому відбувається переломлення законодавства та інших форм права, а також панівної юридичної практики (зразки дій як системи значень або соціальних уявлень), потрібно операціоналізувати, виокремивши найбільш важливі його аспекти. Зокрема, такими можна вважати **індивідуальні сенси, якими персоналізуюватимуться панівні значення стосовно юридично значущих ситуацій у їхній інтерпретації, особистісне фонове знання, персоналізацію типізацій та ідеалізацій, а також мотивацію.**

¹ Дискурс — за твердженням Е. Лакло і Ш. Муфф — це результат і одночасно породження артикуляційної практики [12, с. 105].

Сенс у соціальной феноменології — це відбиття панівного в соціумі (чи соціальної групі) значення в структурі особи. Приблизно так само трактується сенс у соціальной психології. Д. Леонт'єв вбачає сенс інтеграційною основою особи, що має декілька граней (онтологічну, феноменологічну та діяльнісну). Сенс, на його думку, — це емоційна індикація та трансформація психічного образу, яка лежить в основі мотивації поведінки (так званий особовий сенс мотиву) [16]. Стикаючись із юридично значущою ситуацією (оцінюючи її, таким чином, як правило, інтуїтивно, якщо це обиватель, а не правозастосовувач), людина зіставляє її з особистісними потребами, інтересами та очікуваннями, наділяючи персональним змістом. Вивчення того, як саме людина осмислює типові юридично значущі ситуації методами включеного спостереження та іншими «якісними» методиками, дасть змогу наблизити юридичну науку до практики — життєвого світу права.

Особистісне, фонове знання, знання «як» — процедурні вміння, які доповнюють традиційне знання «що» та відіграють принципово важливу роль у тому, що Л. Вітгенштейн назвав «дотримання правила». Воно наочно показує, як відбуваються трансформації законодавства та правозастосовної практики в конкретних, юридично значущих життєвих ситуаціях, наповнюючи перше і друге конкретикою життєдіяльності. Зокрема, сюди належать уміння спілкуватися з поліцейським, начальником/підлеглим по службі, оформлення юридичних документів, проведення слідчих дій, оцінка зібраних доказів тощо. Усі норми права, а також методики, вироблені юридичною наукою, ніколи не містили всієї повноти інформації для вирішення конкретної справи. Тому навички людини, яка є суб'єктом в цьому конкретному випадку, створюють каркас юридичної практики.

Типізації та ідеалізації — це способи оцінки ситуації як типової на основі попереднього досвіду. Типізація, з погляду соціальной феноменології, — це «перетворення незнайомого на знайоме», схематизація плинної та мінливої соціальності [17, с. 26]. На основі схем, що типізуються, виникають ідеалізації — очікування поведінки від контрагента(ів) щодо ситуацій у співвідношенні з власними діями. А. Шюц (як і Е. Гуссерль) виокремлював дві ідеалізації: «І-так-далі», що є «довірою» до навколишнього світу в тому сенсі, що відомий світ залишиться таким, а знань вистачить для адекватності його сприйняття та поведінки відповідно до нього, а також «Я-можу-це-знову», що дає змогу поширювати позитивний досвід на подальші ситуації [17, с. 26]. Крім того, А. Шюц виокремлює інші дві ідеалізації, пов'язані зі взаємозамінністю перспектив сприйняття світу та поведінки в ньому: «взаємозамінність поглядів» та «збіг систем релевантностей». У першій ідеалізації міститься припущення, що інший, якби був на моєму місці, бачив би світ у такій самій перспективі, що й я; і навпаки, я бачив би речі в його перспективі, якби був на його місці. У другій ідеалізації ми припускаємо, що відмінності в переконаннях та тлумаченні світу, які виникають з індивідуальних біографій, є в принципі нерелевантними. Ми діємо і розуміємо одне одного так, як ніби ми судимо про речі на основі однакових критеріїв [17, с. 74]. Саме позитивний досвід минулих дій або інформація, якій ми довіряємо, є основою подальших практичних дій. Це стосується не лише обивателя — людини, не обтяженої спеціальними юридичними знаннями, навич-

чками й уміннями, але й фахівців. Р. Познер — лідер економічного аналізу права США — доводить, що основним методом, який використовується в правовій практиці, є «практичне мислення». Останнє поєднує «анекдоти, самоаналіз, уяву, здоровий глузд, співпереживання, приписування мотивів, авторитет того, хто говорить, метафори, аналогії, звичаї, пам'ять, інтуїцію, очікування регулярностей» [18, с. 73].

Мотивація в соціальній феноменології трактується як мета, яку діючий суб'єкт має намір досягти певною дією у відповідній ситуації. У зв'язку з цим А. Щюц виокремлював мотив «для-того-щоб», який належить до проекту соціальної дії. Крім того, мотивація належить і до минулого суб'єкта — це мотив «тому-що», що є основою для майбутньої передбачуваної поведінки [17, с. 209, 216]. Саме мотивація зумовлює потреби та інтереси в поведінці людини і визначається як особистісними, ідіосинкразиційними чинниками, так і аспектами соціальної та групової ідентичності.

Практичний поворот формує нову посткласичну онтологію права. Право, з цього погляду, створюється людиною як «первинне свавілля» і подальша «амнезія походження» (за термінологією П. Бурдьє). Існує ж право у знаковій формі соціального уявлення і масових практик, що його реалізують. Дія права — це трансформація норм у панівні практики та особисте знання, а не юридична сила нормативно-правового акта¹. Існування і дія права — це завжди діяльність людей, яка відтворює інформацію, що міститься у знаковій формі правила поведінки. Суб'єктом права є людина і тільки людина, а не безособовий правовий статус. Вона представляє в правовій реальності (у правовідносинах) або саму себе, тоді називається фізичною особою, або посаду (посадову особу) чи колективне утворення — колективний суб'єкт. Норма права — це не лише формулювання статті юридичного тексту (у більшості випадків — нормативно-правового акта), а формулювання, відтворене соціальним уявленням і масовою дією (практикою) широких верств населення.

Отже, можна резюмувати, що «людиноцентристський» вимір права, сформульований прагматичним поворотом у соціальних науках, ґрунтується на методології соціального конструктивізму [19, с. 184], а також близьких йому теоретичних напрямках дискурс-аналізу [20] та теорії соціальних уявлень [21], створює таку картину правової реальності: 1) будь-яке правове явище (процес, норма, інститут) існує в трьох модусах буття — у вигляді масової поведінки, знакової форми та ментального образу, до яких належать індивідуальні, групові та колективні (соціальні, громадські) форми вияву, які взаємодіють одна з одною; 2) правове явище є результатом попередньої практики, означення, а також (у певному значенні) результатом свавілля (щодо попередніх юридичних явищ і практик), яке, втім, не може бути яким завгодно, виступаючи водночас відносно стійкою структурою — поведінкою, що масово повторюється, зафіксованою знаком та загальноприйнятим ментальним образом; 3) воно ніколи не є остаточно завершеним, а перебуває у стані постійного переосмислення, тобто трансформації.

¹ Тут потрібно проводити відмінність між формально-юридичною силою нормативно-правового акта і його фактичною соціальною дією.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Кравиц В.* Современное право и правовая система в перспективе коммуникативной теории // Выступление на международном симпозиуме NorSy 2011. — СПб., 9–10 сентября, 2011.
2. *Krawietz W.* Modern Society and Global Legal System as Normative Order of Primary Social Systems — An Outline of A Communication Theory of Law // Proto Sociology. An International Journal of Interdisciplinary Research. — Vol. 26. — 2009. — P. 121–150.
3. *Правоприменение : теория и практика / отв. ред. Ю. А. Тихомиров.* — М., 2008.
4. *Барак А.* Судейское усмотрение. — М., 1999.
5. *Жалинский А. Э.* Уголовное право в ожидании перемен : теоретико-инструментальный анализ. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2009.
6. *Хайек Ф.* Право, законодательство и свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. — М., 2006.
7. *Lakoff G., Johnson M.* Metaphors We Live By. — Chicago, London, 1980.
8. *Searle J.* The Background of Meaning // Speech Act Theory and Pragmatics / ed. by J. Searl et al. — Dordrecht, 1980.
9. *Райл Г.* Понятие сознания. — М., 1999.
10. *Полани М.* Личностное знание. — М., 1985.
11. *Александров А. С.* Введение в судебную лингвистику. — Н.-Новгород, 2003.
12. *Laclau E., Mouffe C.* Hegemony and Socialist Strategy. — London, 1985.
13. *Смирнова Н. М.* Социальная феноменология в изучении современного общества. — М., 2009.
14. *Habermas J.* Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 2. — Frankfurt/Main, 1981.
15. *Habermas J.* Legitimationsprobleme im Spaetkapitalismus. — Frankfurt/Main, 1973.
16. *Леонтьев Д. А.* Психология смысла : природа, строение и динамика смысловой реальности. — 2-е изд., испр. — М., 2003.
17. *Schuetz A., Lukman T.* Strukturen der Lebenswelt. Bd. 1. — Neuwied, 1975.
18. *Posner R.* The Problems of Jurisprudence. — Chicago, 1990.
19. *Gergen K.* Realities and Relationships : Soundings in Social Construction. — Cambridge (Mass.) ; London, 1994.
20. *Fairclough N.* Critical Discourse Analysis. — London, 1995.
21. *Moscovici S, Farr R.* (eds.) Social Representations. — Cambridge, 1984.

Честнов І. Л. Практичний поворот в юридичній теорії

Анотація. У статті аргументується необхідність практичного повороту в юридичній науці. Демонструється переосмислення юридичної техніки у зв'язку з практичним поворотом. Пропонується дослідження юридичної практики через індивідуальні сенси, особистісне фонове знання, типізації і ідеалізації, а також мотивацію.

Ключові слова: юридична наука, юридична техніка, юридична практика.

Честнов И. Л. Практический поворот в юридической теории

Аннотация. В статье аргументируется необходимость практического поворота в юридической науке. Демонстрируется переосмысление юридической техники в связи с практическим поворотом. Предлагается исследование юридической практики через индивидуальные смыслы, личностное фоновое знание, типизации и идеализации, а также мотивацию.

Ключевые слова: юридическая наука, юридическая техника, юридическая практика.

Chestnov I. Practical Turn in Legal Theory

Summary. The article proves the necessity of practical turn for jurisprudence. It shows the reconsideration of legal technique in connection with practical turn and offers the research of legal practice through individual meanings, personal background knowledge, typification, idealization and motivation.

Key words: jurisprudence, legal technique, legal practice.