

2016

№ 8

Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

Журнал
**РОССИЙСКОГО
ПРАВА**



Journal
OF RUSSIAN LAW

- Современные проблемы толкования права
- Юридическая сила источников конституционного права
- Субъект публичного права как юридическое лицо

Толкование права: классика, модерн и постмодерн

ЛАЗАРЕВ Валерий Васильевич, заведующий отделом имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор

107078, Россия, г. Москва, Большой Харитоньевский пер., 22/24

E-mail: Lazarev@izak.ru

В статье дается характеристика проблемным позициям по толкованию права на разных этапах развития науки вообще и юридической науки в частности. Проследивая соответствующие изменения, автор приходит к выводу, что классика базировалась на страже законности; модерн — на разрушении законности; постмодерн — на уходе от реалий вообще. В постмодерне и законодатель, и воля его суть фикции. Классическая наука заботилась о поиске объективной истины; модерн всякую истину считает относительной; постмодерн отрицает достижение истины. Ответ на вопрос о том, каковы перспективы науки, автор предлагает искать в плоскости соединения естественно-научного и гуманитарного знаний. В связи с этим в аспекте когнитивно-информационной теории обращается внимание на исследования в русле новейшего направления — меметики и возможности ее использования в юриспруденции. В качестве подвида меметики предлагается обосновать правомеметику, которая должна изучить две разновидности мемов: единицу правовой реальности и единицу психической реальности. Содержательным аспектом меметики названы сущностное возобновление и полиформное повторение того, что изначально закодировано мемной информацией и обеспечивает ее ценностные свойства применительно к новым обстоятельствам места и времени.

Ключевые слова: уяснение права, разъяснение права, познание права, методология, парадигмы классической и постклассической науки, информационный обмен, меметика.

Interpretation of Law: Classics, Modern and Postmodern

V. V. LAZAREV, doctor of legal sciences, professor

The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation
22/24, Bolshoy Kharitonievskiy lane, Moscow, Russia, 107078

E-mail: Lazarev@izak.ru

The article expresses the views on the controversial attitudes relating to the interpretation of law at different stages of development of science in general and legal science in particular. Tracing the respective changes, the author comes to the conclusion that classics was based on the rule of law; art Nouveau was aimed to destroy the rule of law; postmodern — on departure from reality. In the postmodern world—both legislator, and his will — are all the essence of fiction. Classical science was concerned to establish the objective truth; modernism believes all truth is relative; the postmodern — denies the establishment of the truth. The author suggests the answer to the question as to where the perspectives of the science lie should be sought in the realm of conjunction of natural and humanitarian sciences. And in the context of such cognitive-information theory the author draws the attention to importance of modern scientific trend-memetics and the use thereof in the field of jurisprudence. As a subtype of memetics the author suggests to introduce the notion of lawmemetics to be employed to study the two types of the mems: the entity of legal reality and the entity of psychological reality. The substantial aspect memetics is called to be the resumption and poliform-like repetition of what was

originally coded as the mem information and was designed to secure its values as applied to the new circumstances of place and time.

Keywords: ascertainment of law, explanation of law, cognition of law, methodology, paradigms classical and postclassical science, information exchanges, memetics.

DOI: 10.12737/20900

Избирая в качестве объекта исследования современные проблемы толкования права и определяя то, что надлежит избрать предметом настоящей статьи, приходим к выводу, что фактически должна идти речь о *познании права*. По большому счету именно таково классическое видение толкования права: толкование права — наука. Модерн преподнес иное представление: толкование права — искусство. Это неудивительно, поскольку к середине XIX в. бурно развивающиеся общественные отношения переставали укладываться в рамки действующих законов («буржуазию начинала тяготить ею же созданная и ставшая для нее невыносимой законность») и судьям приходилось проявлять всю изобретательность, чтобы из одного и того же сосуда угощать то сладким, то горьким напитком, а затем вообще свободно искать право за пределами закона, что требовало не меньшего искусства. И теперь мы наблюдаем, как самые разные научные направления, течения и школы ведут поиск права и выдают судьям различные рецепты приготовления судебных блюд¹.

¹ Вопрос о том, является ли толкование права искусством, ставился и порой остро дискутировался представителями классической юридической науки, и постулат об искусстве подвергался критике (использовались выражения И. Бенгтама, уподоблявшего судью фокуснику). Но здесь уместно сослаться на замечание о том, что «...искусства возникли ранее, чем науки...», а «искусство толкования донныне не имеет рациональной теории» (Васьковский Е. В. Избранные работы польского периода. М., 2016. С. 242). Профессор Е. В. Васьковский был одним из тех, кто не без успеха создавал теорию толкования законодательства на позитивистской основе и в качестве раздела гер-

Постмодерн недавно минувшего века концептуально придал этому поиску облик (обличье) *эпистемологии*. «Ключевым принципом постмодернистской юриспруденции является релятивность права... Ситуации постмодерна характерны также контекстуальность, антифундаментализм, знаковость (символичность) и мифологичность»². Новая методологическая база понимания текстов права позволяет объединять возможности феноменологии, психоанализа и герменевтики, когда понимание — это всегда достояние конкретной рефлексии субъекта, не озабоченной причинными связями внешнего мира³. Современный французский конституционалист и теоретик М. Тропер, создавая новую реалистическую теорию, ведет аргументацию, основываясь на противоположности двух позиций: «толкование есть акт познания» и «толкование есть акт волеизъявления», но для него первая «бесспорно неприемлема»⁴. Это, в свою очередь, дает

меневтики, связанного с пониманием устной и письменной речи.

² Честнов И. Л. Поминки по постмодернизму, или Здравствуй, постклассика? // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 35.

³ См.: Байтеева М. В. Проблемы понимания права с позиций феноменологической герменевтики // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 147, 149.

⁴ См.: Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 191, 193. По замечанию М. В. Антонова, деконструкция права уводит Топера к тем американским реалистам, для которых право лишь предсказание того, что сделает правоприменитель, но не бросает его в бездну постмодернизма, поскольку юридическая свобода судьи не означает его свободы фактической

основание другому французскому профессору О. Пферсмману утверждать, что для реалистической теории толкования все высказывания, касающиеся «конституции», «законов», «указов» или иных общих и абстрактных норм, «не могут обрести ни малейшей доли научности»⁵.

Итак, не вдаваясь в перепитии борьбы мнений в европейской истории, применительно к теории толкования права можно констатировать: классика стояла на страже законности; модерн — на разрушении законности; постмодерн — на уходе от реалий вообще. В постмодерне и законодатель, и воля его суть фикции. И каждое практическое следствие было связано с поиском «онтологического бытия» права в борьбе учений о логическом, этическом и метафизическом аспектах конкретных способов «бытия» в условиях бытийного места и времени⁶.

Сказав об органическом влечении толкования права в исследовательский процесс по установлению права и поставив цель охарактеризовать его на разных этапах, трудно уйти от общих характеристик того, что свойственно классической науке, науке модерна и постмодерна.

Этап классической юридической науки (XVII — первая половина XIX в.) характеризуется накоплением фундаментальных знаний в сфере общественной и государственно-правовой жизни, умений практического приложения полученных знаний, соответственно, разработкой

понятийного аппарата юридической науки, осмыслением предмета и методов получения знаний. Осознается не только практическая потребность в юридической науке, но и ее политическая роль.

Классическая юридическая наука явилась миру под звездой рационализма. Отсюда — антропоцентризм, суть которого — возможность и необходимость контроля над природой, окружающим миром, а также над нерациональными аспектами человеческой психики; отказ от спекулятивных методологических построений и утверждение в качестве методологии исследования опытного познания; стремление в изучении государства и права перейти от выводов фрагментарных, вероятностных, проблематичных, гипотетических к выводам всеобщим, достоверным, доказательным.

Эпоха Возрождения поставила в центр человека деятельного, устремленного, способного к предприимчивости. Парадигма развившегося рационализма усилила и науку, и самого человека в стремлении овладеть миром с его природными богатствами. Утверждалось утилитаристское восприятие мира. Во всем видели необходимость извлечения пользы. Наука не являлась исключением.

На методологию в правоведении большое влияние оказало европейское движение второй половины XIX в. за свободное отыскание права. «Школа свободного права» подвергла жесткой критике формально-догматические средства извлечения права из закона, отказавшись фактически сводить право к закону. Монополии сменили свободный рынок, старые законы не охватывали новых отношений, законодатель не успевал за стремительным развитием правовых связей. Предлагалось черпать право непосредственно из жизненных ситуаций. «Живое право» (Е. Эрлих) как предмет, разрывающий связь с легистскими представлениями, требовало внедрения новой методологии поиска. Путь к модер-

(см.: Антонов М. В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 345).

⁵ Пферсмман О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 228.

⁶ См.: Майхофер В. Право и бытие. Прологомены к онтологии права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 186 и далее.

ну открыли работы немецкого профессора Р. Иеринга, и одновременно с ним модернистские подходы обнаруживают французские профессора Жени и Салейль, в чьих трудах разум уже «требует не построения силлогизмов, а нахождения наиболее отвечающих справедливости и практическим потребностям решений...»⁷. В работе казанского доцента А. В. Завадского (оппонента по диссертации Е. В. Васьковского) с заслуживающей подражания тщательностью исследованы взгляды едва ли не всех представителей европейской школы свободного права⁸.

Юридическая наука как гуманитарная наука, конечно, отличалась от естествознания, но она несла в себе и многие общие черты, среди которых, в частности, отмечаются:

1) *децентрация науки*, т. е. отступление от *натуроцентризма*, когда неживую природу, живую природу и общество стали рассматривать как относительно автономные системы;

2) уход из методологического арсенала *редукционизма*, когда уже предметно отыскиваются закономерности исследуемой сферы;

3) распространение *иррационалистических* умонастроений вызванных кризисом буржуазного общественного порядка, кризисом буржуазной законности, когда буржуазию перестают удовлетворять ею же созданные, но устаревшие законы;

4) просвещенческий принцип гносеологического оптимизма сменяется *скептицизмом*, более того, получает некое обоснование *агностицизм* (сама наука подвергается сомнению — *антисциентизм*);

5) механистический детерминизм, свойственный выдающимся идеологам буржуазных революций, твор-

цам буржуазных политических учений, уступает свои позиции *индетерминистским* представлениям;

6) укоренение *вероятностных* представлений о происходящем (в том числе в области государственно-правовых явлений), признание *стохастических* (случайных) процессов;

7) рассмотрение картины мира не как самого мира в его непосредственной данности, а как исторически изменяющейся теоретической модели мира.

«Неклассическая научная культура выдвигает идею полипарадигмальности... На смену методологическому монизму приходит методологический и теоретический плюрализм... Важнейшей особенностью понимания объекта познания в неклассической науке является его видение как субъективированного объекта»⁹.

В постмодернистской парадигме усиливается субъективно-идеалистическое видение о принципиальной невозможности отделить исследователя от объекта исследования¹⁰. В то же время фокусируется внимание на разных аспектах права: юридическая герменевтика выделяет смысловые аспекты права; юридическая аксиология — ценностные; феноменология и структурализм акцентируются на чистых структурах права; юридический прагматизм выявляет право в действии; юридический позитивизм указывает на право как правовой факт; культурно-исторический и историко-политический подходы к праву обнажают идеолого-политические и духовные,

⁹ Яркова Е. Н. История и методология юридической науки: учеб. пособие. Тюмень, 2012. С. 76—77, 80.

¹⁰ Визитная карточка постмодернизма — «деконструкция», предполагающая «критическую рефлексию в отношении как объекта исследования, так и самого субъекта, это исследование проводящего» (Честнов И. Л. Поминки по постмодернизму, или Здравствуй, постклассика? С. 43).

⁷ Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 447.

⁸ См.: Завадский А. В. К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школа свободного права и др.) / под ред. и с предисл. А. Симолина. Казань, 1916.

обусловленные культурой основания права. Юридический постмодернизм рассматривает право как структуру, заданную дискурсом власти, но юридический натурализм определяет право как природный феномен; правовой реализм — как выражение жизненных реалий в судебных решениях; марксизм, в рамках формационного подхода, — как надстройку над экономическим базисом, как «юридическую форму экономических отношений»¹¹ и т. д.

Модернизационные процессы в сфере права завершаются к середине XX в. Начинает формироваться правовая культура постмодерна. Неклассическое правоведение вступило в новую фазу своего развития, когда критическое осмысление получает не только классическое правовое просветительство, но и его модернистские усовершенствования. Можно предположить, что постнеклассическое развитие юридической науки связано с кризисом как буржуазной, так и социалистической социально-политической и правовой системы, с крушением надежд на нее, с изменой науки истине и служением откровенно политическим интересам.

Два процесса предопределили новый виток неклассической науки. Во-первых, общество вступило в век информационных технологий. Всеми как факт замечена смена индустриальной ступени развития цивилизации постиндустриальной. Сложилось информационное общество. Характеристики современности переместились в сферы культуры. Во-вторых, получили развитие процессы глобализации — процессы планетарной взаимозависимости и взаимообусловленности разных сообществ и государств. Их можно рас-

сматривать как следствие информационного взрыва, хотя тому способствовали и другие обстоятельства.

«Конек» постмодернизма — критика современности, метод деконструкции. И по отношению к объекту исследования, и в отношении самого исследователя. Какой-либо позитивной программы он не предлагает. Как заметил И. Л. Честнов, «главными проявлениями (символами) постмодерна... являются релятивизм как своеобразный взгляд на мир (и метод восприятия), отказ от истины как в научном познании, так и практической сфере, а также новое представление о социальной реальности»¹². Это новое, в частности, связано с полиморфностью видения мира и возможностью «сосуществования» рядом противоположных моделей (принцип дополнительности).

Юридическая наука в аспекте методологии уже в меньшей степени отличается от негуманитарных, углубляя свойственные постмодернизму черты. Среди них можно отметить:

концептуализацию идей метапарадигмальности научного познания, его теоретического и методологического универсализма¹³;

¹² Честнов И. Л. Постклассическое правовопонимание: монография. Краснодар, 2010. С. 18. «Постмодернизм бросает серьезнейшие вызовы современному обществу. Будучи радикальной критикой социума модерна, во многом справедливой, постмодерн вскрывает его пределы и тупики, демонстрирует иллюзорность практически всех ожиданий “светлого будущего”, с которым связывали просвещение, модернизацию, гуманизм, прогресс, свободу, справедливость, демократию и другие универсальные общечеловеческие (якобы) ценности. Критика социокультурных оснований эпохи модерна сопровождалась развенчанием претензий научного разума на такое переустройство мира, которое обеспечит свободное развитие каждого, определяющее свободное развитие всех и полное подчинение природы потребностям человека» (Там же. С. 3).

¹³ «В качестве метапарадигмы, интегрирующей разнообразные парадигмы, науч-

¹¹ См.: Сырых В. М. Материалистическая теория права: в 3 т. М., 2011; Сырых В. М. Материалистическая философия публичного права: монография. М., 2016. С. 5—6; см. также: Иглтон Т. Почему Маркс был прав. Пер. с англ. М., 2012. С. 256—257, 475.

креативность человека, креативность исследователя; креативность исследовательского процесса; погружение в креативные ценности и восприятие мира как цели и высшей ценности («креатосфера», «креатогенная цивилизация»);

конструирование мира (выражаясь базаровским языком, он (мир) рассматривается в качестве мастерской), его интерпретацию и восприятие как совокупную множественность интерпретаций;

единство субъекта и объекта познания¹⁴;

саморефлексию и самокритику исследователя, как свидетельство его креативности и соединения субъекта и объекта, поскольку в качестве предмета выступает собственное мышление (когнитивный подход);

стохастичность жизненных процессов и правовых систем, причинно обусловленных только до определенного предела, после которого в дело вступает случай;

разветвленность знаний, отсутствие единого концептуального восприятия реалий, исключающего неопределенность и эклектизм;

диалогизм как необходимое следствие информатизации и вместе с

но-исследовательские программы и т. д., позиционируется глобальный эволюционизм, который не только определяет ориентиры конструирования общенаучной картины мира как целостной системы научных представлений о природе, человеке, обществе, культуре; но выступает как универсальная теория и методология научного знания, задающая основания для междисциплинарного синтеза естественнонаучного, гуманитарного, социального знания» (Яркова Е. Н. Указ. соч. С. 83).

¹⁴ «Постнеклассическая наука синтезирует классический принцип объективированного субъекта и неклассический принцип субъективированного объекта и формулирует принцип взаимопроникновения, взаимообусловленности, взаимозависимости субъекта (человека) и объекта научного исследования («человекоразмерной системы»))» (Яркова Е. Н. Указ. соч. С. 86).

тем отсутствия определенности, которая в классическом правоведении обеспечивалась законом;

движение в сторону особой формы интеграции знания к синтезу классических и неклассических представлений (формирование «синтетического», интегративного понимания права); к соединению детерминистских и индетерминистских представлений (понятие детерминированного хаоса).

Концентрированно разница между классической и постнеклассической наукой просматривается в свете одного из ключевых понятий философии постструктурализма и постмодернизма — ризомы, введенного Ж. Делёзом и Ф. Гваттари в 1976 г. Ризома должна противостоять неизменным линейным структурам (как бытия, так и мышления), которые, по их мнению, типичны для классической европейской культуры. У ризомы нельзя выделить ни начала, ни конца, ни центра, ни центрирующего принципа («генетической оси»), ни единого кода. Она способна порождать несистемные и неожиданные различия. По одному из толкований «ризоморфные среды обладают имманентным креативным потенциалом самоорганизации» и могут быть названы синергетическими.

В основе постмодернистских представлений позитивизма лежит *неопозитивизм*, делающий упор на лингвистические правила изложения научного знания. Предлагается аналитическая рефлексия языка науки. В то же время, разившись в науке постмодерна, самостоятельное значение приобрел *конвенционализм* как методологическая концепция решения и лингвистических, и социальных герменевтических проблем. Конвенционализму не в последнюю очередь способствует современное наполнение содержания герменевтики. Герменевтика (от греч. *hermeneutics* — разъясняющий, истолковывающий) в юридической науке явилась исторически одной из первых теорий, одним из первых и

самых практичных методов. Она и сегодня не уступит первенство перед другими методами. Но в постклассической науке даже традиционные ее положения и понятия получают иное наполнение. Она уже в большей степени проявляет себя не только как искусство выявления смыслов и значений знаков, но и как теория толкования текстов, философское знание об онтологии понимания и эпистемологии интерпретации.

Юристы привыкли видеть тексты законов и других правовых актов, выраженных языком соответствующих знаков и конструкций. Традиционно развивалось искусство толкования этих текстов, установления выраженной в них воли. До настоящего времени не потеряли своего значения *грамматический, логический, систематический, телеологический* и *историко-политический* способы толкования. Однако постмодернизм понимает текст очень широко, не сводя его содержание к общепринятому, буквальному. В качестве текста рассматриваются любые артефакты, общество, культура, деятельность человека и сам человек. Всякий «смыслосодержащий объект», являющийся предметом изучения, предметом постижения его смысла, может обозначаться (пониматься) как текст.

Для юриста открывается большое поле для понимания и интерпретации всего, что входит в сферу правового регулирования, что образует смысл соответствующих актов и общественных процессов, смысл правовых отношений и их участников и т. д. При этом свобода интерпретационной деятельности обуславливает множественные результаты, более того, допускается не только реконструкция авторских смыслов, их обнаружение в исследуемом объекте, но и конструирование собственного смысла. Сторонники такого взгляда не затруднились бы в решении, например, старого для России спора об актах Верховного Суда: его «толкование» может привносить нечто новое.

Уяснение смысла теперь не сводится к рациональным (логическим) операциям. В поиске уникальных смыслов, вложенных создателями этих явлений, допускается интуитивное постижение и даже догадки, что сближает герменевтику с иными суперсовременными позициями, например, феноменологическими. Представляется, что ценность таких догадок весьма относительна, а в уяснении, в частности, воли законодателя и вовсе юридически ничтожна, но само стремление понять тайны законотворчества, проникнуть в его закулисы можно оценить позитивно. И рациональных способов здесь может не хватить.

Вырабатывая собственное мнение, интерпретатор часто оппонирует законодателю, вступает с ним в спор. Публичный спор дает возможность и законодателю лучше понять себя. Во всяком случае имеет место диалог, что сближает герменевтику с иными явлениями информационного мира, позволяет приблизиться к пониманию смысла бытия.

Методология постмодерна развивалась в парадигме *когнитивных подходов*, в том числе к государственно-правовым «реалиям». Отечественная юридическая наука они пока не исследованы¹⁵. Но известно, что когнитивно-информационная теория опирается на логические принципы Э. Гуссерля и, следовательно,

¹⁵ Можем сослаться здесь на статью А. Медушевского, в которой констатируется формирование группы дисциплин, объединенных общей исследовательской целью, общим предметом исследования: они изучают человеческое мышление и преобразования информации, поступающей из внешнего мира и трансформируемой в образ предмета или ситуации (когнитивная психология, информатика, наука об искусственном интеллекте, нейрофизиология, антропология, компьютерные науки, лингвистика, нейропсихология). См.: Медушевский А. Когнитивная теория права и юридическое конструирование реальности // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5. С. 30 и далее.

смыкается с феноменологическими трактовками гносеологии. Совокупный когнитивный феномен человеческого мышления данной теорией рассматривается через призму категорий информационной сферы, информационных понятий (информационная среда, информационный обмен, информационный продукт, ресурс и др.), соединяющих мышление, опыт и знание. Отсюда выводится соотношение мышления, языка и поведения в юридических поведенческих и интеллектуальных актах, указывается, при каких условиях возможен переход от знаний и их интерпретации к пониманию (идея обретения смысла, понимания, творчества).

Феноменология — метод изучения явлений посредством изучения содержания собственного сознания познающего субъекта. Тем самым добиваются чистого знания. Факты как таковые утрачивают свое значение. Реальность показывается через соответствующую интерпретацию моментов сознания. Собственно мир и является актами сознания, в которых отражаются предметы, явления и процессы этого мира. Феномены — это и есть явления сознания, отражающие внешний мир и отношение к нему человека. С точки зрения феноменологии окружающий мир — не столько мир фактов, сколько мир духовных сущностей — чистых форм, абсолютных истин, ценностей. Он доступен истинно рациональному изучению, которое, в свою очередь, конституирует его.

На строгое научное знание, имеющее в итоге изучения всеобщие схемы и законы функционирования человеческого интеллекта, претендует *структурализм*, отвергающий иррациональное исследование не только бессознательного, но и всей умственной деятельности. Структуралистская методология направлена на выяснение механизмов внешних воздействий на внутреннее индивидуальное представления, на преобразование внутренних концептов в знаки и символы, на вве-

дение символов в коммуникативные ситуации.

Постмодерн развил постструктурализм. Причем развил вплоть до отрицания, поскольку в центре оказались уже неструктурированные явления. Возобладал релятивизм и скептицизм по отношению ко всем позитивным истинам, установкам и убеждениям. Истин нет, есть сплошная полемика и сомнение. Тотальный плюрализм позиций, мировоззренческий хаос, стихия творчества, игра, разгул желаний. Однако именно эта сфера, похоже, создает возможности диалога (коммуникации) и договоренностей.

Правовой постмодернизм как направление евро-атлантической правовой мысли стал развиваться в 1970-х гг. в качестве реакции на кризис легитимации существующего права, законодательства. Образовалась *«школа критических исследований права»*.

В те годы сильны были позиции конвергенции (слияния противоположных политических систем), и нам представляется, что приверженцы новой постмодернистской идеологии многое взяли у советских критиков капитализма и буржуазной системы. Постмодернисты выразили недовольство современным западным законодательством, указывая на изначальную предвзятость «либерального права», которое, по их мнению, является отражением политической идеологии правящего класса, выражением интересов власть имущих. Нормы либерального права, по их убеждению, в действительности направлены на подчинение несостоятельных слоев общества состоятельным, женщин мужчинам, цветных белым, социальных меньшинств социальному большинству. И при этом европоцентристский дискурс подавляет иные, выводит другие из юридического поля. Во всяком случае те, что опираются на формально-догматический метод, когда деятельность юриста сводится к опоре на законы

и кодексы, в то время как право является открытой, постоянно обновляемой системой¹⁶. Как средство сопротивления выдвигается идея деконструкции либеральной юриспруденции в целом.

Что же следует предпринять? Во-первых, необходимо, чтобы юридические тексты отражали не только волю их создателей, не только дискурс власти, но и все обстоятельства, оказывающие реальное воздействие вплоть до личности судьи. Во-вторых, следует учитывать все интерпретации права и все обстоятельства, влияющие на эти интерпретации. В-третьих, нужно обеспечить проведение в жизнь идеи децентрализованного (ризомного) права взамен иерархического, что даст в итоге разветвленную, многомерную сеть — ризому, состоящую из множества случайно и локально развивающихся элементов, в-четвертых, «децентрацию» сознания законодателей и правоприменителей, освободив их от установок, заданных интересами господствующих социальных слоев и групп.

Постмодернизация правового мышления связывается с преодолением формально-догматического метода мышления, поскольку право объявляется открытой, динамичной, постоянно обновляемой системой, а ее понятия постоянно трансформирующимися, наполняемыми новым содержанием.

В постмодернизме «рождается новое понимание истины как социально и контекстуально сконструированного рассуждения; новое понятие рациональности как открытой, не ограниченной замкнутым набором понятий, перспективистской рациональности; новое понятие правосудия как творческого правосудия активного общества, которое основывается на переформулировке формальных категорий, их превращении в функциональные категории; нако-

нец, появляется новое понятие права как «живого права»... В его рамках складывается новое видение юридической теории — как дискурса, описывающего, интерпретирующего и одновременно реконструирующего мир»¹⁷.

Все явления трансформации методологии познания, как убеждаемся, имеют не просто выход на теорию толкования права, но и прямое отношение к интерпретационной деятельности как научной, творческой, с когнитивным содержанием, провоцируемым обстоятельствами информационного общества и усложняющимися коммуникациями.

Толкование принято понимать как определенную работу, как деятельность. Классическое разделение этой работы общепризнано: это умственная работа по уяснению норм и практическая работа по их разъяснению. Классика видит неразрывную связь между разъяснением и уяснением, и последнее, с точки зрения классики, предшествует первому. Вместе с появлением на исторической арене школы свободного права в понимание толкования привносится нечто ему не свойственное — сюда включается работа по созданию того, что создал бы сам законодатель, окажись он на месте толкователя. Модерн допустил создание в ходе толкования новых норм (новых правоположений).

Постмодерн находит в толковании норм нечто такое, что не покрывается умственной работой. Это явление можно сравнить с импрессионизмом в живописи. Моне рисует не сами кувшинки в пруду, а свои переживания от кувшинок на подернутой зеленью глади пруда. С постмодернистских позиций толкование права в самом общем его представлении является рефлексией норм и их действий на волю и сознание людей, рефлексией тех «пейзажей», которые окружают действие нормы в условиях определенного места и времени. Мы понимаем, что пейзажи

¹⁶ URL: http://studopedia.ru/7_4063_postmodernizm.html.

¹⁷ Яркова Е. Н. Указ. соч. С. 254, 256.

эти разные на заре зарождающихся цветных революций, в отвесах молний при громовых раскатах и в свете ясных дней застойного времени осени. Толкователи права рисуют разные картины, хотя запруды законодательства и берега их не претерпели никаких изменений.

Толкование права как деятельность по уяснению и разъяснению норм, которые берутся в основание принимаемых решений в каждом конкретном случае, выступает в постмодернизме объектом исследовательской деятельности, и в таком преломлении о толковании права можно вести речь в метафизических категориях, отражающих и объективные реалии, и личностные и межличностные отношения, и природные и социальные феномены. На авансцену выходят феноменология, аксиология, структурализм. Научные проблемы толкования рефлексированы не только на рациональном, но и на иррациональном уровне. Именно в этом отношении просматривается принципиальная разница классических, модернистских и постмодернистских подходов к толкованию.

Принимая позицию того, что толкование права является деятельностью научной, мы должны признать, что она подвержена всему тому, что свойственно науке в тот или другой период ее развития. Так, классическая наука заботилась о поиске объективной истины; модерн всякую истину считает относительной; постмодерн отрицает достижение истины.

Общее, что объединяет толкование на разных этапах развития теории и практики толкования — это поиск права (поиск истины относительно того, что есть право). Одно и то же слово имеет разное значение в зависимости от времени, пространства и круга лиц. «Уяснение» имплицитно заключает в себе необходимость установления того, чем потом следует руководствоваться, что потом надо пояснить другим. Само право диалектический метод требует рассматривать в условиях определенного места, времени и

действующих правотворцев, во всех связях соответствующих явлений, во всех взаимодействиях и изменениях. Именно этим объясняется плюрализм поисковых моделей, многообразие методологических подходов. Как правило, в теории толкования права многое из научного поиска остается за кадром или вовсе не используется, даже не осознается. Объясняется это тем, что толкование права рассматривается как прикладная наука и ее связь с академическими исследованиями для практиков не представляет интереса. Правоприменителя интересует толкование как разъяснение; для него имеют значение официальные и неофициальные акты толкования.

Исходные положения классической теории толкования всегда противоборствовали именно с практической стороны:

закон всегда неясен и каждый нуждается в толковании;

неясных законов нет и толкование надо запрещать;

закон всегда содержит необходимое решение;

закон всегда несовершенен и необходимое решение надо искать в актах толкования;

несовершенства законов устраняются только в ходе правотворчества;

несовершенства законов можно устранить в ходе правоприменения;

в рамках толкования допускается логическое развитие норм и создание новых противоположений;

толкование ничего нового в толкуемый акт не привносит.

В XXI в. практический аспект классической теории утрачивает изначальный смысл. Наиболее выразительное противостояние позиций классики, модерна и постмодерна в следующих постулатах: толкованию предшествует высшая и низшая критика закона; толкование может обойтись без закона; закон — пустой звук.

Для тех, кто стоит на позициях признания основным источником права нормативных правовых актов, исходящих от законодателя, для тех,

кто разделяет методологию правового позитивизма, кому, наконец, родственны идеи профессора Е. В. Васьковского, важно определиться в следующих классических вопросах:

при толковании выявляется воля законодателя или воля закона?

воля одного закона или совокупности законов?

воля исторического законодателя или современного?

буквально выраженная или по смыслу?

по заложенному смыслу или по преследуемой цели?

в политической окраске или в чисто юридической?

в реальном содержании или идеологическом?

Ответы на поставленные вопросы давались в разное время разными школами и разными мыслителями. Можно видеть также разное их отношение к результатам толкования¹⁸:

толкование не имеет значения, значение имеет только сам закон (сегодня Конституция РФ может трактоваться именно таким образом, особенно с учетом того, что ни на один орган обязанность толкования закона не возлагается);

к толкованию следует прислушиваться, учитывать (чаще всего такая позиция выражается по отношению к решениям ЕСПЧ);

толкование определенных органов обязательно для правоприменителя независимо от содержания (предполагается, что разъяснение дали органы, издавшие акт).

Классическая модель толкования права знает разные заключения по итогам мыслительной работы по уяснению норм: 1) норма применяется согласно буквальному смыслу; 2) не удалось установить истинный смысл нормы и приходится довольствоваться словесным; 3) внутренний смысл нормы шире или

уже словесного и необходимо следовать «распрямяющему» (ограничительному или расширительному) смыслу; 4) словесная мысль закона недостаточна, неточна, неясна, неполна, двусмысленна и следует выйти за пределы смысла; 5) реальное толкование не способно устранить неясность, мысль законодателя остается нераскрытой; 6) реальное толкование обнаруживает пробел, т. е. отсутствие нормы, относящейся к определенному виду отношений; 7) реальное толкование обнаруживает норму, противоречащую толкуемой.

В каждом из перечисленных случаев есть варианты решений, обусловленные характером норм и регулируемых ими обстоятельств.

В постмодернистском подходе происходит смена парадигмы познания — переход от ненаучных или наивно-герменевтических приемов к когнитивным методам анализа информации, ориентированным на постижение смысла. Отсюда стремление перейти от интерпретации к пониманию смысла и к формированию идеального образа будущего интеллектуального продукта — решения по делу. «Смысл — качественное преобразование в сознании исходной суммы данных, одномоментное изменение картины мира в сознании индивида, сопровождающееся эмоциональным энергетическим подъемом (определяемым понятием «эврика»). Постигание смысла — завершающий момент размышления; когнитивная ситуация, в которой индивид по-разному группирует набор имеющихся данных, рассматривая их временную последовательность или их связь в динамике или логической ситуационной взаимосвязи. Это — мгновенное выявление внутренних связей между набором исходных данных, позволяющее понять системные отношения эмпирического объекта и информационного универсума. Постигание смысла выражается в понимании — состоянии сознания, при котором рожда-

¹⁸ Для исследователя классики представляют интерес 7 последствий реального толкования, указанных Е. В. Васьковским (см.: Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 343 и далее).

ется идея и на основании ее формируется цель деятельности поведения»¹⁹.

Ознакомление с «продвинутыми» модернистскими подходами ставит перед нами по меньшей мере два вопроса. Не начало ли это конца науки? В какие практические (прикладные) результаты могут вылиться достижения современной науки? Первый вопрос дебатруется на материале развития естественных наук (физики, химии, биологии и др.) и вывод заключается преимущественно в признании того, что они исчерпали свой потенциал²⁰. По второму вопросу предлагаются различные технологии риска и безопасности, решение в рамках нейронауки проблемы человека²¹. Представляется, что перспективы науки и, соответственно, развития общества находятся в плоскости соединения естественнонаучного и гуманитарного знаний, о чем многократно заявляли лучшие умы. В этом плане в аспекте когнитивно-информационной теории наше внимание привлекла совершенно неизвестная отечественным юристам наука, которая получила наименование «меметика».

Мем (англ. *memе*) — единица культурной информации. Мемом может считаться любая идея, символ, манера или образ действия, осознанно или неосознанно передавае-

мые от человека к человеку посредством речи, письма, видео, ритуалов, жестов и т. д. Концепция мема и сам термин были предложены эволюционным биологом Р. Докинзом в 1976 г. в книге «Эгоистичный ген». Ученый предложил идею о том, что вся культурная информация состоит из базовых единиц — мемов, точно так же как биологическая информация состоит из генов; и так же как гены, мемы подвержены естественному отбору, мутации и искусственной селекции. Докинз утверждает, что мем — единица информации, находящаяся в мозгу (термин «мем» более отвечает содержанию этого понятия, поскольку он ближе к латинскому *memos* — память) и являющаяся мутирующим репликатором в культурной эволюции человечества. Он рассматривает мемы как закономерности, способные влиять на свое окружение и обладающие способностью к размножению. На основе этой идеи Докинза возникла пока не получившая широкого признания наука «меметика»²². Важно заметить, что когнитивно-информационная теория «выдвигает ряд новых системных категорий: прежде всего это понятия информационной сферы, которая (по аналогии с понятиями биосферы и ноосферы) определяет материально-вещественный след совокупного когнитивного феномена человеческого мышления, проявившегося в деятельности, и информационной среды человека — пространства, в котором реализуется способность опосредованного (через материальный продукт) информационного обмена, охватывающего, таким образом, все разумное человечество в его историческом развитии. Информационный обмен осуществляется по горизонтали (он имеет непосредственный характер, поскольку идет в режиме настоящего времени — в виде

¹⁹ Медушевский А. Указ. соч. С. 30.

²⁰ Григорий Малинецкий: Начало конца или конец начала? URL: <http://oko-planet.su/science/sciencediscussions/146515-grigoriy-malincekiy-nachalo-konca-ili-konec-nachala.html>.

²¹ «Самые большие перспективы в XXI веке и самые большие риски связаны с использованием возможностей человека. На Западе технологии раскрытия и эффективного использования потенциала человека называют high-hume технологиями (по контрасту с обычными высокими технологиями — high-tech) и рассматривают их как одно из главных направлений будущего прогресса. Человек остается загадкой и в «техническом», и в социальном смысле» (там же).

²² Подробнее см.: Меметика — очередная маска постмодернизма. URL: <http://forum.goldentime.ru/viewtopic.php?p=3160>.

наблюдения вещей, обмена ими) и по вертикали (в виде ретроспективного или опосредованного информационного обмена)²³.

Оказывается, «любой из нас при рождении получает “подарочный набор” — гены и мемы. Гены — то, что нам всем известно и понятно. Мемы — своеобразное хранилище культурных кодов, как в компьютерных чипах. Само слово “меметика” не случайно созвучно известному нам термину “генетика”, поскольку оно говорит о передаче информации, только не биологической, а культурологической... Наука изучает причины происхождения мемов, восприимчивости людей к ним и их распространение»²⁴.

В приведенной позиции немного смущает то, что мемы, как и гены, каждый получает «при рождении». Возможно. Но для гуманитария и юриста более перспективным представляется исследовать мемы не по отношению к конкретным индивидам, а по отношению к неким общностям. В нашей сфере направляется исследование мемов по отношению к правовым системам и, еще точнее, по отношению к правовым семьям. Со всей очевидностью существуют мемы, которые делают семью семьей, которые отличают ее от другой, и вместе с тем есть мемы, которые позволяют говорить о принадлеж-

ности семьи к правовой системе и к праву вообще.

Мемы — это объекты, которые для размножения копируют сами себя. Они могут размножаться по воле или помимо воли своего носителя. Для мемов выживание зависит от наличия по крайней мере одного носителя, а успешность воспроизводства зависит от окружающей культурной среды и от наличия такого носителя, который намеренно пытается распространять мем. Соответственно, данной энциклопедической характеристике мы вправе поставить следующие вопросы: не копируют ли себя законы в судебных решениях; не размножаются ли судебные решения в качестве прецедентов; не зависит ли судьба и выживание законодательных мемов и судебных прецедентов от окружающей среды; нет ли таких носителей, которые намеренно пытаются внедрить правовые мемы?

Чтобы дать ответы на поставленные вопросы, в качестве подвида меметики следует обосновать правовеметику, которая как объект должна изучить две разновидности мемов: единицу правовой реальности и единицу психической реальности («*exosomatische und innersomatische Meme*»²⁵). Эволюция права обусловлена единством и борьбой названных мемов с органически присущей им репликацией. Сущностное возобновление и полиформное повторение того, что изначально за-

²³ Медушевский А. Указ. соч. С. 30 и далее. Автор оперирует рядом тех категорий, которые способны отразить новое в освещении процессов освоения правовой материи: «*информационная энергетика* (подъем психической энергии, возникающей при столкновении реального мира и познавательных рецепторов живой системы, инициирующий появление идей и представлений) и *информационный магнетизм* (способность индивида испытать энергетический подъем в ситуации преобразования информационного ресурса, овеществленного в интеллектуальном продукте человеческой деятельности)» (там же).

²⁴ URL: <http://scientificrussia.ru/articles/new-extraordinary-science>.

²⁵ См.: Wegener F. Memetik. Der Krieg des neuen Replikators gegen den Menschen. Gladbeck, KFVR, 3. Auflage 2015. Утверждается, что мемы, подобно генам, следует рассматривать в качестве репликаторов, т. е. как информацию, копируемую вариационно и селективно. Мемы (и, следовательно, человеческие культуры) развиваются по причине того, что выживают лишь некоторые вариации. Мемы копируются путем имитации, обучения и других методов и борются за выживание в нашей памяти и за шанс быть вновь реплицированными.

кодировано мемной информацией и обеспечивает ее ценностные свойства применительно к новым обстоятельствам места и времени, — вот содержательный аспект процесса меметики.

Выделяют вертикальную передачу мемов, когда получают те или иные мемы «в наследство» от предыдущих поколений через самые разные культурные артефакты, и горизонтальную, когда передача мемов происходит между людьми одного поколения. Примеры формирования правовых семей в рамках определенных взаимосвязей правовых систем могут иллюстрировать данное деление наилучшим образом. Но это весьма высокий уровень освоения меметики. В большей степени прикладной характер носят предложения использования достижений меметики в ре-

шении проблемы пробелов в праве²⁶. Здесь нет возможности охарактеризовать меметику и перспективы ее выходов на практику — это составит предмет специального исследования, но одно в соответствии с проблематикой настоящей статьи сказать можно: установление правовых мемов послужит большей определенности в поиске права (толковании права) в каждом отдельном случае решения дела.

²⁶ «Особая трудность для судьи при восполнении (“закрытии”) пробелов состоит в том, как реализовать в решении данные конституционным судом критерии “практической разумности” и “представлений общества о справедливости”, не допуская субъективных правополитических представлений. Преодолению этой проблемы определенным образом может содействовать меметика...». *Henke Ch. Memetik und Recht. HFR 2/2007. S. 12.*

Библиографический список

- Henke Ch. Memetik und Recht. HFR 2/2007.
- Wegener F. Memetik. Der Krieg des neuen Replikators gegen den Menschen. Gladbeck, KFVR, 3. Auflage 2015.
- Антонов М. В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.
- Байтеева М. В. Проблемы понимания права с позиций феноменологической герменевтики // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.
- Васьковский Е. В. Избранные работы польского периода. М., 2016.
- Завадский А. В. К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школа свободного права и др.) / под ред. и с предисл. А. Симолина. Казань, 1916.
- Иглтон Т. Почему Маркс был прав. Пер. с англ. М., 2012.
- Майхофер В. Право и бытие. Прологомены к онтологии права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1.
- Медушевский А. Когнитивная теория права и юридическое конструирование реальности // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5.
- Пферсманн О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.
- Сырых В. М. Материалистическая теория права: в 3 т. М., 2011.
- Сырых В. М. Материалистическая философия публичного права: монография. М., 2016.
- Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.
- Честнов И. Л. Поминки по постмодернизму, или Здравствуй, постклассика? // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.
- Честнов И. Л. Постклассическое правопонимание: монография. Краснодар, 2010.
- Яркова Е. Н. История и методология юридической науки: учеб. пособие. Тюмень, 2012.