

Александр Филиппов*

Вернер Гепхарт. Право как культура. К культур-социологическому анализу права. Франкфурт-на-Майне, 2006.

Werner Gephart. Recht als Kultur. Zur kultursoziologischen Analyse des Rechts. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2006. – XIII, 323 S.

Классики социологии, прежде всего Эмиль Дюркгейм и Макс Вебер, много внимания уделяли религии и праву. Это очевидное обстоятельство не так легко оценить по достоинству: мы смотрим на историю социологии из нашего времени, когда отдельные области науки стали самостоятельными дисциплинами и кажутся всего лишь экземплярами «теорий среднего уровня». Значение права и религии для общей теории и, следовательно, для становления классической социологии помогают правильно понять работы Вернера Гепхарта, юриста по образованию, профессора Боннского университета, автора многих замечательных работ по истории и теории социологии, одного из группы ученых, в течение ряда лет выпускающих полное собрание сочинений Макса Вебера. Гепхарт показывает, что право и религия – не просто «одни из» важных областей, которыми занимается становящаяся дисциплина. Право и религия – это *преимущественные области социологического интереса*. Будучи двумя основными скрепами социальной жизни, они также являются источником теоретического вдохновения отцов-основателей социологии. Гепхарт пишет об этом с давних пор¹, однако новая книга лишь отчасти воспроизводит знакомые его читателям идеи. И дело не только в том, что она более «юридическая», нежели «религиоведческая». Сама трактовка темы «право и социология» становится здесь более объемной, тонко и многообразно разработанной.

Это сказывается во многом. Автор уделяет большое внимание и тем классикам социологии, которые *недооценивали* значение права. В самом деле, значение права не исследовано, например, в социологии Георга Зиммеля, Джорджа Герберта Мида и Альфреда Шюца. Само по себе это не так важно. Часто из отдельных высказываний, небольших экскурсов, писем, подкрепленных свидетельствами современников, можно вывести очень многое, реконструировать последовательную, хотя и не разработанную концепцию. Гепхарт умело применяет такой прием. Но не это является главной задачей автора. Он принципиально меняет *теоретическую оптику*, становясь на позиции *культур-социологии* – сравнительно молодого направления, в рамках которого заново поднимаются многие ключевые вопросы науки и заново концептуализируется ее история. Это значит, что право рассматривается не просто как источник концептов и объект изучения. Взаимосвязь здесь более сложная. Чтобы правильно понять значение права для классической социологии, мы вообще должны *сегодня* правильно социологически понимать право. А такое социологическое понимание достигается, конечно, и за счет обращения к классикам, причем и к тем, кто его не исследовал, попросту не замечая, как перспективную область исследования. В перспективе культур-социологического понимания права можно более адекватно оценить значение самых разных социологических теорий и самых разных правовых феноменов. Заметим, забегая вперед, что чуда все-таки не случается: в конечном счете, главным теоретическим источником для автора становятся работы Дюркгейма и его сотрудников.

* Филиппов Александр Фридрихович – д.соц.н., руководитель Центра фундаментальной социологии

© Филиппов А., 2007.

© Центр фундаментальной социологии, 2007.

¹ См., напр.: Gephart W. Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne. Frankfurt a.M., 1993.

Вполне традиционным образом исходной позицией для Гепхарта является «гоббсова проблема», как назвал ее Т. Парсонс: проблема возможности социального порядка. Такая формулировка вопроса позволяет ввести в рассмотрение сразу несколько теоретических тем. О возможности порядка мы спрашиваем, если делаем допущение о сугубо утилитарных мотивах людей. Гоббс говорит, что эти мотивы в «естественном состоянии» приводят к «войне всех против всех», а она является импульсом для возникновения государства. Парсонс утверждает, что одно только насилие со стороны государства не может гарантировать порядок. Порядок должен быть *нормативным*, то есть основываться на признании некоторых норм всеми членами общества. По мнению Гепхарта, Парсонс грубо заблуждается в своей трактовке Гоббса, потому что Гоббс признает большую легитимирующую силу религии, признает он и действенность *внутренних* механизмов социального контроля, включая религиозные, а не только внешних, государственных. Как же возможен социальный порядок в обществе, где религиозные связи слабеют, а моральные обязательства («договоры должны соблюдаться!» говорит Гоббс) размываются? Парсонс опирался в разработке этой проблемы на Дюркгейма, который уже в «Разделении общественного труда» подробно исследует вопрос о *договоре*. Но Дюркгейм говорит о вещах, сравнительно менее сложных. Люди вступают в договоры, договорами ограничивается произвол. Откуда берется значимость самого договора? Правовые гарантии более выгодны, нежели постоянное согласование корыстных интересов, но можно ли свести все дело к утилитаристскому пониманию права? Иначе говоря, можно ли сказать, что утилитаристски ориентированная воля эффективно ограничивается утилитаристски понимаемым (и потому загадочным в истоках его значимости) правом? Посмотрим теперь, продолжает Гепхарт, на теоретические решения, предлагаемые Максом Вебером. Вебер, прекрасно осведомленный в экономических концепциях своего времени, понимает, что вопрос о *порядке* требует некоторого решения. Действующие бывают ориентированы целерационально, следовательно, возможны столкновения между теми, кто рационально калькулирует средства для достижения цели. Здесь очень важна роль права. В классическом сочинении «О некоторых категориях понимающей социологии», напечатанном в 1913 г. в журнале «Логос», Вебер указывает, что люди могут ориентироваться на значимый порядок: с этим порядком связаны не только их собственные ожидания, но и ожидания, что другие участники будут также ориентироваться на этот порядок и вести себя предсказуемым образом. Но Вебер не разъясняет, можно ли рациональным образом прийти к вере в легитимность такого порядка и сохранять ее только на рациональных основаниях. «Экономическая парадигма» социологического мышления, предположение о своекорыстном рациональном действии снова дают о себе знать. Между тем Вебер, как известно, стремится жестко развести предмет социологии и предмет правоведения, собственно, не сам предмет, но «логику соответствующих конструкций действительности, каковой логикой и питается самоидентичность научной дисциплины» (S. 13). При этом из виду теряется очень важное: «культурное измерение права» (S. 15). «Под этим, – продолжает Гепхарт, – я понимаю *символическую репрезентацию* права в древних и новых правовых мифах (включая право повседневной жизни), образное представление права в художественной культуре, начиная, например, со Средневековья и кончая симуляцией права в телевизионных сериалах и организацией специальных каналов судебной трансляции (court channels)». Сюда же относится и анализ судебных построек, которые можно интерпретировать как «правовую культуру в камне. Они, однако же, суть не только индикатор определенных правовых стилей или даже процедур... но этот символический аспект права демонстрирует, кроме всего прочего, тесную взаимосвязь с проблематикой значимости и функцией непрерывности права, которое, несмотря на постоянные изменения, сохраняется в своего рода музее права» (S. 15).

Программа ясна, но проблема остается, и она в значительной степени определяет интригу значительной части книги. Дело ведь не в том, чтобы просто объявить право частью культуры и обозначить возможные направления его исследования в этом качестве. Дело прежде всего в том, как воспользоваться теоретическими ресурсами классики социологии

для концептуализации права как составляющей культуры. У Макса Вебера была идея социологии «культурных содержаний», но даже в плане этого не реализованного замысла нет указаний на право как одно из таких «содержаний». Надо идти более сложным путем: с одной стороны, рассматривая контекст немецких исследований права, представлявших для Вебера несомненный интерес и значение, с другой, – реактуализируя веберовское понятие культуры и наук о культуре, к которым он относил и социологию. Очевидно, что тогда речь должна идти об исследовании права в связи с общей проблематикой рациональности и рационализации. Вебер, говорит Гепхарт, намеревается выяснить, «как дело дошло до формирования совершенно специфической и определенной правовой культуры, а именно, специфически *рациональной правовой культуры*» (S. 53), а это, в свою очередь, позволяет поставить вопрос о «*культурном значении* современного, западного, формально-рационального права» (S. 55). При этом речь идет отнюдь не об одной только *демонстрации* универсального тезиса о западном рационализме. Высоко оценивая формальные характеристики западной правовой культуры, Вебер усматривает в современной ему политико-правовой ситуации серьезные угрозы ее достижениям. Потребности *самой жизни*, аналитика и систематизация права, правотворчество, содержательное – в противовес формальному – правовое регулирование (например, когда высказывается заключение о добросовестной или недобросовестной сделке, а не о том, были ли соблюдены все формальности) – вот что оказывается главным. Но обоснования самого формализма в нормативном смысле как части культуры, как составляющей западной правовой государственности у Вебера нет.

О Дюркгейме Гепхарт пишет очень подробно – столь подробно, что ни проследить все нюансы, ни даже обозначить все крупные блоки его изложения мы не можем. Однако в целом автор верен тому главному аргументу, который был сформулирован уже во вводных замечаниях к книге и помещен теперь в очень любопытный контекст. Гепхарт показывает, какой рецепции и переосмыслению со стороны Дюркгейма подвергались влиятельные этические и правовые концепции его времени, прежде всего немецкие. «В рецепции немецкой науки о морали мы видим важную методическую и содержательную предпосылку социологии нормативных систем Дюркгейма. Дюркгейм явственным образом обращается против расцветающего в Германии неокантианства и предпочитает национал-экономическую школу, в которой методически подготавливается взаимопроникновение экономики и морали и которая объединяется с теорией права [как сферы согласования] интересов в критике естественного права, давшей начало истории морали – не столько как последовательности заблуждений, сколько как обусловленной социальной структурой вариации одной сквозной темы – человеческой солидарности» (S. 95). Среди важных тем, которые Гепхарт рассматривает в этой связи, мы выделяем следующие: 1. Невозможность и недостаточность утилитарного понимания права, будь то с позиций индивидуалистического или же с позиций социального утилитаризма (собственно полезностью какого бы то ни было рода нельзя объяснить многие разделы действующего права); 2. Значение права в смысле «разгрузки от комплексности» (поскольку согласование интересов при контрактах предполагает информированного гражданина, а степень необходимой информированности часто превышает возможности человека, право позволяет обойтись без избытка информации); 3. Значение субъективных прав (индивидуальные притязания человека можно было бы игнорировать, их бы приходилось отстаивать силой в борьбе с другими и т.п., если бы не понятие о субъективных правах); 4. Учение Дюркгейма о нормах – здесь дается самый тщательный анализ его знаменитого доклада «Определение моральных фактов» и радикально ставится вопрос о *вменении*. Говоря очень кратко, дело состоит в следующем. Среди многих принципиальных проблем, какие ставит Дюркгейм в этой работе, одно из первых мест занимает вопрос о связи человеческого действия и *санкции*, которая за ним следует, будь то наказание или поощрение. Само по себе действие никак не связано с санкцией, говорит Дюркгейм, здесь связь, в кантовских терминах, не аналитическая, а синтетическая, и осуществляет этот синтез общество, «санкция есть следствие акта, которое

вытекает не из содержания акта, а из того, что акт не согласуется с заранее установленным правилом. ... Но существуют также санкции иного рода. Акты, совершаемые в соответствии с моральным правилом, одобряются, а те, кто их совершает, пользуются уважением»². Однако что значит «совершить поступок»? Идет ли речь о его объективном содержании или о намерениях, кто может считаться ответственным: только индивид или общность, к которой он принадлежит, только живые люди или также иные существа? От этого зависят вменение, моральная и правовая квалификация деяний и характер общественных санкций. Дюркгейм открывает поле возможностей для исследования этого вопроса, потому что и квалификации деяния, и вменение, и санкции являются не абсолютными, но социально-исторически обусловленными характеристиками и значение исследования правовых систем в этой связи приобретает особый интерес. Такое исследование предпринимает знаменитый дюркгеймианец Поль Фоконне, ныне почти забытый. Подробный анализ его книги об ответственности является очень ценным вкладом Гепхарта в современную историю социологии, хотя, как представляется, именно в связи с Дюркгеймом и Фоконне было бы полезно вспомнить о «Социальной дифференциации» Зиммеля, одна из глав которой как раз посвящена коллективной ответственности. Некоторые важные аспекты немецкой и французской социологии могли быть высвечены тем самым намного более ярко.

Ключевой момент, в котором анализ Фоконне дополняется у Гепхарта экскурсом в теорию коллективных символов Дюркгейма, состоит в следующем. Преступление, рассуждает Фоконне, есть уже свершившийся факт. Следовательно, наказание никак не может его исправить – что сделано, то сделано. Поэтому требуется символический субститут, на который может быть направлено общественное чувство возмущения, лежащее, по Дюркгейму, в основе уголовного преследования. «Объект наказания становится символическим заместителем коллективных чувств, которые переносятся с производимого преступлением неисправимого вреда на объект вменения. Камни, дети, душевнобольные в равной степени подходят для вменения санкции, коль скоро имагинативное отношение к преступлению – например, на основе соответствующих коллективных представлений переноса "нечистого" посредством одного лишь контакта – в рамках определенной культуры общества пригодно для восстановления нарушенного преступлением эмотивного порядка» (S. 136).

Если до сих пор речь шла об уголовном праве, то в следующей главе Гепхарт останавливается на праве гражданском. Он привлекает обширные материалы из знаменитого журнала «*Année sociologique*», работы сотрудников Дюркгейма Поля Ювелена (Huvelin) и Эманюэля Леви (Lévy), а также «Лекции по социологии» самого Дюркгейма, которые часто остаются без должного внимания в популярных изложениях его теорий. Гепхарт подчеркивает следующее обстоятельство: когда речь идет об уголовном праве, связи с религией видны очень хорошо: сакральный характер норм, ритуалы, символы – все это отсылает к религии. Но как быть с гражданским правом? Большой интерес представляют рассуждения Дюркгейма о праве собственности. Ведь собственность, право на вещь означает, что нечто изымается из общего пользования, отделяется, становится иным, чем все прочие вещи. А это – то же самое, что происходит с *сакральными предметами*. Собственник, таким образом, оказывается «жрецом священной собственности»! Это, в конечном счете, позволяет «задать вопрос о магически-религиозном происхождении современных правовых институтов» (S. 149). Важным при этом оказывается то, что сам Дюркгейм еще недооценивал в «Разделении труда», где коллективное сознание, сакральное и уголовное право представляют вместе первую стадию процесса, приводящего впоследствии к десакрализации социальной жизни и преобладанию права гражданского. Договоры, заключаемые людьми до сих пор, коренятся в форме клятвы, имевшей когда-то сакральный характер, сакрализация индивида, личности в современном обществе объясняет место человека как правового субъекта в современном правопорядке.

² Дюркгейм Э. Определение моральных фактов / Пер. А. Б. Гофмана // Теоретическая социология. Антологии / Под ред. С. П. Баньковской. Т. 1. М.: КДУ, 2002. С. 33, 34.

Глава о Зиммеле, как бы интересна она ни была, на наш взгляд, меньше удалась автору. Это неслучайно. Гепхарт, как уже отмечалось, в высшей степени искусно реконструирует взгляды самых разных теоретиков, привлекая буквально все доступные источники. И вот, в результате такой работы над социологией Зиммеля обнаружилось, что воззрения на право у него есть, социально-философские позиции в некоторых случаях разработаны совсем неплохо, а социологии права – нет, нет вообще ни в каком смысле. Социология Зиммеля, как нам кажется, куда более выигрышно смотрелась бы в этой книге не в концентрированном виде, какой приняло ее изложение в специальной главе, а при сопоставлении с другими, более значимыми авторами. В заключение главы Гепхарт пишет: «В конфликте современной культуры право – это парадигма господства формы над силами социальной жизни, при том, что количественное расширение группы тоже делает необходимой безличную форму права и продлевает цепочки дедуцирования его нормативной значимости вплоть до той точки, в которой право как иллюзорная *causa sui* отсылает к неправовому, к имеющему вид насилия основанию права» (S. 176). Здесь расставлено много важных акцентов и показано, в каком отношении Зиммель действительно важен для социологии права. Но именно «важен для», не более того. Точно так же сравнительно менее удачной нам кажется и следующая глава, только уже по причинам прямо противоположным. Она написана в почтенном, хотя и не очень распространенном жанре «*Zwischenbetrachtung*» – промежуточного рассмотрения, которое обычно маркирует середину научного сочинения, когда не столько подводятся некоторые итоги, сколько в самой сжатой форме излагается теоретическая позиция автора. Композиционно это очень важно: в начале она могла бы казаться менее обоснованной, в конце книги – слишком запоздавшей. Ее надо размещать именно там, где основные теоретические ресурсы уже задействованы, но впереди еще много конкретных исследований. Так это выглядит у Макса Вебера в его «Хозяйственной этике мировых религий». Здесь «промежуточное рассмотрение» – знаменитая «Теория ступеней и направлений религиозного неприятия мира». Так это выглядит и у Хабермаса, который написал несколько «промежуточных рассматриваний» в своей «Теории коммуникативного действия». Одно из них посвящено взаимоотношениям системы и жизненного мира. У Гепхарта, к сожалению, получился, скорее, конспект еще двух-трех, безусловно, очень интересных глав того же рода, что и главы о Вебере, Дюркгейме и дюркгеймианцах. Только здесь в одной главе оказались Хабермас, Кафка, Бурдьё, Деррида. О каждом сказано много интересного и важного. И все-таки это «*Zwischenbetrachtung*», скорее, по месту, нежели по общей композиции. Тем не менее одна важная линия, связывающая первую и вторую части книги, прослеживается довольно четко.

Уже в главе о Зиммеле Гепхарт затрагивает принципиальный вопрос о последнем основании или источнике права. Он проводит крайне любопытное сопоставление воззрений Зиммеля и чистой теории права Ханса Кельзена, в которой последним основанием права объявлялась некая не выводимая ниоткуда первонорма (*Urnorm*). У Зиммеля, как мы видели, на месте первонормы находится насильственное учреждение права. В этом месте, казалось бы, Гепхарт должен был обратиться к фигуре Карла Шмитта. Будь то критика Кельзена с позиций децизионизма (основание права – это решение), будь то позднейшее, послевоенное учение о праве захвата земли и разграничения территорий (*Landnahme*) как первоакта, учреждающего право, Шмитт целиком и полностью находится в контексте той проблематики, которая здесь прорисовывается. Но нет! Ни одной книги Шмитта нет в списке литературы, его имя, если мы не ошибаемся, даже не упомянуто. Между тем и Хабермас, и Луман (о котором вкратце тоже идет речь в «Промежуточном рассмотрении»), и, скорее всего (хотя история не вполне ясна), Бурдьё, и тем более Деррида были не просто прекрасно осведомлены о теориях Шмитта, но и во многом отталкивались именно от них.

Ведь вопрос-то состоит в том, на чем может основываться значимость права в наше время. К чему ее возводить? Мы не только прошли ту стадию рационализации, когда право стало, как называл это Вебер, «самозаконной» сферой, но и продвинулись много дальше, так что сознание *контингентного* характера права (а для немецкой социологии это значит

сознание того, что право могло бы быть и другим) крайне обостряет вопрос о надэмпирическом его значении, т.е. о том, что делает его чем-то большим, нежели *ad hoc* создаваемая регуляция социальной жизни. Решение, которое предлагает Гепхарт, заключается в том, что право, западное право эпохи модерна, «все-таки не оторвалось от своих архаических корней, которые достигают мифа и религий, формирующих ценности и картины мира» (S. 189). Именно в этой связи и надо понимать право как феномен культуры. «Культуры, включая определенные культуры дискурса, определяют ту сферу, в которой артикулируются идеи права и его оснований, даже если на конкретное образование правовых институтов и форм непосредственное влияние оказывают интересы и заинтересованные лица» (S. 190).

Вторая часть книги посвящена демонстрации тех возможностей конкретного исследования, которые открывает эта программа. К сожалению, мы не можем посвятить ей достаточно внимания. Журналом подготовлен перевод одной из глав, и мы намерены поместить его в следующем номере. Ограничимся перечислением глав и тем этой части.

Первая глава называется «Нормальность попрошаек, шлюх, палачей и прокаженных для конституции средневекового общества». Здесь автор продолжает свои исследования социологии Дюркгейма (и отчасти Зиммеля с его социологией бедняка), и здесь же становится особенно очевидной его специфическая селективность в выборе источников. Если социологию палача Роже Кайуа Гепхарт мог выпустить просто по соображениям неуместности в одном контексте с социологией Дюркгейма, то отсутствие ссылок на «Историю безумия» и «Историю клиники» Фуко, который во многом продолжал традиции французского социологизма, – это явный сигнал: социология права как культур-социология реконструируется как исследовательская программа преимущественно с опорой на классиков и при жестком контроле специфических именно для социологии объяснительных средств.

Во второй главе речь идет о символах *неправа* при национал-социализме. Эта глава, как и следующие за ней, богато иллюстрирована фотографиями. Основная фигура аргумента здесь такова: при нацизме в Германии происходит «символическое затмение» права, «загрузка права символами», «символический захват права». Это связано с чудовищными напряжениями, потому что долгая история права ведет как раз к его десимволизации. Нацистские техники репрессии были нарочито архаизированы и перегружены символами, что означало презрение к традиции права, к правам человека. То, что выдавалось за новое и высшее право, на деле оказалось отрицанием права, радикально неправовым.

Глава о местах правосудия посвящена архитектуре судебных строений. (Ее мы публикуем в следующем номере.) За ней следует глава об образах правосудия, посвященная художникам, прежде всего Оноре Домье и Густаву Климту. Гепхарт и сам художник, причем весьма плодовитый. Одна из его книг, вышедшая десять лет назад, была посвящена «образам современности» в изобразительном искусстве. Здесь он продолжает эту тему применительно к праву.

Наконец, в двух последних главах он вновь обращается к теоретическим вопросам. Чтобы правильно понимать его позицию, мы должны иметь в виду, насколько влиятельны сейчас в Германии теории, в которых право так или иначе (на основе ли преимущественно Парсонса, или на основе Парсонса, переосмысленного Хабермасом, или – и главным образом! – на основе Лумана, тоже опиравшегося на Парсонса, но создавшего совершенно оригинальную концепцию) понимается в качестве символически обобщенного средства коммуникации. Эту точку зрения Гепхарт отвергает. Право для него – сердцевинная зона общества (*Kernzone der Gesellschaft*) и вообще социальной жизни. В нем можно выделить нормативное, организационное, символическое и ритуальное измерение. Собственно, кратким представлением каждого из этих измерений и завершается книга.

В каком-то смысле такой финал выглядит открытым. Речь идет не о завершеном, но о зарождающемся проекте. Практически по каждому из вопросов, поставленных Гепхартом, рецензент может занять двойственную позицию. Можно сделать акцент на глубине,

продуктивности, необычайной по нынешним временам эрудиции автора, соединяющего здесь таланты и образование историка, социолога, юриста и даже художественного критика. И можно подосадовать на то, что теоретический горизонт книги оказался не очень широк. Не совсем ясно отношение автора к амбициозной программе культур-социологии Дж.Александера и его сотрудников, хотя все ссылки, что называется, на месте. Непонятно его отношение не к собственно Луману, а к тем теориям права, которые возникли с опорой на его теорию аутопойетических самореферентных систем (в первую очередь теория Г.Тейбнера (Teubner)). Значительным упущением именно в контексте общей социологии как культур-социологии права кажется нам вынесение за скобки очевидного всем юридического построения основных социологических категорий у Вебера. То, что общее учение о социологических категориях («Основные понятия социологии») носит явные следы юридического происхождения, известно Гепхарту лучше многих. Речь идет лишь о том, что это знание не получило должного применения в книге.

И все-таки из двух позиций мы не просто склоняемся, но решительно занимаем первую. Книга получилась очень мощная. Она перенасыщена материалом, она очень трудна для чтения, особенно для тех, кто не имеет юридического образования. Но она очень продуктивна. Она показывает, как много еще можно сделать в социологии, даже если строить ее на тех основаниях, которые были заложены почти сто лет назад. Она действительно является и программой, и собственно позитивным исследованием. Посмотрим, многих ли она заразит, много ли найдется тех, кому квалификация и трудолюбие позволят идти по этому пути.