

Краткие размышления об идентичности и (кон)текстуальности права**

Аннотация. Право рассматривается как юридическое выражение социальных изменений в обществе и как активный фактор, стимулирующий таковые. При этом с точки зрения причинно-следственных связей между правом и социальными изменениями роль права в обоих случаях – разная. Однако в силу тесной взаимозависимости права и социальных отношений установить указанные связи трудно, а нередко и вовсе невозможно. В любом случае право не может свестись к своеобразной «палате регистрации» социальных преобразований. Позиционируя себя в качестве текста по отношению к тем, кто способствовал его формированию, право может сохранить свою диалогическую рациональность, открывая себя для осознания внешних обстоятельств, как их обоснования, так и применения, вступая в диалогические отношения с другими, более или менее нормативными понятийными системами, с которыми оно сосуществует и поддерживает эвристическую связь (по примеру понятия справедливости). При этом право не теряет своей, основанной на идее человечности, идентичности, состоящей как в противостоянии беспорядку, проявляющемуся в процессе социальных изменений, так и в том, чтобы раскрыться в виде картины мира, формированию которой оно способствует, интерпретировать эти представления и, таким образом, сохранить свой внешний характер по отношению к ним и в диалоге с ними. Право невозможно рассматривать вне самого различного контекста его существования и действия, поэтому в статье предлагается контекстуальный подход к праву: в рамках такой парадигмы контекст более не является внешним по отношению к праву; он является с ним единичным; он больше не противопоставляется праву, более того, он становится его основополагающим принципом. Однако контекстуальность не может существовать отдельно от текстуальности права просто потому, что последняя составляет само ядро контекстуальности, по крайней мере в праве.

Ключевые слова: право; идентичность права; нормативность; понятийная система; диалогическое отношение; текстуальность права; право в контексте; контекстуальность права

1. Право – это источник, приток, аллювий или результат социальных изменений?

По мере того как мы пытаемся дать ответ на эти вопросы, они усложняются. Проблемы взаимодействия права и среды, в которой оно существует, бесспорно, относятся к категории таких вопросов. Даже рассматриваемая через призму социальных изменений, эта проблематика, которая, безусловно, не нова, разделяется на множество тематических направлений, потенциально антагонистических. Более того, вышеупомянутое разделение относится к явлениям эпистемологического порядка. Можно ли утверждать, что право *должно быть* созвучным социальным изменениям, или оно уже является таковым? Но при такой постановке вопроса на арену выходят различные понимания – от радикальной версии до ее отрицания – дихотомия сущего (*Sein*) и должного (*Sollen*), которую известное теоретическое Писание возводит в аксиому при любом размышлении о праве.

Тем не менее этот тезис при всей своей противоречивости может быть подкреплен определенными доказательствами – однако не являются ли они мнимы-

* **Фредерик Жеа**, профессор факультета права Нанси, Университет Лотарингии (Франция).

** Géa F. Brèves réflexions sur l'identité et la (con)textualité du droit // Revue interdisciplinaire d'études juridiques. – 2013/1. – P. 99–107. – URL: <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2013-1-page-99.htm>

ми? На наш взгляд, бесспорно, что право могло быть продолжением, результатом или, иначе, юридическим выражением социальных изменений. Как представляется, эволюция нравов открывает дорогу многочисленным социальным реформам, особенно если опираться на положения французского права, акцентируя отмену в 1982 году положения статьи 331 Уголовного кодекса Франции, предусматривавшего уголовную ответственность за «непристойное или противоестественное деяние в отношении несовершеннолетних лиц различного или *одного пола*» (которое по-разному трактуется – и как гетеро-, и как гомосексуальность); это также и принятие законодательной системы в 1999 году, выражающейся в закреплении в Гражданском кодексе Франции Гражданского Договора солидарности (PACS), повлекшем за собой признание законности однополых пар, а сегодня это законопроект¹, открывающий дорогу для заключения брака лицами одного пола. Исходя из этого, мы утверждаем, что эволюция нравов была порождена правом (в той нормативности, которая заложена в основе этой эволюции). Тот факт, что право может подпитывать, оказывать влияние на социальные преобразования или даже стимулировать их, представляется, на первый взгляд, настолько же бесспорным. Не для того ли, чтобы скорректировать социальное поведение и содействовать равному доступу мужчин и женщин к выборным должностям во Франции, был принят Конституционный закон от 8 июля 1999 года? Не для того ли, чтобы внести изменения в социальные отношения или простимулировать их, законодатель смог добавить к критериям дискриминации, запрещенной как Трудовым кодексом Франции, так и Уголовным кодексом Франции, наряду с законом, принятым 6 августа 2012 года, указание на «сексуальную идентичность», косвенно направленную на гомосексуалистов, транссексуалов или трансгендеров? Если мы поставим своей целью поддержку этих положений, тогда ответ будет положительным. Но разве нельзя сказать то же самое о первой серии приведенных нами примеров? Как, в самом деле, обозначить разницу, с одной стороны, между динамикой, порождаемой правом и стремящейся инициировать общественные изменения, и, с другой стороны, динамикой, исходящей от самого общества? И как рассматривать роль права, которое, фактически постулируя что-то необходимым или законным, ограничивается собиранием, сопровождением, закреплением и даже консолидацией общественных изменений? Однако проблема, с которой довольно быстро столкнется наблюдатель, – это проблема *причинности* или, если угодно, причинной детерминации. Непрерывные реформы законодательства, определяющего режим имущественных отношений между супругами, – в первую очередь, речь идет о законах Франции от 13 июля 1965-го и 23 декабря 1985 года – навеяны, прежде всего, заботой и стремлением к достижению еще большего равенства между мужем и женой, как и различные правовые механизмы, направленные на укрепление профессионального равенства между мужчинами и женщинами на предприятиях. Возникает вполне закономерный вопрос: являются ли они официальным закреплением уже состоявшихся социальных изменений или лишь этапами, в конечном счете нацеленными на воплощение в жизнь, инициацию или усиление этих социальных преобразований? Обе сферы представляются тесно переплетенными, что делает чрезвычайно трудным, а нередко и непродуктивным применение любого «причинно-следственного» подхода.

Если такое переплетение все же существует, то главным образом по той причине, что право, осуществляя какое-либо нормативное предписание, одновременно и создает основу для социальных преобразований, будто бы реально осуществляющихся, которые, при этом, совсем не лишены нормативности. И в том и в другом случае действуют люди, их язык, заложенные в их слова смыслы и, конечно

¹ Данный законопроект стал законом 17 мая 2013 года (LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013). – Прим. редакции.

же, представления, которые индивиды сначала порождают, а потом и передают. «Социальная реальность» отнюдь не представляет собой необработанную, объективную, требующую анализа данность. Если право поддается интерпретации, то «социальная реальность» сама по себе представляется ученым – социологам и правоведам – объектом операций кодирования/декодирования. Возьмем в качестве примера труд женщин в XX веке. В одной из научных работ было показано, что представление о том, что женщины будут массово выходить на рынок труда только в 1970-х годах, привело к недооценке труда, который был им доверен в первые десятилетия XX века, а в результате, в течение XX века – с конца Первой мировой войны и до 1960-х годов – произошло снижение их профессиональной активности; указанное выше представление, таким образом, явилось результатом статистической оптической иллюзии². Дело в том, что определение труда как женского зависит от дефиниции самого труда и, следовательно, от того, какое представление о нем существует в данный момент времени. Содержание такого общественного представления и обуславливает форму нормативности, которая неизвестна законодательству. Современные разговоры о кризисе, который мы переживаем, также свидетельствуют не только о невозможности интерпретации поставленных «диагнозов», но и о множестве перспектив, которые они собою открывают: призыв к «нечто большему, чем право» сочетается со стигматизацией права, которое признается неспособным преодолеть этот кризис (если не ответственным за него), в то время как намерение реформировать финансовые рынки постепенно лишь по мановению руки уступило место ряду реформ европейского рынка труда. Здесь предполагаемые преобразования трудовой функции будут обосновывать растущую гибкость трудового права (теперь взятую в качестве цели...)? В новых условиях они будут служить гарантией укрепления прав работников. Вот что побуждает расшифровать в речах о социальных переменах игру представлений, несущих общественную нормативность, которая стремится подменить собой нормативность правовую. Или, по крайней мере, проникнуть в процесс ее формирования.

Будь то *лоббирование* либо более или менее открытые механизмы участия в разработке норм (управление, переговоры, консультация), установленных правом, эта внеправовая нормативность будет в состоянии взаимодействовать с правовой нормативностью не через барьер, а, скорее, функционировать именно внутри нее. Здесь присутствуют взаимозависимость и конкуренция нормативностей. Однако, несмотря на то что «дисциплина права» остается принципиально открытой, она, тем не менее, берет на себя функцию, которую можно назвать, наряду со многими другими авторами (например, с Аленом Супиотом), *догматической* и которая, хоть и полностью не сводится к одной «дисциплине права», свойственна ей. Однако эта функция происходит из представлений, согласно которым право структурирует общество, регулирует социальные отношения, закладывает ценности и, *в конечном счете*, создает определенную понятийную систему. Сущность права как системы связей не позволяет ему освободиться от своего догматического измерения, отказавшись от своей основной роли – *установления границ и их отражения в сознании субъектов*, в чем, как мы полагаем, право не может, кроме как путем уничтожения своего места и его уступки другому типу нормативности, свестись единственно к работе своеобразной «палаты регистрации» социальных преобразований. Более того, такие социальные изменения оказываются в значительной мере непредсказуемыми, что, как известно, три десятилетия назад привело Раймона Будона к признанию значения понятия беспорядка в теории (теориях) социальных изменений. Право в этих условиях должно быть способно противо-

² M. MARUANI et M. MERON, *Un siècle de travail des femmes. 1901-2011*, Paris, La Découverte, 2012.

стоять изменениям, поскольку его горизонт, амбиции, устремления коренным образом связаны с определенной идеей человечности. Основания права могут вполне закономерно, посредством его (или их) коммуникации (коммуникаций) и в особенности интерпретации, поставить право в независимую позицию по отношению к событиям, конечно, им порожденным, но, смотря по обстоятельствам, либо вписавшимся в его текстуальность, либо, наоборот, оставшимся за его пределами. Любая эволюция, любые социальные изменения не всегда находят в недрах права свое отражение или закрепление. Сопrotивление, в то же время, не означает безучастности. Совсем наоборот. Если право позиционирует себя в качестве Текста по отношению к тем, кто способствовал его формированию, то оно может только сохранить свою диалогическую рациональность, будучи открытым для осознания внешних обстоятельств, как их обоснования, так и применения, и таким образом вступая в диалогические отношения с другими, более или менее нормативными понятийными системами, с которыми оно сосуществует и поддерживает эвристическую связь (по примеру понятия справедливости). И это *при условии, что право никогда не теряет из виду своей собственной идентичности, выкованной принципиально иным образом*. Значит, то, каковым право является, собственно, и есть либо может быть тем, каким оно призвано быть. Предназначение права, исключая стремление отнести его функцию к чисто инструментальной, приводящее к его отрицанию, очевидно, заключается не в том, чтобы позволить субъекту права раствориться в догме объективного права; его призвание состоит в том, чтобы через представления, к которым оно обращается, раскрыться в виде картины мира, формированию которой оно способствует, интерпретировать эти представления и таким образом сохранить свой *внешний характер* по отношению к ним. Как в *диалогическом соотношении*.

Краткая библиография:

- R. BOUDON, *La place du désordre*, Quadrige – Essais débats, Paris, PUF, 3^e éd., 2004 ;
- P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, L.G.D.J, Lextenso éditions, 2011 ;
- Fr. GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, coll. Varenne, Paris, L.G.D.J, 2009 ;
- J. LARRIEU (dir.), *Crise(s) et Droit*, Paris-Toulouse, L.G.D.J, PU Toulouse I Capitole, 2012 ;
- P. MOOR, *Dynamique du système juridique. Une théorie générale du droit*, Bruxelles – Paris – Lausanne, Bruylant – L.G.D.J – Schulthess, 2010 ;
- SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. La couleur des idées, Paris, Seuil, 2005 ;
- SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

2. Что для вас представляет собой подход к праву «в контексте»? Каковы его цели и задачи, преимущества и ограничения?

Наше право – особенно наше современное право – характеризуется своей «текстуальностью». Именно в ней, по нашему мнению, заложены главные пружины как для его формирования, так и для реализации, и даже его динамики. Работа всегда начинается с интерпретации, поэтому с этой точки зрения право вполне можно было бы представить как право... «в тексте». Не кажется ли такое представление противоречащим подходу к праву «в контексте»? Разумеется, нет, если рассматривать контекст как целостный текст, составляющий осмысленное единство, в его отношении к одному из его элементов. Бесспорно – нет и в том случае,

если определить контекст как ситуацию, в которой лингвистический элемент дополняется его внелингвистическими условиями. Но что, если контекст рассматривается в качестве «совокупности обстоятельств, связанных с ситуацией, когда возникает феномен, происходит событие»?³

Поставим вопрос иначе. Если подход к праву «в контексте» способен охарактеризовать, в рамках наших размышлений, разрыв, то в чем же он заключается? Иначе говоря, чем, помимо названия, определяются его смысл и значение? Нам представляется, что западная правовая мысль, по крайней мере со времен Монтескье и его фундаментального труда «О духе законов» (1748), усвоила идею о том, что законы могут представлять собой связи, доступные для наблюдения, приспособливающиеся к переменным различной природы (по мнению Монтескье, культурным или естественным причинам). В этом и был заложен один из способов подтвердить контекстуальное закрепление норм законодательства и объяснить, почему национальные правовые системы в случае необходимости сопутствующим образом порождают акты – законодательные формулировки, – которые иногда столь явно содержательно различаются и которые при их противопоставлении порождают целый ряд коллизий и ответвлений в национальных правовых системах. Но современный разум породил не менее идеальную концепцию права, чем известная и давно воплощенная идея естественного права, в которой устоявшееся понимание прав человека – или основных прав и свобод – продолжает играть более или менее значимую роль. Этому идеализму, отпечатку универсализма, корреспондирует приверженность основным принципам, которые на самом деле стремятся выразить ценности права. Внедрение юридического анализа в контексте (контекстах) может в этом случае означать только поворотный момент, поскольку ожидаемое и даже провозглашаемое единство здесь замещается множественностью – сегментацией, фрагментацией. Если речь действительно идет о том, чтобы принимать во внимание условия зарождения и развития права, то юридические дискурсы призывают к корректировке и поиску правильных изменений в зависимости от рассматриваемого контекста. Грамматика указанного перевода представляет собой эквивалентность без идентичности, согласно анализу, предложенному Полем Рикером. Этот призыв состоит, в развитие концепции научного труда немецкого философа Хайнца Висмана, в том, чтобы «думать сквозь языки» и, стало быть, пытаться выявить механизмы, с помощью которых правовые системы накапливают свой потенциал, выделяются, дифференцируются посредством динамики, которая придает таким правовым системам позиции, по крайней мере, внешне противоречивые.

Контекстуализировать – значит изменить угол зрения при рассмотрении объекта. Это относится к любому контексту, будь то глобальный *правовой контекст*, рассматриваемый с системной точки зрения, либо иные *контексты в праве*: с одной стороны, «производство» правовых текстов (нормативных, конвенциональных), с другой – разработка способов толкования, в обязательном порядке применяемых к таким текстам. Понятие контекста, как таковое, безусловно, представляет собой повторяющуюся фигуру нашего права, независимо от того, возникает ли оно на стадии реального воплощения его разнохарактерного содержания, или в форме указания на обстоятельства преступления или проступка, или на обстоятельства, послужившие основанием для выражения согласия, даже если в этом случае контекст рассматривается через призму психологии *завлуждения*, поведения и умысла исполнителя обмана или насилия. Вместе с тем следует отметить, что понятие контекста в таких случаях во многом перестает быть цельным и плохо поддается отмежеванию от самого процесса оценивания оснований для дей-

³ Trésor de la Langue Française informatisé, ATILF (Université de Lorraine), v° Contexte, sens C.

ствий. Тем не менее даже сведенная к такому минимальному значению отсылка к контексту, по-видимому, делает этот контекст неуязвимым при его сравнении с некими обычными схемами рассуждений. Об этом, например, свидетельствуют недавно проведенные исследования в сфере французского трудового права, касающиеся значения или ценности воли работника, который планировал увольнение по собственному желанию, получил одобрение на это со стороны работодателя, но вновь объявил себя кандидатом на открывающуюся вакансию; в таких случаях Кассационный суд Франции, основываясь на дифференцированном анализе, принимает во внимание контекст и разрешает дела в зависимости от того, повлекут ли действия работника сокращение штата или потерю *им* рабочего места. Здесь имеет значение не столько намерение работника и не столько причины поступка, сколько особенности контекста, сохраняющего либо не сохраняющего каждому из потенциальных выгодоприобретателей в правоотношении возможность реально пользоваться свободой выбора между увольнением (с предприятия) или сохранением (того же) рабочего места. Здесь можно было бы упомянуть дискуссию, получившую развитие в судебной практике с момента законодательного закрепления в 2008 году, о возможности расторжения бессрочного трудового договора по соглашению сторон, когда речь шла об особом внимании судей к контексту, в котором происходило расторжение; такой контекст зачастую представляется заменой маловероятного – если вообще возможного – определения оснований правового акта, оформляющего соглашение сторон о прекращении договорных отношений в ожидании официального утверждения этого акта властями, осуществляющими регулирование отношений в сфере труда. В подобной же гипотезе отсылка к контексту вновь вводится в пользу *объективации* суждения, на основании вынесения которого в дальнейшем происходит расторжение договора. В приведенных примерах мы видим, что контекст, в сущности, становится одним из ключевых элементов в схеме действительности/легитимности расторжения трудового договора. И именно подход к праву «в контексте» лежит в основе рассуждений судей. Однако тогда мы оказываемся в ситуации, которая может быть охарактеризована как *слабая* версия этого подхода – сколь бы эвристической она ни была. Но, вероятно, существует и другая, сильная, версия.

С идеей права «в контексте», на самом деле, может быть связана концептуально более мощная или, по крайней мере, более радикальная модель. Именно на такой модели строится (строилось бы) утверждение о *существенном* признаке (в *строгом* смысле этого термина) контекста для права, наподобие тезиса, в настоящее время защищаемого Марком Хуньяди в сфере нравственной философии. Подобный подход имел бы большее значение, нежели просто рассмотренное выше расторжение договора: нечто вроде инверсии. Провозглашение фундаментальной контекстуальности права предполагает выход за рамки анализа, содержательно построенного на отождествлении контекста как окружающей среды и контекста права. Однако реализация заявленного возможна лишь одним путем: прекратить позиционировать контекст в качестве фона или, тем более, в виде совокупности юридически значимых обстоятельств, к которым право в значительной степени стремится прикоснуться. Базируясь на реализации вышеописанного пути решения поставленной задачи, теория права «в контексте» могла бы стать открытой для утверждения или признания конституирующей или даже первоначальной роли этого контекста (в зависимости от того, какая точка зрения принимается во внимание по отношению к нему). В рамках такой парадигмы контекст более не является внешним по отношению к праву; он является с ним единичным. Он больше не противопоставляется праву, более того: он становится его основополагающим принципом...

Таковой могла бы быть, на наш взгляд, сильная вариация контекстуальной теории права. И, стало быть, концепции права «в контексте». Этот подход имеет или мог бы иметь значительные достоинства. Во-первых, он позволяет существенно обновить объяснения эволюционного и релятивистского характера права, (пере)ориентируя взгляд исследователя на различные контексты (политический, идеологический, экономический, социальный...), которыми оно порождено. Во-вторых, – осознать и осмыслить многочисленные социальные взаимодействия, действующие в праве или в условиях, в которых это право применяется, – что, на наш взгляд, обязательно объединяет взаимодействие правовых или неправовых дискурсов. Таким образом, контекстуальный подход к праву мог бы подтвердить соображения, обоснованные разными точками зрения, предоставить им перспективу – новую гипотезу, тяготеющую к иному способу идентификации *субъективных прав*, выявления их сходства или совпадения и признания их антагонизма. Эта концепция должна считаться с некоторым релятивизмом, неизбежным образом проецируемым ею на право, при этом дестабилизируя его проведением через «истины», признаваемые незыблемыми, в чем сущностно и заключается ее основной теоретический вклад. Тем не менее такой релятивизм порождает и некоторые пределы практического применения данной концепции. В то время как перспектива постмодерна, которая ее вдохновляет, не вызывает у нас недовольства, поскольку она зачастую дает соответствующие объяснения для понимания некоторых преобразований нашего современного права, радикальный характер сильной версии, которую мы чуть выше обозначили, представляет (представлял бы) собой всепоглощающую ловушку – право в контексте (контекстах), из которого оно предположительно рождено, как будто бы взято из матрицы. И более того, увязывание его с парадигмой этого мира представляет собой простую задачу воспроизводства правовых норм, господствующих в определенном обществе и в определенный исторический момент. Таким образом, под угрозой утраты правом смысла обнаружится картина права, не имеющего собственной идентичности и отказывающегося от своей собственной (догматической) функции. Избежать такой ловушки, как нам представляется, позволит подход к праву «в контексте».

В заключение скажем, что подход к праву «в контексте» в теоретическом плане должен включать подход к праву «в тексте», поскольку он имеет самое фундаментальное значение. Игра слов? Не совсем. Контекстуальность не может существовать отдельно от текстуальности просто потому, что текстуальность составляет само ядро контекстуальности, по крайней мере в праве. Однако не является ли она, в сущности, первой и основополагающей формой выражения права?

Краткая библиография:

- Ch. EBERHARD, *Le droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, Paris, L.G.D.J, 2^{ème} éd., 2010.
- S. GOYARD-FABRE, *La textualité du droit. Étude formelle et enquête transcendantale*, coll. Humanités, Paris, Cerf, 2012.
- M. HUNYADI, *L'Homme en contexte. Essai de philosophie morale*, coll. Humanités, Paris, Cerf, 2012.
- Fr. OST, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, coll. Ouvertures, Paris, Fayard, 2009.
- PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, coll. Quid juris?, Bruxelles – Paris – Lausanne, Bruylant – L.G.D.J – Schulthess, 2006.
- T. SACHS (dir.), *La volonté du salarié*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2012.

Frédéric Géa,

Professor at the Faculty of Law, Nancy,
University of Lorraine (France)

Concise Reflections on the Identity and (Con)textuality of Law

Abstract. The paper considers law both as a legal expression of social changes in society and, also, as an active factor in stimulating such changes. In terms of the cause-effect relationship between law and social changes, the role of law is distinct in each case. However, due to the close interdependence of law and social relations, it is hard, and often futile, to establish these ties. In any case, one cannot reduce law to a kind of “chamber of registration” of social transformations. By positioning itself as a text in relation to those who contributed to its formation, the law can maintain its dialogic rationality, opening itself to the awareness of external circumstances, both their justification and application, entering into dialogic relations with other, more or less normative conceptual systems with which it coexists and maintains a heuristic connection (following the example of the concept of justice). At the same time, the law does not lose its humanity-based identity, which consists both in confronting the disorder manifested in the process of social change, and in revealing itself in the form of a picture of the world, the formation of which it contributes, to interpret these ideas and, thus, to preserve its external character in relation to them and in dialogue with them. The law cannot be considered outside the very different context of its existence and operation, so the article proposes a contextual approach to law: within such a paradigm, the context is no longer external to law; he is unanimous with him; it is no longer opposed to the law. Moreover, it becomes its fundamental principle. However, contextuality cannot exist separately from the textuality of law simply because the latter constitutes the very core of contextuality, at least in law.

Keywords: law; identity of law; normativity; conceptual system; dialogical relation; textuality of law; the law in context; contextuality of law