

УДК 340: 340.11

DOI <https://doi.org/10.17308/vsu.proc.law.2020.4/3159>

ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРАВА:
ГЕРМЕНЕВТИКО-ФЕНОМЕНОЛОГИЧЕСКИЙ АСПЕКТ*

А. И. Овчинников

Южный федеральный университет (г. Ростов-на-Дону)

Поступила в редакцию 15 августа 2020 г.

Аннотация: рассматривается понятие «правовой институт» с точки зрения герменевтического или коммуникативного подхода к праву. В рамках герменевтической парадигмы правового мышления процессы институционализации в праве и смысловой контекст понятия «правовой институт» приобретают важные методологические характеристики, позволяющие учитывать несводимость права только к нормативной реальности или совокупности правил поведения. Коммуникативный подход к праву предполагает изменение институционального анализа права.

Ключевые слова: правовой институт, правовая институционализация, юридическая герменевтика, правовая интерпретация, герменевтико-феноменологический метод, коммуникативная теория права.

Abstract: the article considers the concept of «legal institution» from the point of view of hermeneutical or communicative approach to law. Within the framework of the hermeneutical paradigm of legal thinking, the processes of institutionalization in law and the semantic context of the concept of «legal institution» acquire important methodological characteristics that allow us to take into account the irreducibility of law only to normative reality or a set of rules of behavior. The communicative approach to law implies a change in the institutional analysis of law.

Key words: legal Institute, legal institutionalization, legal hermeneutics, legal interpretation, hermeneutical-phenomenological method, communicative theory of law.

2020. № 4

102

В отечественной юридической науке сложилась традиция понимания категории «правовой институт» сугубо в позитивистском ключе: как совокупности норм, регулирующих определенную разновидность общественных отношений. Институты права рассматриваются в качестве промежуточного звена между отраслью права и нормой права, т. е. как элемент системы права. Эта традиция сложилась еще в советской теории права: чаще всего институты права рассматривались как совокупность правовых норм, регулирующих какие-либо определенные общественные отношения, связанные между собой в качестве обособленной группы¹. Ино-

* Публикация подготовлена при финансовой поддержке гранта РФФИ № 19-011-00820 (а).

¹ См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М., 1973. С. 288 ; Теория государства и права / отв. ред. Н. Г. Александров. М., 1974. С. 513.

гда обращается внимание на системную природу правовых институтов: это группа юридических норм, регулирующих в пределах отрасли права отдельный подвид общественных отношений². Например, в конституционном праве выделяют институт президента или главы государства, в гражданском праве – институт дарения или купли-продажи, в уголовном – институт необходимой обороны и т. д.

Издредка «раздаются голоса» в пользу более широкого, можно сказать «интегративного», подхода, при котором правовые институты представляются в качестве комплекса социально-правовых явлений, формирующих устойчивую модель правовой реальности. Так, в работах Г. В. Мальцева было предложено рассматривать институциональный подход в качестве самостоятельного методологического направления. Этот подход имеет глубокие методологические традиции: в дореволюционной и зарубежной русской теории права об институционализации права в контексте социально-психологической теории правообразования было немало написано Л. И. Петражицким и его учениками – Г. Д. Гурвичем, Г. К. Гинсом, П. Сорокиным. Однако сам термин «правовой институт» еще не употреблялся. В несколько ином ключе институциональный подход был развит во французской школе социологии права, например в учении М. Ориу, применяется он в широком ключе и в испанском частном праве³. В зарубежной литературе часто институциональный подход используется при анализе влияния права на иные сферы социума: экономику, политику, культуру и др.⁴ При этом проблемы институционализации права рассматриваются чаще всего в контексте социологии права⁵.

Следует отметить, что в постсоветской юридической литературе не прекращаются исследования методологических характеристик институционального подхода в сфере теории государства и права. Похожие идеи разрабатывает А. А. Матюхин, указывающий, что правовой институт является юридической формой реализации некоторой определенной управляющей идеи. При этом автор выделяет институциональную идею, слой

² См.: *Спиридонов Л. И.* Теория государства и права. СПб., 1995. С. 170.

³ См.: *Gandara L. F.* La atipicidad en derecho de sociedades. Zaragoza, 1977. P. 201–209 ; *Velasco San Pedro L. A.* Institucion o contrato? Reflexionando (una vez mas) sobre el caracter imperativo o dispositivo que debiera tener el derecho de sociedades de capital // *Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Jose Antonio Gomez Segade.* Marcial Pons. Madrid, 2013. P. 325–329 ; *Кулагин М. И.* Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо // *Избранные труды по акционерному и торговому праву.* 2-е изд., испр. М., 2004. С. 63–66.

⁴ *Simon Deakina, David Gindisb, Geoffrey M. Hodgsonb, Huang Kainanc, Katharina Pistord.* Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law // *Journal of Comparative Economics.* Vol. 45, Issue 1. February 2017. P. 188–200. Available online 11 April 2016. URL: <https://doi.org/10.1016/j.jce.2016.04.005>

⁵ См.: *Tietje C.* Recht ohne Rechtsquellen? Entstehung und Wandel von Voelkerrechtsnormen im Interesse des Schutzes globaler Rechtsgueter im Spannungsverhaeltnis von Rechtssicherheit und Rechtsdynamik // *Zeitschrift für Rechtssoziologie.* Stuttgart, 2003. № 2. S. 27–42.

ее символического закрепления, набор формальностей, связанных процедурой, материальные и духовные опоры⁶.

Однако, несмотря на попытки использовать институциональный подход как особое методологическое направление, редко в его рамках происходит выход за пределы формального, позитивистского, нормативного контекста понимания правового института. Хотя все чаще появляются выходящие за рамки традиционного позитивистского взгляда на правовые институты работы⁷. Как правило, они опираются на широкий или социологический подход к праву.

Не так давно Г. В. Мальцев обратил внимание на этот традиционный для советской теории права позитивистский подход, в рамках которого произошла «консервация теории юридических или правовых институтов» на уровне формального, одностороннего анализа, что не вполне положительно, по мнению ученого, определило исследование свойств и характеристик правовых институтов как регуляторов общественных отношений⁸. В рамках подхода Г. В. Мальцева институциональный анализ выходит за рамки такого одностороннего, узкого понимания правовых институтов, в его рамках преобладает аксиологический акцент на процессах институционализации права: в процессе правотворчества разработчик закона утверждает определенный идеал и ценность, защищать которую призван тот или иной возникающий правовой институт, следовательно, отдельный юридический институт становится обособленным в силу субъективного выбора ценностей законодателем. Ценности и интересы становятся, таким образом, основой процесса институционализации интересов в праве. В силу обретения в процессе институционализации общественных связей, интересов, статусов, ролей, правил поведения и иных структурирующих социально-правовую реальность явлений с помощью новой организационной формы возникает их устойчивый формат, что позволяет говорить об институционализации как формализации общественных отношений.

Следует признать правоту Г. В. Мальцева относительно научного потенциала институционального подхода. Ученый обращает внимание на то, что дальнейшее развитие теории права вряд ли может протекать без развитой теории институтов, пригодной не только для объяснения структуры права как системы, но и для глубокого понимания динамики

⁶ См.: *Матюхин А. А.* Государство в сфере права : институциональный подход. Алматы, 2000. С. 52.

⁷ См.: *Таболин В. В.* Городское право как институт муниципального права и как наука // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 9. С. 64–67 ; *Цинцадзе Н. С.* Традиционные неформальные правовые институты в российском частном праве : понятие, признаки и проблемы идентификации // Вестник Тамбов. ун-та. Серия: Гуманитарные науки. 2012. № 11 (115). С. 357 ; *Фогельсон Ю. Б.* Мягкое право в современном правовом дискурсе // Журнал рос. права. 2013. № 5. С. 40 ; *Костишина С. А.* Институциональный подход в современной юридической науке // Юристъ-Правоведъ. 2012. № 5 (54). С. 80.

⁸ См.: *Мальцев Г. В.* Социальные основания права. М., 2007. С. 395.

и механизма воздействия права на общество и социальные отношения. «Вопрос о выходе на новый «виток развития» институциональных исследований ставят сегодня социологи и особенно экономисты, но чтобы их усилия принесли плоды, они должны быть поддержаны юридической наукой, которая исторически была «открывателем» данной проблемы, но – увы! – на протяжении ряда столетий законсервировала ее на одном уровне понимания»⁹.

Его мысль особенно актуальна в условиях полного провала попыток институционализировать западноевропейскую модель правопорядка в ходе постсоветской модернизации права. Требуется новый взгляд на процессы институционализации права, порождения, возникновения и функционирования правовых институтов, понимаемых в контексте коммуникативного, герменевтико-феноменологического подхода к праву и дискурсивной природы правовой реальности. Это позволит изменить научные подходы к онтологии права, юридической эпистемологии, к процессам образования и функционирования правовых систем.

По сути, институциональный подход позволяет объединить различные социологические измерения права в одно цельное образование. Профессор Боннского университета Вернер Гепхарт, занимающийся проблемами социологии права, например, устанавливает четыре социологических «измерения» права: право как символ, право как норма, право как организация, право как действие и ритуал¹⁰. В таком случае институциональный подход объединяет символическо-семиотическое, нормативное, организационное, акционное и ритуальное измерения права. Все эти четыре измерения права являют собой четыре грани коммуникативной природы права: право – это языковая, текстуальная система; право – это ценностно-нормативная система; право – это акт коммуникации и последовательность коммуникативных действий. Это разделение носит условный характер, так как все четыре аспекта неразрывны в понимании природы правовой институционализации и правовых институтов.

Для того чтобы лучше понять предлагаемый подход к правовым институтам, рассмотрим, как возникают правовые институты, опираясь на социально-конструктивистское понимание социально-правовой реальности. Правовые институты возникают в процессе типизации социальных явлений на основе выявленного психикой оценочного отношения к социальным событиям на уровне индивидуального правосознания. Процесс коммуникации предполагает реализацию потребности согласования собственных мыслей и чувств с мыслями и чувствами других лиц, что приводит к фиксации общезначимых идей и представлений на уровне унифицированных обобщений и типизаций. Большую роль играет также процесс хабиитуализации или опривычивания¹¹. Повтор принятых на

⁹ Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 434.

¹⁰ См.: Gephart W. *Recht als Kultur : Zur kultursoziologischen Analyse des Rechts*. Frankfurt a/M., 2006.

¹¹ См.: Бергер П., Лукман Т. *Социальное конструирование реальности*. М., 1995.

уровне общепризнанных правил нормативных решений, однажды найденных в конфликтной ситуации, приводит к тому, что возникают некие образцы смыслов, которые затем кладутся в привычку поступать только таким образом и кладут начало новой институциональной традиции в правовом дискурсе. В новых, не знакомых ранее ситуациях человек и его группа интерпретируют уже существующие правовые институты на основе аналогии с принятыми ранее решениями, которые становятся контекстом интерпретации новых отношений. Процесс институционализации протекает, таким образом, в виде типизации опривыченных действий деятелями разного рода на уровне их правосознания. Воздействие кажущегося внешним по отношению к человеку института права определяется не столько принуждением, сколько их значением в деле осмысления новых жизненных событий и ситуаций.

Таким образом, правовые институты являются смысловыми конструкциями, позволяющими лучше упорядочить массу нормативных долженствований. В дальнейшем люди их постигают как объективную реальность, не замечая, насколько эта реальность зависит от их истолкования. Неявность их субъективности продиктована интенциональностью или предзаданностью интерпретационной функции правового мышления, которое на рациональном уровне в форме понятий и суждений оформляет «жизненный мир» интерпретатора, его желаемое право, построенное на освоении в процессе социализации сложившейся матрицы институтов. Правовые институты выглядят как устойчивые и даже непоколебимые основательные структуры, в то время как они являются достаточно легко изменяемыми образованиями посредством дискурсивных практик. Ведь каждый человек, интерпретируя правовую реальность, одновременно ее и порождает, конструирует, выступая сотворцом этой реальности. Таким образом, правовые институты «формируют» понимание и конструирование самих себя, а в итоге и правового порядка. Однако при изменении контекста интерпретации, зависящего не только от правового дискурса, но и от многих иных обстоятельств, включая правовую психику, начинают изменяться и правовые институты, приобретая новые характеристики и качества, зависящие от исторических и культурных ситуативных восприятий. Таким образом, уже существующие правовые институты начинают трансформироваться, а в процессе контекстуальных реинтерпретаций также порождают новые правовые институты. С одной стороны, правовое мышление конструирует правовой порядок и правовые институты, а с другой – полностью зависит от существующих уже институциональных образований права, выступающих неявным контекстом и фоном интерпретации возникших новых социально-правовых явлений. Иными словами, знание права и является самим же правом, составляя мотивационную динамику институционализованного поведения.

Например, появляются совершенно новые финансовые явления – электронные валюты. Эти потоки электроэнергии отнесены интуитивно к понятию «деньги», хотя они совершенно не напоминают привычные

активы. Между тем в случае практической необходимости, интереса в институционализации этих новых активов правовое мышление интерпретирует социальные события по аналогии и согласно унифицирующей типизации относит эти новые физические и социальные факты к институтам гражданского права – денежным активам, осознанно или нет присваивая им характеристики уже опривыченных когда-то и считающихся объективно существующими деньгами. Так формируется новый правовой институт – цифровые валюты. Он имеет свое название (право – это языковая, текстуальная система); значим для субъектов хозяйственной жизни (право – это ценностно-нормативная система); легитимен (право – это акт коммуникации) и связан с действиями лица, с правоотношениями, потенциально легален в случае признания государством (последовательность коммуникативных действий). Будущие поколения будут его воспринимать как объективно существующий правовой институт, как, например, мы воспринимаем право собственности, будут искать (сочинять) закономерности его развития, эволюции, генезиса и трансформаций, реифицируя данную смысловую матрицу к внешней по отношению к человеку реальности.

Таким образом, процессы институционализации в праве и сами правовые институты понимаются в различных типах правопонимания по-разному. В герменевтико-феноменологической теории права, хотя ее можно называть и коммуникативной, правовой институт – смыслопорождающая языковая матрица оценок и типизаций сходных правовых явлений, являющаяся контекстом интерпретации новых значимых для правосознания и правовой интуиции событий, выражающаяся в четырех измерениях: лингвистическом или языковом; ценностно-нормативном; коммуникативном и акционном.

*Южный федеральный университет
(г. Ростов-на-Дону)*

Овчинников А. И., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права

E-mail: k_fp3@mail.ru

Southern Federal University (Rostov-a-Don)

Ovchinnikov A. I., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Theory and History of State and Law Department

E-mail: k_fp3@mail.ru