

***В.И. Павлов**, кандидат юридических наук,  
доцент, начальник кафедры теории и истории государства и права Академии МВД  
Республики Беларусь*

## **МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСОБЕННОСТИ ПОНИМАНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ В КОНТЕКСТЕ АНТРОПОЛОГИЧЕСКОЙ КОНЦЕПЦИИ ПРАВА**

Любая концепция правопонимания, любая господствующая на уровне национальной правовой системы установка в отношении понимания права определяет не только вопросы правогенеза, но и вопросы реализации права. Одним из центральных методологических вопросов общеправовой теории является вопрос о праве в его практическом выражении.

Для юриста-практика вопрос понимания правовой реальности в ее практическом выражении как таковой не является актуальным, так как практикующий юрист всегда ориентирован на понимаемую в традиционном значении нормативность правопорядка, действующую в стране систему законодательства. Вместе с тем этот же юрист всегда сталкивается с данным вопросом в случае несовершенства правовых норм, возможно, их несправедливости, пробелов в правовом регулировании, с произвольным толкованием правовых норм со стороны уполномоченных должностных лиц и т. д. Более сложной выглядит ситуация с простым гражданином, носителем обыденного правосознания, который при столкновении с обозначенными случаями реагирует на них не профессионально, а обыденно, т. е. исходя из простых представлений о социальной справедливости. Нередко идеальные представления гражданина о праве разбиваются и о фактическую реальность юридической жизненной ситуации, с которой он столкнулся. При этом может действительно оказаться, что та или иная правовая норма, в особенности норма процедурного, процессуального характера, на стадии ее реализации является несовершенной не только с субъективной точки зрения данного лица, но и как объективная данность. В этом случае весь правопорядок причиняет ущерб самому себе в лице данного гражданина, который утрачивает доверие к праву и квалифицирует его как ценностно ущербное образование, потому как оно в глазах этого гражданина предстает несправедливым. Но что возможно сделать для исправления данной ситуации, приведения ее к должной мере справедливости и возможно ли это выполнить на уровне юридической практики?

При обычно принятом, традиционном подходе к пониманию юридической практики в континентальной системе права сама эта практика рассматривается как отражение, реализация нормативной разумности права, реализация установленных правотворческим органом правовых предписаний. Сам термин «реализация права» уже методологически указывает на логическую последовательность и иерархическую определенность правового регулирования. Традиционно в общеправовой теории считается, что право сначала создается, а затем реализуется. Это воззрение наиболее отчетливо прослеживается в юридическом позитивизме, отождествляющем право и закон. Причем правореализационный принцип законности как точной и неукоснительной реализации правовых предписаний имеет в своей концептуальной основе именно классическое, новоевропейское представление о совершенном законе, его разумности. Однако существуют ли механизмы своего рода дополненного правового регулирования, когда закон можно адаптировать к разрешаемой жизненной ситуации, либо такая ситуация будет представлять собой нарушение законности?

Традиционное теоретическое представление в континентальной правовой системе вроде бы сводится к наличию такой возможности, но только при условии неприкосновенности нормы права. Иными словами, единственный путь для совершенствования правореализации в классическом правовом представлении – это толкование права в его традиционном смысле либо снова же правотворчество. Впрочем, юридическая практика, сама правовая жизнь кроме этих господствующих теоретических представлений идет своим ходом, и сегодня выработано множество разнообразных процедурных механизмов, с помощью которых фактическая, непосредственная правовая регламентация, создание конкретных динамических юридических правил переносятся с правотворческой деятельности на уровень юридической практики, что и является одной из современных тенденций правового регулирования. Эти правила, формируемые на уровне практической деятельности, нельзя назвать нормами права в строгом смысле, если иметь в виду позитивистское правопонимание либо обычно принятое в юридической практике отношение к норме закона и в целом представление о правовой регламентации. Однако с позиции фактического правового регулирования и регулятивной значимости этих правил для юридической практики это не является аргументом, так как посредством их осуществляется существенное дополнение правового регулирования, которое нередко сложно назвать обычной реализацией правовых предписаний. Одним из ярких примеров таких механизмов являются обыкновения правоприменительной практики, различного рода методические руководства,

разъяснения, указания, рекомендации, устоявшиеся модели деятельности и т. п., которые фактически нередко серьезно дополняют, а не только конкретизируют порядок правового регулирования, создают непредполагаемый законодателем режим деятельности, а не только пассивно реализуют норму права, при этом такие механизмы активно используются даже в сфере охранительного права [1, 2].

Понимание процесса реализации права, равно как и юридической практики как таковой, изменяется при изменении подхода к пониманию права.

Основная особенность подхода к юридической практике в рамках антропологической концепции права заключается в том, что на первое место здесь выступают не столько институциональные правовые образования, в частности заданная система законодательства, система правовых отношений, определенный правовой порядок и т. п., сколько человекомерные, жизненно конкретные характеристики юридического, на фоне которых эти институциональные образования уже разворачиваются и существуют. Иными словами, речь идет об анализе практик правового существования человека в праве, которые можно объединить в одно родовое понятие «юридическая дискурсивная практика».

В самом общем виде юридическая дискурсивная практика – это совокупность языковых практик и внешних к ней проявлений – практик языка юридической рациональности и значимого для понимания текста и связанного с ним юридически значимого поведения, формирующих представление о правовой реальности, саму эту реальность и определяющего способы работы с ней. Исследователь данной проблемы Н.Г. Храмцова дает похожее определение юридической дискурсивной практики, используя близкое по смыслу понятие правового дискурса: «понятие правового дискурса... рассматривается как система, охватывающая не только правовую и языковую, но и социокультурную реальность, находящие свое выражение в информации, обслуживающей правовую сферу коммуникации, речевую деятельность этой сферы, текст и контекст (как социальный, так и ситуативный)» [3, с. 695].

Подобное представление правовой реальности через дискурсивные практики для юриспруденции является достаточно новым подходом и отличается от классического догматического описания права, которое основывается на доминировании субстанциального, нормативно заданного уровня фиксации и отражения государственно-правовой жизни (эффективность механизма правового регулирования, правопорядок, уровень законности, стабильность законодательства, беспробельность права и пр.). Вот, например, как традиционно представляется нормативность в правореализационной деятельности: «„юрист-практик“ имеет

дело со знаковой, словесно-документальной официальной формой, заключающей в себе общеобязательные нормы; его цель – осуществить их в действительности, поэтому в практической деятельности он не может и не должен производить критику их содержания с позиции политики или философии права, ставить эти нормы под сомнение, за исключением лишь случая их формально-логического противоречия вышестоящим нормам. „Социальные факты“ интересуют практикующего юриста лишь в их связи с модельными юридическими фактами, содержащимися в гипотезах и диспозициях норм права. Практическая юридическая деятельность отправляется от норм должного поведения, объединенных логико-семантическими связками в юридические конструкции, система которых образует профессиональный „горизонт сознания“ всех носителей правоприменительной функции» [4, с. 455].

Следует отметить, что в данной характеристике догматически представлены как сама нормативность, так и субъект правоприменения, которому в отличие от антропологического понимания человека в праве вменяется только сугубо «профессиональный горизонт сознания правоприменительной функции». Очевидно, что такое представление, хотя, возможно, оно и облегчает понимание процесса правового регулирования, является редукцией правоприменительной деятельности и попыткой свести ее к схематизму. В частности, представление практика только в контексте «профессионального сознания правоприменительной функции» является сознательной методологической установкой на вытеснение из юридического дискурса любых юридически значимых антропологических содержаний и, по сути, отрицанием человеческого как такового, отказом от рассмотрения правовой действительности через понятие фактического, правовой жизни, что свойственно для догматического позитивистского дискурса. Строго узкое понимание субъекта правоприменения возможно лишь в случае опосредования правоприменительной деятельности техникой, которая сегодня все активнее используется для правового регулирования. Однако и техническое опосредование в правоприменении, как правило, все равно в конечном счете сопровождается обработкой полученных техникой данных конкретным лицом, осуществляющим правоприменение.

В отличие от классического понимания юридической практики понимание правовой жизни посредством дискурсивных практик – это не только, формально заданное, но и имеющее место в реальном динамическом поле различных конкретных юридических практик, в том числе практик правового существования конкретных лиц. Использование дискурсивного подхода к пониманию юридической практики дает возможность увидеть и понять реальные, ускользающие из-под власти фор-

мально-юридической идентификации юридически значимые события, составляющие тем не менее подлинную динамику правовой жизни. В реальной жизни в ситуации правореализации, как правило, юридически значимая деятельность разворачивается не от нормы права, а от факта правовой жизни. Даже в специальной юридической деятельности, например в процессуальной деятельности судьи, следователя, адвоката, юридическая практика воспринимается под влиянием достаточно широкого поля локальных социокультурных и антропологических явлений, не говоря уже о непосредственной реализации права конкретным гражданином. Субъект правореализации никогда не работает исключительно в поле нормативности, более того, именно глубокое схватывание юридически значимой ситуации обеспечивает эффективность правореализационного решения. Однако даже в самой структуре нормативности имеются технические инструменты, которые снова же обуславливают личностную детерминацию в осуществлении права – это относительно определенные и альтернативные конструкции правовых предписаний, оценочные понятия, принципы права, правовые перечни и т. д.

Таким образом, использование понятия «юридическая дискурсивная практика» позволяет сместить акцент в понимании юридической деятельности с нормы права на ситуацию правового существования человека в праве, причем сама норма права и понятие нормативности права в антропологической концепции приобретают новый, антропологически обусловленный смысл.

Основное отличие традиционного понятия «юридическая практика» от понятия «юридическая дискурсивная практика(и)» заключается в том, что в поле юридических дискурсивных практик как практик правового существования происходит не реализация, а становление, довершение нормативности, процесса создания нормативного пространства правовой регламентации. Этот вывод соответствует и основной методологической позиции антропологической концепции права, в соответствии с которой главное в праве всегда является человекомерным, выявляется в контексте и в связи с правовым существованием человека в праве. Так, еще раз обратим внимание, что юридическая дискурсивная практика есть не просто практика конкретизации правовых предписаний, их правоприменительного толкования, а есть опыт формулирования, довершения, интерпретации правил в конкретной юридически значимой ситуации. В данном случае нам близка позиция Г. Кельзена о порядке правового регулирования в контексте понимания им индивидуальных норм права [5, с. 290–295].

Методологическое значение дискурсивного подхода к юридической практике заключается также еще и в том, что он дает возможность

представить правовое регулирование не как юридизацию, но, напротив, как максимально возможную открытость права по отношению к социальности и человеку, жизненной фактичности разрешаемой ситуации. В этом снова же усматриваются мотивы антропологического подхода к праву, согласно которому в разрешении жизненных ситуаций право должно ориентироваться не только на восприятие ситуации сквозь «юридические очки», но и на наиболее точное представление правовой жизни. Это не означает, однако, что в таком подходе сугубо юридический элемент, маркирующий в классических концепциях правовопонимания жизненное как юридическое именно через норму права в ее традиционном значении, вытесняется некой неопределенностью. На наш взгляд, норма права остается юридическим субстратом, однако, как мы уже указывали в своих исследованиях [6], лишается статуса сущности, главного в праве, правовой подлинности. Если вопрос заключается только в дифференциации юридического и неюридического либо в единственной задаче охранять юридическое в «чистоте» от влияния иных факторов социальной жизни, то эту роль выполняет норма права в ее знаково-текстуальной части, выражающейся в источнике права.

Вообще следует отметить, что усиленное внимание к проблеме дифференциации юридического и неюридического обусловлено философско-правовой идеологией Нового времени, когда формировалась светская модель власти, политики, права. Но для человеческого существования в праве это не самый главный вопрос. Для антропологии права главный вопрос заключается в том, как сделать право человекомерным, чтобы оно воспринимало и «видело» человека не в качестве формальной структуры, «субъекта права», но и в качестве личности, человека в правовой реальности. Нередко правоведами упускается из вида, что в фактической социальной жизни деления «юридическое/неюридическое» нет за исключением разве что специфически «юридических» по своей природе отношений наподобие процессуально-правовых отношений, и то они всегда происходят в социальном контексте и наполнены социальным и антропологическим материалом, влияющим на вынесение судебного решения.

Иными словами, понятие юридической дискурсивной практики предполагает рассмотрение не только институциональных юридических структур – нормы права, юридических процедур и т. д., которые необходимы, но, главным образом, существующего в правовой реальности человека – реального лица, выступающего в статусе истца, ответчика, правоприменителя, правонарушителя и т. д. Человекомерность права означает поэтому экспликацию правового существования

человека в праве в каждом факте правовой жизни, которая и должна выступать методологическим ориентиром в разрешении юридического дела, осуществления права, главного в праве. При этом человекомерность права не подрывает его регулятивные свойства, которые не только сохраняются, но даже усиливаются за счет приближения правового воздействия на разрешаемую ситуацию в плане, максимально приближенном к жизненному, фактическому. Собственно, переосмысление в этой связи понятия «юридическая практика» и преследует эту цель.

Понятие юридической дискурсивной практики позволяет не только сместить акцент в понимании осуществления права с нормы права на правовое существование человека в правовой реальности, но и обратить внимание на ряд явлений в правовой реальности, которые обычно не подвергаются исследованию в классическом юридическом дискурсе и не учитываются в традиционном учении о юридической практике. Речь идет о структуре юридической дискурсивной практики, которая может быть рассмотрена в совокупности следующих структурных элементов: практики языка юридической рациональности; сопровождающего ее юридически значимого поведения; человека в праве; нормативности права.

Следует также учитывать, что всякая юридическая дискурсивная практика разворачивается на фоне такого элемента правовой реальности, как господствующий тип юридической рациональности в рамках национальной правовой системы, где ведущим агентом формирования такого типа рациональности обычно выступает государство. Господствующий, наиболее часто официальный тип юридической рациональности, хотя и не является структурным элементом юридической дискурсивной практики, тем не менее выступает контекстом ее осуществления и достаточно серьезно влияет на первый элемент дискурсивной практики: на язык юридической рациональности.

Остановимся на характеристике представленных элементов юридической дискурсивной практики.

Под практикой языка юридической рациональности понимается сложившийся и господствующий в той или иной области правореализации, в той или иной сфере юридической деятельности либо даже в определенном органе, подразделении тип отношения к нормативности, который имеет свои основания не в формально-юридическом, а в текстовом (языковом) выражении, нередко выявляющемся посредством особого слоя юридического контекста. Этот слой юридического контекста состоит из высказываний, образа действий, восприятий, вскрытия руководящих установок, подразумеваний, «обычно принятого», организационных, рекомендационных, координирующих и иных дей-

ствий, имеющих ненормативную природу, т. е. всем тем, что не поддается формально-юридической фиксации, однако, как правило, является обязательным сопровождением нормативности права и выступает значимым фактором юридической деятельности. Именно язык через систему речевых актов, суждений, высказываний, правовых коммуникаций наиболее полно характеризует правовой текст (не путать с традиционным понятием текста закона) как знаковую среду осуществления права, а также более широкий социокультурный контекст, на фоне которой имеет место факт правовой жизни. Практика языка юридической рациональности таким образом показывает реальное осуществление нормативности права, т. е. вскрывает подлинное состояние правовой действительности так, как его воспринимает конкретный человек в праве, оказавшийся в юридически значимой ситуации.

Язык юридической рациональности дает точное представление о порядке осуществления той или иной юридической деятельности как она есть в качестве социального факта, конкретного факта правовой жизни. Формирование языка юридической рациональности осуществляется ведущими агентами сферы юридической деятельности, в рамках которой этот язык формируется и устанавливается. Так, в правоприменении это уполномоченные правоприменительные органы, должностные лица, формирующие дискурс правоприменения.

Юридически значимое поведение как форма сопровождения языковых практик представляет собой конкретные действия либо бездействия, обеспечивающие воплощение языка юридической рациональности по поводу юридически значимой ситуации, подлежащей разрешению. Юридически значимое поведение как форма сопровождения языковых практик может быть двух видов: непосредственно не связанное с нормативностью права и непосредственно связанное с нормативностью права.

Действия по воплощению языка юридической рациональности, которые непосредственно не связаны с нормативностью права, представляют собой организационные, управленческие, технические и иные мероприятия, направленные на формирование правовой действительности под влиянием господствующего языка юридической рациональности. Например, различного рода методические разъяснения, рекомендации, указания о порядке конкретных юридически значимых действий в том или ином случае без изменения правовых норм и т. д.

Действия же, которые непосредственно связаны с нормативностью права, представляют собой влияющие на правореализацию акты юриста-практика. Наиболее часто эти акты по смысловому наполнению знаково-текстуальной части правовой нормы тем или иным правовым смыслом исходят из определенной дискурсивной установки либо это указания

вышестоящего органа, рассчитанные на их обязательное восприятие вне зависимости от наличия нормативных оснований, согласия ведущих агентов в той или иной сфере правоприменительной деятельности и т. д. Нередко при этом правовое смыслопорождение на основании интерпретации знаково-текстуальной части правовой нормы может осуществляться не из анализа знаковой среды нормы права, а именно из языка рациональности, господствующей установки. В этом случае возможна ситуация и логического выхода порожденного субъектом правоприменения правового смысла за рамки текстовой части нормы права.

Разумеется, что такого рода деятельность прямо влияет на порядок правового регулирования и представляет собой правовое смыслонаполнение исходя из господствующего языка юридической рациональности.

Человек в праве – собирательное понятие антропологии права, включающее два уровня присутствия человека в правовой реальности: нормативный (субъект права) и фактический (правовой человек).

В ситуации практического осуществления права понятие человека в праве в отличие от традиционного понятия субъекта права имеет особое значение. Прежде всего человек в праве обозначает физическое лицо, которое, выполняя ту или иную нормативную функцию, статус, роль, т. е. позицию субъекта права, воплощает через эту роль господствующий язык юридической рациональности в конкретной юридически значимой ситуации, им разрешаемой. Иными словами, человек в праве выступает носителем, а также активным агентом формирования и реализации языка юридической рациональности.

Степень воплощения человеком в праве в своей деятельности установок юридической рациональности может быть различна, потому как она связана с его личными антропологическими содержаниями, прежде всего личностными ценностями, формируемыми в процессе правовой субъективации. Главное в человеке в праве применительно к юридической дискурсивной практике заключается в том, какое антропологическое содержание несет в себе то или иное лицо в сфере права, так как во многом именно от них зависит дискурсивный порядок, согласие либо сопротивление лица этому порядку, критерии, по которым это лицо осуществляет свою юридическую деятельность на фоне господствующей юридической рациональности и т. д. Таким образом, от человека в праве во многом зависит эффективность осуществления права. Для права желательным является ориентация человека в праве на личностный способ правового существования, где ключевым ориентиром является справедливость как личностная и социальная ценность.

Нормативность права применительно к понятию юридической дискурсивной практики рассматривается как система правовых предписа-



ний, действующая в рамках национальной правовой системы или той или иной области правореализационной деятельности. В данном случае нормативность права рассматривается в традиционном контексте и понимается как система законодательства или, точнее, система объективного права.

Нормативность в контексте юридической дискурсивной практики рассматривается как объект активного воздействия со стороны человека в праве и, по сути, параллельно существующее, нередко однопорядковое и даже иногда конкурирующее по своей регулятивной значимости правовое явление наряду с господствующим языком юридической рациональности. В юридической дискурсивной практике нормативность может занимать даже подчиненное место по отношению к языку юридической рациональности, может существенно дополняться, трансформироваться под влиянием дискурсивной практики, однако при этом именно она служит основанием легальности разрешаемой юридически значимой ситуации в качестве разрешенной на основании права.

Представление юридической практики через дискурс-анализ отличается от обычного понимания этой области правовой реальности. Вместе с тем и в традиционных подходах можно встретить достаточно насыщенное понимание к юридической практике. Так, отечественный правовед В.Н. Бибило выделяет следующие элементы юридической практики: «1) объекты юридической практики – материальные и нематериальные блага, предметы и явления, служащие удовлетворению общественных и личных потребностей; 2) субъекты юридической практики – участники правоотношений, которые своими действиями создают юридическую практику; 3) юридические действия – внешнее выражение поведения субъектов юридической практики; 4) средства юридической практики – предметы и явления, с помощью которых обеспечиваются достижение определенных целей и получение соответствующих результатов; 5) способы осуществления юридической практики – наличие условий и предпосылок деятельности; 6) результаты юридической практики – итоги юридической деятельности, позволяющие удовлетворить интересы человека, групп людей или общества в целом, складывающиеся путем отбора юридических действий, наиболее полезных, целесообразных и имеющих перспективное значение; 7) формы юридической практики – внешнее проявление юридической практики, сконцентрированное в процедуре принятия решений и их документальном оформлении» [7, с. 125]. Вместе с тем, как видно из сопоставления элементов юридической дискурсивной практики и юридической практики в классическом понимании, основное отличие меж-

ду ними все же заключается в области понимания права и порядка правовой регламентации.

Таким образом, анализ вышеуказанных структурных элементов юридической дискурсивной практики – практик языка юридической рациональности, сопровождающего их юридически значимого поведения, человека в праве и нормативности права – показывает, что основное значение исследования практического осуществления права через дискурсивные практики заключается в выявлении не только формально-юридической, но фактической стороны права, а также параметров его осуществления, ускользающих из-под традиционного понимания юридической практики, – отражения нормативности права. Дискурсивная юридическая практика дает понимание фактической правовой жизни как она есть и существенно дополняет традиционное и достаточно формализованное понимание реализации права как точного и неукоснительного соблюдения правовых предписаний (законность) с позиции конкретного правореализационного хода. Следовательно, в антропологии права традиционное обращение к классическому понятию юридической практики осуществляется под условием, так как такая практика всегда предполагает отслеживание реализации уже нормативно заданного правового порядка. В нем как таковые отсутствуют фигура самого практика – человека в праве, язык господствующей юридической рациональности и подчиненное ему поведение, что, на наш взгляд, приводит к утрате точного понимания правовой действительности.

1. Попов В.В. Обыкновенная правоприменительной деятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Волгоград, 2000.
2. Павлов В.И. Обыкновенная правоприменительной практики как средство преодоления коллизий в праве: антрополого-правовой аспект // Юрид. техника. 2017. № 11.
3. Храмова Н.Г. Правовой дискурс как правовая категория // Современные проблемы экономики, управления и юриспруденции : материалы Междунар. науч.-практ. конф., Мурманск, 16–20 марта 2009 г. / Мурман. гос. техн. ун-т, Ин-т экон. проблем им. Г.П. Лузина, Гдан. политехн. ун-т. Мурманск, 2009.
4. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики : монография. М., 2012.
5. Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лезова. СПб., 2015.
6. Павлов В.И. К вопросу об антропологическом типе правопонимания // Правоведение. 2015. № 4.
7. Бибило В.Н. Проблемы юриспруденции : избр. тр. Минск, 2010.