

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ НИУ ВШЭ – САНКТ-ПЕТЕРБУРГ

НОРМАТИВНОСТЬ В ПРАВЕ

ПОНЯТИЕ, ИНТЕРПРЕТАЦИИ, ВЗАИМОСВЯЗЬ С ДРУГИМИ ПРАВОВЫМИ СВОЙСТВАМИ

*Коллективная монография
к юбилею профессора М. В. Антонова*



СКИФИЯ
принт

Санкт-Петербург
2024

УДК 34.01
ББК 67.0
НЗЗ

Авторский коллектив:

Архипов В. В., д-р юрид. наук, проф.; Блохин П. Д., канд. юрид. наук, доц.;
Варламова Н. В., канд. юрид. наук, доц.; Васильева Н. С., канд. юрид. наук;
Гаджиев Г. А., д-р юрид. наук, проф.; Касаткин С. Н., канд. юрид. наук, доц.;
Кондуоров В. Е., канд. юрид. наук, доц.; Краевский А. А., канд. юрид. наук, доц.;
Куликова М. С., преп.; Лисанюк Е. Н., д-р филос. наук, проф.;
Мачин И. Ф., канд. юрид. наук, доц.; Оглезнев В. В., д-р филос. наук, проф.;
Осветимская И. И., канд. юрид. наук, доц.; Поляков А. В., д-р юрид. наук, проф.;
Почекаев Р. Ю., д-р ист. наук, канд. юрид. наук, проф.; Пьянов В. Д., студ.;
Разуваев Н. В., д-р юрид. наук, проф.; Самохина Е. Г., канд. юрид. наук, доц.;
Тимошина Е. В., д-р юрид. наук, проф.; Тихонова С. В., д-р филос. наук, проф.;
Тонков Е. Н., канд. юрид. наук, доц., адвокат; Честнов И. Л., д-р юрид. наук,
проф., засл. юрист РФ

Рецензенты:

Ильин А. В., д-р юрид. наук, проф. (НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург);
Лапаева В. В., д-р юрид. наук, гл. науч. сотр. (Институт государства и права РАН)

НЗЗ **Нормативность в праве: понятие, интерпретации, соотношение с другими правовыми свойствами:** коллективная монография / под ред. И. И. Осветимской, Е. Г. Самохиной. — СПб: Скифия-принт, 2024. — 412 с.
ISBN 978-5-98620-714-8

В коллективной монографии представлены исследования теоретиков и философов права, посвященные проблемам, связанным с различными подходами к пониманию нормативности, фактичности, системности, формальной определенности, логичности, легитимности, действительности и действительности права. Кроме этого, авторы исследуют возможность аналогии права и игры, проблему множественности источников нормативности, ситуации неприменимости норм права в правовом государстве, соотношение доктрины и практики толкования.

Монография будет интересна исследователям, преподавателям, аспирантам, студентам и всем интересующимся современными теоретико-и философско-правовыми исследованиями.

Оглавление

Предисловие (<i>Осветимская Ия Ильинична, Самохина Екатерина Геннадьевна</i>)	8
---	---

РАЗДЕЛ I. М. В. АНТОНОВ ГЛАЗАМИ КОЛЛЕГ

Глава 1. М. В. Антонов об интегративных направлениях исследования права (разновидности социологической юриспруденции) (<i>Гаджиев Гадис Абдуллаевич</i>)	24
--	----

Глава 2. Фигура классического философа права в условиях медиального поворота: М. В. Антонов (<i>Самохина Екатерина Геннадьевна, Тихонова Софья Владимировна</i>)	33
--	----

РАЗДЕЛ II. ПРОБЛЕМЫ НОРМАТИВНОСТИ ПРАВА: ПОСТКЛАССИЧЕСКИЙ ПЕТЕРБУРГСКИЙ ПОДХОД

Глава 3. Идея нормативности права и общественный идеал: петербургский подход (<i>Поляков Андрей Васильевич</i>)	54
---	----

3.1. Генезис нормативности права: естественно-научное обоснование.....	54
3.2. Эволюционизм и учение Л. И. Петражицкого об общественном идеале.....	58
3.3. Критические ремарки	74
3.4. Взаимное правовое признание как высшая нормативная ценность.....	81

Глава 4. Нормативность и системность права в контексте постклассического подхода (<i>Разуваев Николай Викторович</i>)...	92
--	----

4.1. Проблематизация признаков системности и нормативности в рамках постклассического правопонимания	92
4.2. Постклассическая дефиниция права: единство исторического и логического аспектов	94
4.3. Право как нормативное образование и феномен жизненного мира	100
4.4. Постклассическая теория в поисках интегративного понимания права	107

Глава 5. Теоретические проблемы формальной определенности права (<i>Честнов Илья Львович</i>)	115
Глава 6. Грани осмысления проблемы нормативности права в постклассическую эпоху: аналогия права и игры (<i>Архипов Владислав Владимирович</i>)	126
6.1. Постановка проблемы	126
6.2. Обоснованность аналогии права и игры в контексте «игрового поворота»	129
6.3. Аналогия права и игры в теоретико- и философско-правовых исследованиях	133
6.4. «Игровая аналогия» и современные игры. Перспективы изучения	139
Глава 7. Нормативность права и основание действительности права с точки зрения коммуникативной теории права (<i>Осветимская Ия Ильинична, Самохина Екатерина Геннадьевна</i>)	144
7.1. Постановка проблемы	144
7.2. Разделение нормативности и фактичности с точки зрения юридического позитивизма	145
7.3. Совмещение должного и сущего с непозитивистских позиций	148
7.4. Взаимообусловленность нормативности и фактичности с точки зрения коммуникативной теории права	150
РАЗДЕЛ III. СООТНОШЕНИЕ НОРМАТИВНОСТИ И ФАКТИЧНОСТИ ПРАВА	
Глава 8. Нормативность права: между должным и сущим (<i>Варламова Наталия Владимировна</i>)	162
Глава 9. Действительность, действенность и легитимность права: теоретико-методологическое обоснование взаимосвязи (<i>Тимошина Елена Владимировна, Васильева Наталия Сергеевна, Кондуров Вячеслав Евгеньевич, Краевский Арсений Александрович</i>)	198
9.1. Постановка проблемы	198
9.2. Классические концепции действительности: несовместимость или различие акцентов?	200

9.2.1. Многообразие моделей действительности права.....	200
9.2.2. Три типа моделей действительности права	205
9.3. Теория трех миров (царств)	207
9.4. Три царства права.....	212
9.4.1. Внешнее царство (<i>мир 1</i>): право как регулярность человеческого поведения.....	212
9.4.2. Внутреннее царство (<i>мир 2</i>): право как явление индивидуальной психики	214
9.4.3. Третье царство (<i>мир 3</i>): право как идеальный объект.....	215
9.5. Три понимания действительности права и их взаимосвязь	216
9.5.1. Взаимосвязь трех царств (миров) права: основные модели	216
9.5.2. Взаимосвязь трех царств (миров) права: пример правового обычая	218
9.5.3. Взаимосвязь трех царств (миров) права: пример правового института.....	221
9.6. Действительность, легитимность, действенность и система права	224
Глава 10. Неприменение норм права в правовом государстве <i>(Мачин Игорь Федорович)</i>	236
Глава 11. Множественность источников нормативности <i>(Тонков Евгений Никандрович)</i>	246
Глава 12. Конституционно-конформное толкование: доктрина и практика <i>(Блохин Павел Дмитриевич)</i>	259
РАЗДЕЛ IV. СИСТЕМНОСТЬ ПРАВА С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ЛОГИКИ И АНАЛИТИЧЕСКОЙ ФИЛОСОФИИ	
Глава 13. Антоновская системность права в свете методик нормативных систем для логического анализа юридических решений (на примере дела «Женщины и суд присяжных») <i>(Лисанюк Елена Николаевна)</i>	270
Глава 14. Системность как метод исследования права <i>(Оглезнев Виталий Васильевич)</i>	296
14.1. Постановка проблемы.....	296

14.2. Системность науки vs. системность права.....	298
14.3. Полнота и непротиворечивость закрытых и открытых систем	302
14.4. Иерархические нормативные системы	307

РАЗДЕЛ V. КРИТИКА ПОЗИТИВИСТСКОГО ПОДХОДА К ПОНИМАНИЮ НОРМАТИВНОСТИ ПРАВА

Глава 15. Нормативность права глазами Р. Дворкина: критика позитивистской теории социальных правил и конвенционального правила распознавания (Касаткин Сергей Николаевич).....	314
15.1. Постановка проблемы	314
15.2. Позитивизм Г. Харта: нормативность права и ее институционализация.....	315
15.3. Р. Дворкин против позитивизма: принципы и моральная ангажированность права.....	319
15.4. Теория социальных правил: проблема обоснования юридических обязанностей.....	321
15.5. Теория конвенционального правила распознавания: проблема нормативных оснований и критериев права.....	324
15.6. Вызов Р. Дворкина позитивизму: импликации для осмысления правовой нормативности	328
Глава 16. Нормативность и легитимность права с точки зрения М. ван Хука (Тихонова Софья Владимировна).....	338
Глава 17. Сущность нормативного в социальном: модели судебной методологии О. Эрлиха и Г. Канторовича (Куликова Мария Сергеевна)	363
17.1. Постановка проблемы	363
17.2. Историческое толкование (ex tunc) vs. современное толкование (ex nunc).....	364
17.3. «Живое право» vs. «свободное право».....	367
17.4. Судья находит «живое право» в многовариативной социальной практике vs. судья ищет «свободное право» только в четырех его формах.....	367

**РАЗДЕЛ VI. НОРМАТИВНОСТЬ И ФОРМАЛЬНАЯ
ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ПРАВА НА ПРИМЕРЕ ИСТОРИЧЕСКИХ
ПАМЯТНИКОВ ПРАВА**

Глава 18. Формализм против традиционализма, или как Великая Яса Чингисхана стала кодексом (Почekaев Роман Юлианович).....	374
Глава 19. Действительность, действенность и основание нормативности в средневековом праве на примере Ландслова Магнуса исправителя законов (Пьянов Владимир Дмитриевич)	393
19.1. Постановка проблемы.....	393
19.2. Интерпретация нормативности	394
19.3. Действительность права в Ландслове	396
19.4. Действенность права в Ландслове.....	399
19.5. Основание нормативности в Ландслове.....	399
Заключение (Осветимская Ия Ильинична, Самохина Екатерина Геннадьевна)	402
Сведения об авторском коллективе.....	410

Предисловие

В рамках отечественного философско-правового сообщества профессор М. В. Антонов признается одним из наиболее известных и влиятельных современных ученых в данной области, одним из наиболее известных современных теоретиков правового позитивизма, работы которого позволили научному сообществу по-новому взглянуть на данное направление, во многом подвергавшееся незаслуженной критике на протяжении долгого времени. Можно сказать, что благодаря работам М. В. Антонова произошли пересмотр и своеобразная реабилитация позитивистского направления в российской теории права.

Помимо многочисленных научных работ М. В. Антонова, большую роль в возрождении позитивистской традиции в России сыграло большое количество переводов программных работ классиков данного направления, выполненное М. В. Антоновым. Особенно следует отметить комментированные издания и переиздание трудов Ганса Кельзена, в рамках которых М. В. Антоновым (совместно с первым переводчиком Кельзена С. В. Лезовым — в части «Чистого учения о праве») были существенно переработаны труды, ранее переведенные на русский язык. На основе многолетних исследований, проведенных им в области юридического позитивизма, это направление получило новое прочтение в российской правовой науке, и только сейчас ученые начинают заново его узнавать.

Эти достижения М. В. Антонова сделали его одним из выдающихся ученых не только в России, но и за рубежом, где он известен своими публикациями и выступлениями на научных мероприятиях. Не будет преувеличением сказать, что образ российской теории и философии права у зарубежных специалистов складывается во многом под влиянием работ М. В. Антонова.

М. В. Антонов заслуженно занимает равное положение среди наиболее известных современных представителей европейской теории и философии права. Профессор входит в редакционные коллегии 11 научных журналов, 8 из которых издаются на иностранных языках (BRICS Law Journal, Review of Central and East European Law, Revista Direitos Fundamentais & Democracia, World Journal of Social Science и др.)

Раскрытие выдающегося творческого потенциала М. В. Антонова, выражающееся в его незаурядных научных работах, оказывает огромное влияние на коллег, работающих с ним на юридическом факультете НИУ ВШЭ в Санкт-Петербурге, студентов и магистрантов. Возможность работать с таким профессионалом, как М. В. Антонов, — большая честь для коллег, ведь он не только вдохновляет на научную работу своим примером, но и щедро делится своим исследовательским опытом. Под влиянием и руководством М. В. Антонова «вырос» не один переводчик научных юридических трудов (в частности, один из редакторов этой монографии Е. Г. Самохина), и даже можно сказать, что сформировалась определенная «школа» научного перевода. Многие ученые-юристы по праву считают М. В. Антонова своим учителем, внесшим огромный вклад в формирование их творческого научного стиля и взглядов.

Данная книга представляет собой коллективный труд коллег М. В. Антонова, созданный к его юбилею. Главами, написанными специально для этой монографии, отечественные ученые-правоведы выражают дань признательности М. В. Антонову за его вклад в развитие юридической науки.

Монографию открывает **Раздел I**, посвященный личности и творчеству профессора Антонова, который состоит из главы Г. А. Гаджиева **«М. В. Антонов об интегративных направлениях исследования права (разновидности социологической юриспруденции)»** и главы Е. Г. Самохиной в соавторстве с С. В. Тихоновой **«Фигура классического философа права в условиях медального поворота: М. В. Антонов»**. Далее монография разделена тематически на пять разделов, расположенных по принципу «от общего к частному».

Главы **Раздела II** написаны петербургскими учеными и посвящены проблемам нормативности права в современную постклассическую эпоху. Начинается раздел с главы А. В. Полякова **«Идея нормативности права и общественный идеал: петербургский подход»**, поскольку именно петербургская школа философии права выступила своеобразным связующим звеном между классическими дореволюционными воззрениями отечественных правоведов и современными постклассическими теориями. В главе рассматривается генезис понятия нормативности, которое связывается автором с понятием долженствования. Поскольку появление в обществе нормативности происходило одновременно с появлением представлений о должном поведении, автор обращается к исследованию генезиса представлений о должном с самого начала формирования человеческого общества. Придя к выводу о том, что в основе нормогенеза лежат определенные эмоции, отражающие в первую очередь интуитивное, а уже потом рациональное отношение к тем или иным действиям людей, автор переходит к анализу учения Л. И. Петражицкого о праве как психологическом (социопсихологическом) феномене, поскольку именно в этом учении данные идеи получили наилучшее отражение. Критический анализ взглядов Л. И. Петражицкого дается через призму коммуникативной теории права. Автор связывает провозглашенный Л. И. Петражицким идеал всеобщей любви, понимаемый как служение человечеству, с принципом взаимного признания человека человеком, который одновременно является и ключом к пониманию правовой нормативности и фундаментом для формирования традиционных ценностей общества.

В главе **«Нормативность и системность права в контексте постклассического подхода»** Н. В. Разуваев пишет о кризисе, результатом которого стала проблематизация устоявшихся представлений о социальной природе, сущности и важнейших признаках права, определявшегося в качестве социального регулятора, имеющего государственный либо иной потестарно-властный характер и связанного с возможностью применения принудительных мер к адресатам норм в случае их неисполнения. В качестве альтернативы данным устаревшим положениям автор предлагает постклассическую дефиницию права, соединяющую исторический

и логический аспекты. Автор полагает, что право представляет собой не иерархическую структуру, элементы которой возникают спонтанно, вне контекстуальной обусловленности целым, именно поэтому такая структура еще не может выступать в виде системы, то есть упорядоченной взаимосвязи элементов. Так, приобретают теоретическую значимость два взаимосвязанных (хотя, на первичных стадиях теоретического осмысления, искусственно разъединенных) образа права и правовой реальности, а именно права как *системы* и права как *жизненного мира*. Осознание сущностного единства, системности и жизненного мира в правовом бытии, с точки зрения автора, обеспечит условия для сближения различных подходов к праву, создав действенные предпосылки укрепления интегративного правопонимания в современной российской юриспруденции. В свою очередь, последнее станет тем подходом к осмыслению права, который будет адекватен постклассической правовой науке.

В главе «**Теоретические проблемы формальной определенности права**» один из наиболее известных исследователей права в постклассическую эпоху и эпоху постмодерна И. Л. Честнов ставит вопрос: существует ли сегодня в постсовременном социуме единая юридическая картина мира, общие и общезначимые социальные правовые представления? По мысли автора, право есть явление, сконструированное человеком, качество «правового» не существует как некая данность, а формируется людьми, использующими знаковые формы, «благодаря которым физическое, фактическое поведение (взаимодействия) наделяется статусом юридического». Главной проблемой знакового выражения права (его формальной определенности), не утратившей своей актуальности со времен Просвещения, является возможность конструирования непротиворечивого, логически завершенного и универсального кодекса, что связано с конвенциональным характером знаков, из которых состоит текст. Ведь если означающее условно, то его связь с означаемым также является условной. Эти обстоятельства делают невозможным догматически выверенное полное и непротиворечивое законодательство. Гарантией определенности права, с точки зрения И. Л. Честнова, является разделение властей, конку-

рентная среда в правовом пространстве, открытость обсуждения правовых вопросов в независимом суде.

Глава **«Грани осмысления проблемы нормативности права в постклассическую эпоху: аналогия права и игры»** В. В. Архипова начинается с аналогии права и игры в контексте «игрового поворота», а затем погружает читателя в подробные рассуждения об аналогии права и игры в теоретико- и философско-правовых исследованиях. Традиция сближения права с игрой как однопорядковых явлений в рамках единой социокультурной матрицы прослеживается от Л. И. Петражицкого и следует к аналитической юриспруденции, А. Россу и Дж. Аллену. Остановившись на общих чертах права и игры, автор приходит к выводу о том, что эта аналогия представляет собой уже вполне легитимированный инструмент для прояснения природы права и поиска дальнейших направлений для исследования, и при этом такие направления могут определяться анализом многих современных игр и игровых практик.

Согласно авторам главы **«Нормативность права и основание действительности права с точки зрения коммуникативной теории права»** И. И. Осветимской и Е. Г. Самохиной, обоснование действительности (или обязывающей силы) права имеет большое значение, потому что связано с пониманием самой природы права, и решение этой проблемы обусловлено различными подходами к пониманию того, что представляет собой право. Поскольку проблема нормативности и действительности получила наиболее широкое освещение в рамках юридического позитивизма, авторы начинают именно с этого направления и дают подробный анализ концепций К. Шмитта, Г. Келзена, Г. Харта, Е. В. Булыгина и К. Э. Альчуррона. Не останавливаясь на позитивистских концепциях, тяготеющих к разделению сущего и должного, авторы принимают обзор непозитивистских позиций, которые пытались совместить эти два аспекта правовой реальности, достигая в конце идеи о взаимообусловленности нормативности и фактичности, представленной с точки зрения коммуникативной теории права. Коммуникативный подход к поиску основания действительности права, с точки зрения авторов, имеет ярко выраженный антропологический характер. Вместо мотивирующей силы потенциальных

санкций коммуникативная теория выдвигает на первый план непреложную ценность человеческой личности, обладающей суверенитетом в реализации своих прав и обязанностей, притязание на значимость которой имеет непреложный характер, укорененный в морали, с одной стороны, и получающий рациональную мотивирующую силу гарантий в процессе позитивации и легитимации, с другой стороны. В рамках коммуникативной теории преодолевается разрыв не только между нормативностью и фактичностью, но и между основополагающими идеями юснатурализма, юспозитивизма и социологической юриспруденции, а также закладывается фундамент для формирования традиционных ценностей общества.

Проблемы отдельных аспектов нормативности права рассматриваются в **Разделе III «Соотношение нормативности и фактичности права»**. Раздел открывается главой Н. В. Варламовой **«Нормативность права: между должным и сущим»**. В своих рассуждениях автор отталкивается от общепринятого положения о том, что социальные нормы обычно определяются как требования должного поведения человека, при отсутствии точного понятия долженствования, которое считается непосредственно данным нашему сознанию в своей противоположности бытию. Автор обращает внимание на акцент, который традиционно «делается именно на противоположности, расчлененности сущего и должного, невозможности логического перехода от одного к другому, т. е. вывода нормативного суждения (требования должного) из фактической посылки, равно как и формулирования утверждений о фактическом состоянии (сущем) на основании имеющихся нормативных предписаний (установленных требований должного)». При этом такое положение дел, с точки зрения Н. В. Варламовой, не исключает сложной диалектической связи между сущим и должным, поскольку любая соционормативная система принадлежит и миру должного, и миру сущего. Автор подтверждает свой тезис, рассматривая позиции Г. Кельзена, Г. Харта, М. ван Хука, А. Росса и многих других представителей юридической науки.

В главе **«Действительность, действенность и легитимность права: теоретико-методологическое обоснование взаимос-**

визи», написанной в соавторстве Е. В. Тимошиной, Н. С. Васильевой, В. Е. Кондуровым, А. А. Краевским, проводится развернутый анализ классических концепций действительности права, трех моделей действительности права, а также трех типов моделей действительности права. Авторы обосновывают оригинальную теорию трех миров (царств) права: 1) внешнего царства, в котором право рассматривается как регулярность человеческого поведения; 2) внутреннего царства, где право предстает как явление индивидуальной психики; и 3) царства, в котором право является идеальным объектом. Предлагаемая авторами модель основывается на идее о трех взаимосвязанных аспектах бытия права: в мире физических (пространственно-временных) явлений (*мир 1*), в мире субъективных психических состояний (*мир 2*) и в мире идей (*мир 3*). Сообразно трем мирам К. Поппера или трем царствам Г. Фреге можно говорить о трех мирах (царствах) права, в каждом из которых оно по-своему существует, т. е. действительно. Данная концепция позволяет соединить исследования, относящиеся к нормам (ценностям), рассматриваемым в качестве идеальных сущностей (*мир 3*), к психологическому пониманию права, рассматривающие действительность права как его обязывающую силу, а нормы права — как мотивы поведения (*мир 2*), и исследования фактической реализации правовых норм в поведении (*мир 1* и частично *мир 2*). Вместе с тем, необходимым условием применения теории трех миров к праву, по мысли авторов, является обращение к общей философско-правовой мысли Г. Кельзена (с которой, по-видимому, было согласно большинство последующих авторов) о том, что действительность права представляет собой его существование.

В главе **«Неприменение норм права в правовом государстве»** И. Ф. Мачин обращается к одной из тем, для которой нормативность и действительность права имеют краеугольное значение — к правовому государству. Автор выделяет три основных подхода к определению правового государства, в рамках которых концепт правового государства меняется в зависимости от понимания права, которое использует тот или иной автор. В рамках первого подхода правовое государство трактуется как отрицание исторически предшествующих типов государства, право было

обязательным только для подданных, но не для самих носителей государственной власти (таких как деспотическое, патримониальное, патерналистское, полицейское). Такого подхода, например, придерживались российские правоведы Г. Ф. Шершеневич и Б. А. Кистяковский в самом начале XX века. Второй подход, как и первый, противопоставляет правовое государство государству полицейскому, однако заявляет, что правовое государство основывается, прежде всего, на признании естественного права, требующего безусловного осуществления неотъемлемых прав человека и неприкосновенных прав. Данная модель поднимает проблему неприменения несправедливых законов и получает новое звучание в XX в., после Второй мировой войны. В настоящее время, по мысли автора, можно говорить о третьем подходе к пониманию правового государства. Новая модель фокусирует свое внимание уже не на проблеме неприменения несправедливых, драконовских законов, а на неприменении некоторых справедливых законов, если тем самым «предотвращаются бóльшие несправедливости». Автор обращает внимание на юридический каркас правового государства — это законодательное право и право естественное, поскольку в настоящее время в западных демократиях естественное право не только закреплено законодательным правом, фиксированным и застывшим, но и продолжает сохранять роль идеального права, требующего от действующих политиков постоянно сверять свою деятельность с идеей правды, дополняющей правовое государство на практике.

В главе **«Множественность источников нормативности»** Е. Н. Тонков рассуждает о различных подходах к источникам нормативности и обосновывает вывод о том, что широкое понимание источников нормативности позволяет не только установить действующие нормативные множества, но также выявить их иерархии и условия применения. Представления о нормах и основаниях нормативных систем разнятся и в профессиональной деятельности свидетельствуют об обязанности человека регулярно согласовывать правовые позиции с иными людьми. Вместе с тем, по мысли автора, системы ценностей и подходов к праву у различных групп населения не всегда возможно синхронизировать, и многовариантность правопонимания не удавалось устранить

даже в периоды диктатур. Эта проблема по-разному решалась в разные эпохи и в рамках разных подходов к праву. Сам автор, являясь представителем школы российского правового реализма, рассматривает данную проблематику через призму правоприменения, то есть как источники нормативности влияют на формирование юридически значимых убеждений правоприменителей. Формулируя текст правоприменительного акта, представитель власти не перестает испытывать влияние разноплановых источников, среди которых, как полагает автор, не всегда основополагающим окажется закон. У каждой нормативной системы существуют индивидуальные особенности формирования и способы воздействия на социальную среду.

В завершающей данный раздел главе «**Конституционно-конформное толкование: доктрина и практика**» П. Д. Блохин раскрывает проблемы нормативности применительно к судебному толкованию. Автор считает, что в некоторых случаях конституционно-конформное толкование может быть обусловлено юридико-технической неопределенностью нормы (ее пробельностью, многозначностью, противоречивостью); в таком случае оно имеет своим следствием восстановление действительного смысла нормы в системе правового регулирования. Вместе с тем, данные основание и цель выявления конституционно-правового смысла нормы наличествуют далеко не всегда. Как показывает практика, такое истолкование может быть дано норме, которая с юридико-технической точки зрения безупречна, но которой в правоприменительной практике придается неконституционное значение; соответственно, целью в этом случае является вовсе не выявление законодательных намерений, а такая корректировка этой нормы, при которой она будет в полной мере согласовываться с конституционным регулированием. Соответственно, рамки такого акта толкования заданы отнюдь не содержанием толкуемой нормы, как это предполагается нормативистской теорией, а содержанием весьма абстрактных норм (принципов) более высокого порядка, которые и являются единственным масштабom (критерием) истинности или ложности такого толкования.

Раздел IV «Системность права с точки зрения логики и аналитической философии» объединяет главы, посвященные соотношению нормативности и системности права.

В главе **«Антоновская системность права в свете методики нормативных систем для логического анализа юридических решений (на примере дела «Женщины и суд присяжных»)»** Е. Н. Лисанюк демонстрирует применение разработанной М. В. Антоновым идеи системности права и методики нормативных систем Е. В. Булыгина и К. Э. Альчуррона для логического анализа юридических решений. Автор раскрывает критику представлений об атрибутивной системности права, понимаемой в духе «концептуального, объективного или генеративного единства и трактуемого в качестве его необходимого атрибута, предполагающего «герметическую» замкнутость и полноту правовой системы». Практическим следствием из атрибутивной системности, по мысли автора, выступает эмпирический и случайный характер обнаружения в правовой системе признаков бессистемности вроде коллизий или пробелов, а их устранение становится похожим на исправление неудачных или со временем ветшающих формулировок норм или иных положений права. В отличие от этого, антоновская системность права подразумевает, что изначальное состояние права характеризуется не системным единством, а скорее наоборот, бессистемностью и рассогласованностью, во многом вследствие того, что нормы права создают люди, исходя из конкретных задач в меняющихся социальных условиях. Симптомами этой изменчивости, а также рассогласованности выступают не только коллизии или пробелы, свидетельствующие о противоречивости или неполноте правовой системы, но и избыточность регулирования, необходимость кодификации, толкования права и прочих направлений его изучения. Автор иллюстрирует применение антоновской системности права на примере дела «Женщины и суд присяжных», в котором Конституционный суд сталкивается с аксиологическим пробелом в праве.

Рассмотрение темы системности права продолжает В. В. Оглезнев в главе **«Системность как метод исследования права»**. С точки зрения автора, М. В. Антонов занимает слишком радикальную позицию, предлагая отказаться от «системного» по-

нимания позитивного права в пользу идеи его упорядоченности и структурированности. Автор полагает, что «системная» терминология применительно к описанию права все же может оказаться весьма полезной при «аккуратном» использовании с обращением к «эмпирической методологии». Для объяснения своего тезиса автор обращается к двум примерам: «аксиоматизации» конституции и идее иерархических нормативных систем Е. В. Булыгина. В результате автор приходит к выводу, что если «системность» понимается как метод, то он может быть весьма полезным и эффективным для исследования и понимания позитивного права.

В Разделе V объединены главы, посвященные критике позитивистского подхода к пониманию нормативности права на примере концепций Р. Дворкина, М. ван Хука, О. Эрлиха и Г. Канторовича.

В главе **«Нормативность права глазами Р. Дворкина: критика позитивистской теории социальных правил и конвенционального правила»** С. Н. Касаткин фокусируется на критике исходных для современного англо-американского позитивизма доктрин социальных правил и конвенционального правила распознавания (rule of recognition) как основы правовой системы. Автор приводит подробную реконструкцию позитивизма Г. Харта, акцентируя внимание на проблеме нормативности права и ее институционализации. Автор оценивает теорию Г. Харта не просто как обновленную теорию юридического позитивизма (ассоциируемую им с аналитическим суждением об отсутствии необходимой понятийной связи права и морали, юридической действительности и моральной ценности), но, по сути, как особую доктрину нормативности права как нормативности *suī generis*, отраженную в объяснении языка «внутренних» утверждений. В противовес теории Г. Харта автор рассматривает идеи Р. Дворкина о принципах и моральной ангажированности права, а также представленное Р. Дворкином опровержение введенной Г. Хартом теории социальных правил, в которой Р. Дворкин, по сути, оспаривает и общее понимание правила как такового, воспринятое британским правоведом из аналитической лингвистической философии. Также в главе рассматривается критика Р. Дворкином позитивистской идеи конвенции как основания права, необходимо подразуме-

вающей единство, согласие и определенность; взамен этого акцентируется внимание на идее фундаментальной спорности ценностно-нормативного знания, лежащего в основе социальных практик и институтов. Автор полагает, что предлагаемая Р.Дворкином правовая теория, стремящаяся учесть феномен спорности, выглядит, при прочих равных, более значимой/амбициозной по сравнению с традиционным подходом позитивизма, ограниченным жесткой моделью конвенции.

В главе **«Нормативность и легитимность права с точки зрения М. ван Хука»** С.В.Тихонова предлагает анализ проблем нормативности и легитимности права с позиции коммуникативной теории. Рассмотрение проблемы начинается с основных методологических «настроек», в рамках которых предлагается определиться с пониманием права. Вслед за ван Хуком автор анализирует девять признаков права на предмет возможности прояснения их содержания и объяснения через коммуникацию: 1) право как регулятор человеческого поведения; 2) право как совокупность норм; 3) право как институционализируемая нормативная система; 4) право как продукт государства; 5) право как результат принуждения; 6) право как автономное образование; 7) право как закрытая и полная система; 8) право как культурный феномен; 9) право как справедливость. Далее, чтобы приблизиться к системному подходу, сделать возможным изложение специфики правовой коммуникации и обосновать используемую ван Хуком модель коммуникативного акта, автор описывает функции и нормы права, рассматриваемые им как основания для действия человека. Вслед за М. ван Хуком автор анализирует различные виды правовой коммуникации, работая с современными правовыми системами, в которых сложилась профессиональная, методологическая и доктринальная автономия. Автор полагает, что М. ван Хук создает «коммуникативную теорию права, позволяющую, с одной стороны, примирить противостояние закрытого (Луман) и открытого (Хабермас) подходов к праву таким образом, чтобы показать единство правового развития как результирующего вектора для множественных правовых систем прошлого и современности». Опираясь на правовой плюрализм, он «отказывается от доминирования древовидных моделей правовой коммуникации в пользу

близких к сетевым моделям циркулярных для того, чтобы сформировать максимально широкий взгляд на право». С точки зрения автора, не существует универсального «первоэлемента» для всех правовых систем, поскольку у каждой правовой системы выделяется свой, уникальный, и представляет собой те или иные структуры коммуникативного действия, в данных исторических условиях формирующих правовые нормы.

Завершает данный раздел глава М. С. Куликовой **«Сущность нормативного в социальном: модели судебной методологии О. Эрлиха и Г. Канторовича»**, в которой автор обращается к критике юридического позитивизма с позиции социологической юриспруденции, или теории «свободного нахождения права». Автор рассматривает две различные модели судебной методологии, которые были предложены видными теоретиками права XX века О. Эрлихом и Г. Канторовичем. Автор описывает данные концепции через противопоставление моделей «исторического толкования» и «современного толкования», концепций «живого права» и «свободного права», а также различных подходов к пробелам в праве. О. Эрлих допускал свободу судьи при принятии решения, однако ограничивал ее поиском социальной справедливости, выводимой из той исторической ситуации, в которой находился законодатель. Г. Канторович же считал, что все смыслы текста, которые закладывались законодателем в текст закона, могут являться объектом исключительно исторического исследования. В заключении автор приходит к выводу, что сравнение моделей судебной методологии «живого права» и «свободного права» предполагает рассмотрение реальной ситуации того или иного спора и социальных последствий его разрешения, и лишь практика может наполнить рассмотренные теоретические положения Эрлиха и Канторовича конкретным содержанием.

Монография завершается **Разделом VI**, в котором нормативность и формальная определенность права рассматриваются на примере исторических памятников права. Раздел открывается главой Р. Ю. Почекаева **«Формализм против традиционализма, или Как Великая Яса Чингисхана стала кодексом»**, в которой проводится обзор «попыток» реконструкции данного древнего

источника права, предпринимаемых различными исследователями. Автор описывает многочисленные примеры воссоздания Великой Ясы как письменного нормативного документа, которые предпринимались на протяжении многих десятилетий, несмотря на то, что, по свидетельству известного российского востоковеда П. С. Попова, «наказы Чингисовы не существовали в письменном виде ни при Чингисе, ни даже при его преемниках, а хранились в устной передаче и, дойдя до мусульманских писателей в искаженном виде, были и записаны ими в этом виде». Автор рассматривает также различные версии о форме Великой Ясы как источнике права: свод обычного права; совокупность отдельных указов; кодекс, и объясняет, почему такое большое количество исследователей видят данный источник исключительно как кодекс. Логика исследователей объясняется кажущейся очевидной для них взаимозависимостью между сильным имперским государством, сумевшим победить крупнейшие государства Евразии и объединить под своей властью более половины материка, и существовавшим в нем позитивным правом. Автор опровергает данную логику, оценивая аргументы исследователей с позиции юридической науки, и полагает, что «причудливое сочетание традиционалистского и формалистического подходов в исследовании историко-правового памятника при практически полном отсутствии его анализа в формально-юридическом отношении» не может дать положительных результатов. Вместе с тем, нормативный характер данного памятника и его обязывающая сила никак не связаны с письменным закреплением.

Заключительная глава данной монографии **«Действительность, действенность и основание нормативности в средневековом праве: на примере Ландслова Магнуса Исправителя Законов»** написана начинающим свой путь в науку исследователем В. Д. Пьяновым. Путем обращения к анализу норвежского средневекового памятника права автор предпринимает попытку ответить на вопрос: почему какое-либо правило становится мерилom должного в такой степени, что ему позволено не только предписывать необходимое поведение, то есть обязывать субъекта, но и позволять иным акторам требовать именно такого поведения, то есть давать им право требования к этому субъекту?

Для ответа на свой вопрос автор рассматривает интерпретации нормативности в рамках нормативистского и коммуникативного подходов к праву. Делая выбор в пользу использования модифицированного подхода к нормативности, объединяющего подход Г. Кельзена (реинтерпретированную основную норму и деление на действенность и действительность), а также коммуникативный подход к пониманию нормативности как свойства, возникающего у нормы права постольку, поскольку она интерпретирована субъектами права в определенном ключе, автор проводит анализ действительности и действенности права, а также оснований нормативности в Ландслове — средневековом норвежском источнике права. Данная глава демонстрирует удачное сочетание различных методов анализа нормативного материала, в том числе исторических памятников.

Надеемся, что проделанная авторским коллективом работа не оставит равнодушным ни «виновника торжества» профессора М. В. Антонова, ни других читателей.

Раздел I

М. В. АНТОНОВ ГЛАЗАМИ КОЛЛЕГ

Глава 1

М. В. АНТОНОВ ОБ ИНТЕГРАТИВНЫХ НАПРАВЛЕНИЯХ ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВА (разновидности социологической юриспруденции)

В одной из своих последних статей М. В. Антонов пишет о том, что к социологической юриспруденции, которая *grosso modo* связывает развитие права с развитием общества (вспоминая крылатую фразу О. Эрлиха о том, что центр развития права лежит в обществе), можно причислить и те направления, что понимают процессы применения и толкования права с точки зрения экономических закономерностей, ведь экономика и ее развитие суть составная часть общественного развития. Именно поэтому он полагает возможным рассматривать соотношение социологической юриспруденции и «права и экономики» как общее и частное [Антонов, 2023а: 88].

К такому же выводу М. В. Антонов приближается в своей статье о теоретических проблемах методологии «права и экономики» в России [Антонов, 2011]. В ней он пишет, что экономическая теория изначально рассматривала принимаемые государством решения не в ракурсе императивной нормативности, как в юриспруденции, а с точки зрения фактичности — влияния, реального воздействия на экономические процессы. Право есть система прав или долженствования, поэтому суждения о должном недопустимо выводить из суждений о фактах. По этой причине автор критически оценивает амбиции зарубежных сторонников направления «права и экономики» на объяснение правовой действительности, указывая на исследовательские границы, в пределах которых должно оставаться это направление, развиваемое в основном учеными-экономистами. В частности, М. В. Антонов указывает на недопустимость применения методов экономического анализа права

к основным конституционным принципам, к базовым конституционным ценностям, которые формируют основы правопорядка общества. Что же касается методов юридической социологии, анализ «живого права», т. е. сравнение и изучение содержания не только правовых норм, но и экономических институтов и норм, а также социально-психологических процессов, которые сопровождают генезис этих норм, то автор не отрицает их полезность.

Я вполне солидарен с предостережением М. В. Антонова о необходимости проводить границы между мотивами (экономическими, моральными), которые могут подталкивать судью при выборе одного из нескольких альтернативных вариантов их истолкования и, соответственно, решения по делу, и правовыми нормами, с помощью которых судья обязан юридически обосновать принимаемое решение, для того, чтобы оно было не только экономически рациональным, но и законным. Очевидно, что это несовпадающие, дисциплинарно различные критерии. Неслучайно М. В. Антонов выражает солидарность с моим суждением о том, что подключать экономистов к разрешению юридических дел возможно только при условии, что будет решен важный методологический вопрос о допустимости при разрешении конфликтов между равноценными конституционными принципами опираться на экономические резоны [Антонов, 2011: 15].

Развернутые доказательства того, что «право и экономика» является разновидностью социологического направления в праве, можно обнаружить в статье М. В. Антонова «Социология права: рождение новой научной дисциплины» [Эрлих, 2011: 9–64].

В начале XX века в европейской юридической науке появились ученые-юристы, которые в поисках объективных, рациональных оснований права искали их в метаюридической социальной нормативности. В то время зарождающиеся социология, психология и даже биология продуцировали новые идеи, обогащающие социальную философию. Неслучайно обнаружился интерес к восприятию психологических идей юриспруденцией (Л. Кнапп, Л. И. Петражицкий). Успехи социологии послужили примером и для российских теоретиков права. С. А. Муромцев и Н. М. Коркунов, позже — Ю. С. Гамбаров стали внедрять социологические позна-

вательные структуры в право, подвергая их необходимой юрисдикции.

Метафизическая версия исторической юриспруденции с ее «народным духом», своего рода двигателем развития права, перестала казаться убедительной, она попросту устарела.

Ученые-юристы стали обращать внимание не только на юридические тексты, но и на то, что право в некоторых своих сегментах является результатом сознательного регулирования отношений, прежде всего общественных, самими участниками этих отношений. Собственно, это не являлось какой-то особенно новой юридической идеей. В римском праве договор определялся как «закон для двоих», а Ф. Ницше в своих гениальных интуициях описывал, как основные деонтологические понятия — долг, ответственность — появились из практики экономических товарообменных отношений [Ницше, 1990]. Возрождая эти идеи, Р. Шмид установил, что, с его точки зрения, и позитивное, и обычное право имеют своим источником попытки институализировать, возводить в степень социальной нормы последовательность реальных действий, которые обладают свойством воспроизводимости. О. Эрлих начал создавать свою социологию права на основе уже возведенного фундамента. Август Штурм, как отмечает М. В. Антонов, обнаружил обязывающую силу права в чувстве связанности, которое рождается у людей, превращающихся в субъектов права, при встрече с фактическим строем общественных отношений, чаще всего возникающих вследствие борьбы разных социальных интересов и их разумного уравнивания [Антонов, 2011: 22]. Пользуясь терминологией Ф. Ницше, появились «психологические придатки» банальных обменных отношений.

Так, возникла психологическая юриспруденция, получившая развитие в научной системе Л. И. Петражицкого.

Признаками начинающегося изменения правопонимания являются термины, которые ученые-юристы заимствуют из сопредельных социальных наук. Когда Рудольф фон Иеринг в своей книге «Борьба за право» выдвинул реалистическое учение о праве как о защищенном интересе, появились контуры нового, социологического правопонимания. Иеринг стал рассматривать идею силы в праве под новым углом зрения, создающим давление на лиц с де-

виантным поведением. При этом, пишет М. В. Антонов, он не связывал такое институциональное принуждение только с действием публичной власти, допуская иные возможности социально-правового давления на поведение субъектов права, агрегированное действие которых образует «нормативную силу фактического».

Эта идея Иеринга стала триггером для написания Эрлихом «Основоположения социологии права». В этой работе он пишет, что основным источником для его выводов, эмпирической базой послужило, наряду с исследованиями обычного права, право договорное, весь спектр соглашений — от трудовых до корпоративных.

В основе любого соглашения ему виделась задача образования т.н. «социального союза». Эта идея оказалась воспринятой и представителями научного направления «права и экономики».

Сходство «права и экономики» и социологической юриспруденции проявляется прежде всего в когнитивной сфере, в стремлении рационально объяснить феномен происхождения права.

Пресловутая «воля государства (народа)» как источник всего существующего в правовой сфере для многих ученых-юристов казалась превращенной формой «божественной воли или замысла божественного разума». Как отмечает М. В. Антонов, изначально теологическая теория происхождения государства и права имела опорой веру в божественность правителя и индуцируемой им власти. Он рассматривался либо как воплощение божества, либо как посредник между людьми и божеством, таким было юридическое мировоззрение в древности. Это была часть веры, но не научная теория. «Верую, ибо это абсурдно», — так выразил суть теологического подхода христианский богослов Тертуллиан [Антонов, 2023b: 49].

Стремление к рациональности, как уже было отмечено, проявилось у римских ученых, когда они создали формулу (понятие) права — *ius est ars boni et aequi*. У Цельса-младшего это определение, неудачно переводимое как «право есть искусство добра и справедливости», скорее всего, означало, что право имеет искусственное происхождение, это совокупность идей, часто фикционных, но не искусство и не ремесло. Термин «*ars*» в латинском языке имеет много значений — это и ремесло, и искусство, и наука, и даже из-

воротливость. Да и перевод термина *aequi* с помощью слова «справедливый» можно оспорить, поскольку *aequus* означает «равный».

Но если право — это не вера, что же это такое? Сама постановка этого вопроса, сомнение в том, что право — это вера, означает начало процесса демистификации, избавления от мифов о праве.

Термин «расколдовывание» применительно к праву использовался Рудольфом фон Иерингом в его работе «Теория владения», с которой он объявил о своем разрыве с тем правопониманием, которое было характерно для представителей исторической школы права, нещадно эксплуатирующих юридическую метафизику так, что право воистину надолго оказалось заколдованным.

Поэтому вполне понятна ирония Иеринга, ощущаемая в известном высказывании о «юриспруденции понятий».

Новый подход понадобился ему для разрыва с прежним цивилистическим правопониманием, при переходе на новое, уже социологическое правопонимание и для провозглашения того, что право не может быть описано в отрыве от сложного социально-экономического контекста, под которым понимается сплетенность (*textilis*) правовых отношений с экономическими, этическими и т. д.

Иеринг вплотную подошел к выводу о необходимости демистификации права на основе изучения междисциплинарного взаимодействия и с этикой, и с экономической теорией, и с психологией, и с социологией, поскольку правовые нормы — это не просто логика, это более сложный продукт социальной жизни.

Для социологической юриспруденции принципиально важной оказалась идея, ставшая по сути основной познавательной структурой, о том, что воля государства — это просто юридическая фикция, что идея силы, исходящей от государства, не может во всех случаях объяснять, что есть право; сила и власть не могут быть признаны доминирующими для объяснения феномена права.

М. В. Антонов подметил, что правовой реализм в американской науке рассредоточился на множество направлений и течений, которые акцентировали внимание на формах соприкосновения и взаимодействия правового регулирования с другими сферами социального бытия.

Одним из таких направлений стало «право и экономика» [Антонов, 2023b: 249–250]. Автор пишет о том, что в истории правовой мысли рассуждения о связи правового регулирования и экономической деятельности были привычным местом. И это вполне объяснимо, потому что право устанавливает границы и гарантии свободы человека, без которой по определению немислим никакой экономический обмен.

Вспомним о том, что в 426 году н.э. сочинениям Ульпиана (Domitius Ulpianus) была придана обязательная юридическая сила. А ведь он не относился к числу правителей и состоял всего лишь ассессором при префекте претория, которым был знаменитейший *primus inter pares* — Папиниан! Нельзя не согласиться с М. В. Антоновым в том, что филигранные формулировки римских юристов, выводящие правила человеческого поведения, неслучайно принимались как нормативное руководство к действию, более в силу убедительности аргументов, обращенных к разуму и экономическому интересу людей, чем из опасения государственно-организованных санкций или иных мер принуждения [Антонов, 2023a: 250].

Первым, кто обратил внимание на схожесть идеи Петражицкого и идей, составляющих когнитивное ядро научного направления «права и экономики», был польский профессор Томаш Гиаро (Tomasz Giaro) [Гаджиев, 2020: 117]. Проф. Э. Фиттипальди подметил оценку Петражицкого о «неосознанной экономической мудрости римских юристов» [Гаджиев, 2020: 118, сноска 1]. Это римские ученые-юристы подали пример того, что судьи должны при толковании норм права руководствоваться не только юридической логикой принятия решений, но и соображениями эффективности, которую Л. И. Петражицкий называл «народно-хозяйственной точкой зрения» [Гаджиев, 2020: 125].

По убеждению Л. И. Петражицкого, право не предполагает необходимость существования ни каких-либо организованных мер принуждения (принудительного аппарата государства и т.п.), ни наличия писаного права (закона). Государство — это всего лишь группа лиц, которым мы приписываем право заботиться об общем благе, и поэтому чувствуем себя обязанными подчиняться их велениям [Антонов, 2012: 152–153].

Вот и Ойген Эрлих, один из самых известных представителей социологии права, во вступлении к капитальному труду «Основоположение социологии права» писал: «центр тяжести развития права в наше время лежит не в законодательстве, не в юриспруденции и не в правоприменении, а в самом обществе» [Эрлих, 2011: 64].

По этим словам, пишет М. В. Антонов, нетрудно догадаться, какие цели ставил перед собой автор. Эрлих не скрывал того, что опровержение мифа о доминирующем значении государства в правовой жизни является основной целью его работы — для этой цели мыслитель обращается не только к обычному и торговому праву (в которых проявляется начало саморегулирования. — *Г. Г.*), к истории права, он также ссылается на современную ему доктрину и судебную практику, которые доказывали несостоятельность данного мифа.

Видимо, совсем неслучайно, что о необходимости демистификации права писал другой знаменитый социолог — Макс Вебер. В своей работе «Наука как призвание и профессия» он утверждал, что расколдовывание мира представляет собой длительный исторический процесс постепенного отказа от объяснения природных феноменов через мистические и иные потусторонние силы.

Вебер предложил сосредоточиться на выяснении мотивов поведения людей, их внутренних стимулов. В своей работе «Протестантская этика и дух капитализма» он на исторических примерах показал, что основным вектором развития западных обществ Нового времени стала рационализация социальной жизни, ее регламентация с помощью искусственных схем (т. е. — *ars.* — *Г. Г.*), моделей, стереотипов. В основе этого процесса лежит особая этика самоограничения, уважения закона и подчинения ему — этот строй нормативных представлений приводит людей к детальной регламентации их повседневной жизни, к капиталистическому производству в экономике, а в сфере государственной деятельности — к развитию масштабного бюрократического правового аппарата. Эта этика зародилась вместе с протестантством, которое отвергло характерный для католичества мистицизм и сделало религию практичной, понятной и объяснимой на языке, доступном всем. Подобная рационализация религии привела к тому, что

вместо традиций, обычаев, религиозных догм жизнь стала регулироваться формальным правом — набором норм, которые детально регламентируют внешний порядок общения и устанавливаются в расчете на рациональную и прагматическую стратегию адресатов норм [Антонов, 2023b: 285].

В юридической науке расколдовыванием (или демистификацией) [Ядов, Левин, 1989; Гаджиев, 2023: 149] стали обозначать процесс отказа от всего нерационального, одностороннего, таинственного (мистического).

Нахождению общих познавательных структур в психологической теории Л.И.Петражицкого, в представлениях о праве представителей правового реализма, школы экономического анализа права посвящена статья М.В.Антонова «Правовая теория Л.И.Петражицкого в ракурсе ее правового реализма» [Петражицкий, 2020: 136–149]. Он подметил, что подобное сравнение дает почву для проведения возможных параллелей и дальнейших сравнений; развитие правового реализма привело к формированию новых научных направлений, в которых по-новому осмысливаются актуальные методологические проблемы современного знания о праве. Критические правовые исследования, экономический анализ права и даже феминистская юриспруденция имеют свои методологические источники в правовом реализме.

Библиография к главе 1:

1. Антонов М. В. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 3. С. 10–25.
2. Антонов М. В. История правовой мысли России: конспект лекций. СПб., 2012.
3. Антонов М. В. (а) О меняющемся и неизменном в правовой действительности // *Ars iuris*. М., 2023. С. 84–107.
4. Антонов М. В. (б) Теория государства и права: учебник и практикум. М., 2023.
5. Гаджиев Г. А. Провозвестник дисциплины «Право и экономика» // О комплементарных культурных течениях и закономерностях разви-

- тия торговли / пер. с польск. Я. В. Болдинова; под ред. проф. Г. А. Гаджиева. М.: Статут, 2020. С. 116–136.
6. *Гаджиев Г. А.* Нуждается ли российское гражданское право в расколдовывании (демистификации) // Закон. 2023. № 9. С. 148–156.
 7. *Ницше Ф.* Генеалогия морали // Ницше Ф. Сочинения в 2 т. Т. 2. М., 1990. 829 с.
 8. *Петражицкий Л. И.* О комплементарных культурных течениях и закономерностях развития торговли // О комплементарных культурных течениях и закономерностях развития торговли / пер. с польск. Я. В. Болдинова; под ред. проф. Г. А. Гаджиева. М.: Статут, 2020. С. 27–69.
 9. *Эрлих О.* Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. 704 с.
 10. *Ядов В., Левин М.* Наука с темным прошлым и светлым будущим. М., 1989.

Глава 2

ФИГУРА КЛАССИЧЕСКОГО ФИЛОСОФА ПРАВА В УСЛОВИЯХ МЕДИАЛЬНОГО ПОВОРОТА: М. В. АНТОНОВ

Философия права, появившаяся задолго до науки, оформлялась в контексте сначала письменной, потом печатной книги, и во многом связана с идеалом книжности как основы учености. Модель гумбольдтовского университета утверждает образ кабинетного интеллектуала, виртуозно разбирающегося в широком спектре текстов. М. В. Антонов, отечественный философ права, получил признание во многом благодаря своей кропотливой работе с фундаментальными классическими (с точки зрения их значения для философии и теории права) работами, в которой широчайшая эрудиция становится основой нетривиальных интеллектуальных ходов, обнажающих далеко неочевидные (во всяком случае, до их артикуляции) доктринальные связи. Научное сообщество познакомилось с фундаментальным трудом О. Эрлиха «Основное положение социологии права» благодаря переводу М. В. Антонова. Не каждый правовед может позволить себе изысканную непринужденность при работе в разных типах правопонимания, с неизменным качеством исследуя таких разных мыслителей, как Д. Гурвич, О. Эрлих, Г. Кельзен, вскрывать сложнейшие проблемы коммуникативной теории права, правового реализма и интегрального правопонимания.

Сегодня Республика учености переформатируется в невидимый электронный колледж. Знаменательная дата, юбилей главного героя нашей главы, является хорошим поводом задуматься о том, как осуществляется академическая связь между поколениями в цифровом мире современной теории права, как научная мысль прорывается сквозь все новые форматы, побеждая книгами онлайн, как исследователь, чей интерес и любовь к кошкам куда

живее, чем любопытство к новым формам коммуникации, генерирует мощный цифровой след, обеспечивающий влияние на умы, даже если этот след сам по себе его совершенно не заботит.

Ответ на эти вопросы требует обращения к идее медиального поворота. По меткому замечанию В.В. Архипова, медиальный поворот есть специфическая социокультурная ситуация, в отношении которой верно утверждение о том, что «до медиального поворота медиареальность была объектом права, но сейчас происходит осмысление того, что право действует в медиареальности и само выступает в качестве ее объекта» [Архипов, 2019]. Последними теоретическими работами, трактующими системы массовой информации как основные для обществ XX века, считаются исследования Д. Маккуэйла. В 1982 г. совместно с С. Виндалем он публикует работу «Модели коммуникации», представляющую собой попытку систематизации теорий массовой коммуникации, а его единоличная книга «Теория массовой коммуникации», вышедшая в 1983 г., уже включает в себя теорию информационного общества [McQuail, 2010]. К концу 1980-х большинство исследователей массовой культуры переходят к изучению электронной коммуникации, начиная с коммерческого кабельного телевидения (в отличие от государственного вещательного ТВ оно было сегментировано и распространяло контент, опираясь на обратную связь с абонентами) и далее, прямо к интернету. До медиального поворота научная коммуникация концентрировалась в печатных и устных формах, в первой доминировала периодика естествознания, опирающаяся на международные экспертные сети, и жанр монографии в гуманитарных науках, вторая реализовывалась в научных форумах и «кулуарах» [Прайс, 1976].

К началу медиального поворота сложившаяся система научной информации, опиравшаяся на печатную периодику и книгоиздание, обеспечивала довольно высокую степень открытости и диалогичности методологических проектов. Однако медиальный переход к цифровым технологиям как основным формам репрезентации научного знания приводит к весьма существенным трансформациям в науке, трансформациям настолько серьезным, что новые качества науки стали трактоваться как свидетельство перехода к новому этапу развития, фиксируемому термином «тех-

нонаука» [Горохов, Декер, 2013; Юдин, 2016]. Его содержание отражает и новую укорененность науки в жизненном мире, предполагающую включение непрофессионалов в производство, распределение и потребление научного знания, и акценты на материальных основаниях науки, зависимость научного результата от предметной среды, используемой для его получения. Технонаука как область научного праксиса формируется на переднем крае современных передовых технологий, размывая границу между исследованием и инженерным/биомедицинским проектом, ориентированным не на массового потребителя, а на потребности конкретного индивида или локальной группы. Для гуманитарных областей научного знания, обеспечивающих не столько поддержание антропогенной среды, сколько совершенствование мировоззрения, характерна такая форма технонауки, как цифровая гуманитаристика, под которой понимают использование новых цифровых технологий для анализа любых артефактов (оно включает в себя любые аспекты гуманитарного изучения цифровых объектов, с одной стороны, и любые аспекты использования цифровых технологий при изучении гуманитарных объектов, с другой стороны) [Прозоров, 2017]. Стратегии цифровой гуманитаристики преимущественно индуктивны, т. е. формируются в основном на уровне эмпирических исследований.

На сегодняшний день нет ни одной области гуманитарных наук, не испытывающей влияния исследовательских программ цифровой гуманитаристики, при этом такое влияние только возрастает. Не является исключением и юридическая наука. Одним из самых явных последствий медиального поворота для нее выступает оформление науки информационного права в самостоятельную дисциплину; влияние цифровизации сказывается на расширении областей исследования подавляющего большинства отраслевых наук. Цифровой поворот намечается и на теоретическом уровне, примером является исследование методологических проблем технологизации и технологий научной деятельности в сфере юриспруденции С. В. Кодана [Кодан, 2022]. В его рамках автор показывает, как «создание новых исследовательских технологий и технологизация научно-исследовательской деятельности выходит на новый уровень сочетания традиционных процедур-

но-познавательных инструментов с возможностями включения в исследовательское пространство новых познавательных технологий различных социально-гуманитарных наук в исследовательское пространство юриспруденции» [Кодан, 2022: 61]. Этот процесс предполагает включение в классическую схему научной методологии особых соподчиненных уровней, описанных еще Б.Г.Юдиным, а именно конкретно-научную методологию (формирует общие принципы и требования работы с носителями социальной информации) и подчиненную ей процедурно-научную методологию (набор методологических инструментов-операций, соотносимых с конкретной технологией) [Юдин, 1997: 56, 64–68]. Расширяя эту идею, С.В.Кодан выдвигает следующую структуру технологизации и технологического знания в научной деятельности: субъект-субъективный уровень, объект-объективный уровень и информационно-коммуникативный уровень [Кодан, 2022].

Цифровое влияние медиального поворота на методологию правовых исследований сегодня не вызывает особых сомнений, однако это влияние трактуется в инфраструктурном ключе, новые технологические операции так или иначе обслуживают подготовку материала, ускоряя его обработку. Вопрос в том, может ли что-то измениться на верхнем уровне методологии, там, где основой теоретической работы мыслителя со времен Древней Греции является аристотелевская силлогистика и где, собственно, сами теории и выдвигаются как последовательность силлогизмов.

Любому историко-теоретическому исследованию, включая правовое, «цифра» сегодня может предложить новые способы объективации концептуальных связей, например, через наукометрические алгоритмы построения сетей цитирования и соавторства (используются метаданные журнальных публикаций) или через установление частотности использования ключевых слов внутри текстов. Цифровой наукометрический анализ также позволяет выявлять процессы включения в научный оборот инновационных идей и устанавливать их закономерности, отражающиеся в циклах диффузии идей. Известна, например, модель «спящей красавицы», разработанная в наукометрии для объяснения динамики исследовательского внимания, направленного на научные статьи, опередившие свое время. А.ван Раан, представивший

первое масштабное измерение «спящих красавиц», рассматривал в качестве последних публикации, которые долгое время оставались незамеченными (спали), а затем, почти внезапно, привлекали большое внимание (пробуждались «принцем») [Raan, 2004]. «Сон» публикации объясняется тем, что в данный момент содержащиеся в ней идеи некому развивать. Когда потенциальные «принцы» дорастают до оценки содержания «спящей красавицы», тогда и случается пробуждение. Разумеется, не каждая нецитируемая статья не цитируется только потому, что ее никто не понял: в большинстве случаев причины куда более тривиальны. Тем не менее, прорывные статьи, погружающиеся в молчание первое время после публикации, — не редкость. Ван Раан приводит в качестве экстремального пример десятилетнего «сна» публикации, опередившей свое время в теории струн. Отметим, что применимость цифровой наукометрической методологии имеет технические пределы, связанные с предметом исследования — научными базами данных, собирающими научные (преимущественно журнальные) публикации в цифровом формате. У большинства из них слишком слабая глубина («дном» выступает начало медиального поворота), кроме того, книжную полемику они отображают в весьма усеченном виде, поскольку на нее не ориентирован сам источник.

Более любопытные перспективы могут быть связаны с применением нейросетей для генерирования научных текстов. Нейросети — это нелинейный метод моделирования, в основе которого лежит метод обучения на примерах: пользователь нейросети подбирает определенную выборку данных (датасет), а затем запускает некоторый алгоритм обучения, который автоматически воспринимает структуру данных, запоминает информацию и в последующем может успешно распознать данные [Волокитина, 2021]. Сам метод является математическим и требует аппаратной и программной реализации. Ядром алгоритма является искусственный нейрон, повторяющий принцип работы живого нейрона, т. е. нелинейно преобразующий входной сигнал активации в выходной сигнал. Сети нейронов могут связываться по разным принципам архитектуры; выбор типа сети зависит от поставленных задач, из области решения которых и отбираются примеры для тренировки нейросети. Весьма вероятно, что нейросети станут одной

из массовых компонент компьютерной технологии в ближайшем будущем, поскольку потенциал их применимости включает в себя чтение, распознавание и генерацию текста и изображений, восприятие, распознавание и имитацию речи, анализ ситуаций, совершенствование робототехники и биопротезов. Однако ситуация изменилась после 12 июля 2022 года, когда началось бета-тестирование социальной сети Midjourney, интегрирующей обученную на огромном количестве нейросеть как технологию генерации изображений и чат-сервиса мессенджера Discord как интерфейса передачи пользовательского запроса нейросети. Midjourney предназначена для генерации изображений по описанию пользователя с возможностью переноса стиля. Ее использование не требует технических знаний, для него достаточно доступа к интернету и самому сервису (предполагается предварительная установка Discord). В результате взаимодействовать с нейросетью смогли самые широкие слои пользователей. Раньше нейросети были скорее экзотическими проектами для массового пользователя интернета, с ними работали специалисты, а обыватели в лучшем случае сталкивались с ними в контексте научной журналистики или научной фантастики. Разворот в сторону масс нейросети получили благодаря их внедрению в дизайнерские эстетические проекты. Но и в этом случае научное обсуждение их специфики подчинялось элитарной логике, основанной на противопоставлении творца и аудитории, автономизирующем роль агента применения нейросетей в контексте институализированного профессионального творчества.

Вполне традиционным является противопоставление человека и машины на основе способности к творчеству. Как показывает А. Н. Гуров, анализируя проблемы применения нейросетей в художественном переводе, эстетическое воздействие текста — это та задача, с которой нейросети пока не справляются [Гуров, 2021: 81]. Однако подавляющее большинство исследователей, занимающихся этой темой, разделяют уверенность, что такая демаркация является временной и будет преодолена. А. Н. Соколов с соавторами анализирует применение нейросетей в искусстве, показывая, что от рабочего инструмента (раскраска видео, новая комбинаторика видеообразов и т. п.) они постепенно приближа-

ются к роли соавтора, например, уже созданы фильмы, сценарии которых были сгенерированы специально обученной нейросетью ChatGPT [Соколов, 2021].

Все эти особенности нейросетей имели весьма далекое отношение к дискуссиям о развитии научной методологии в условиях цифровой гуманитаристики до февраля 2023 г., когда студент РГГУ Александр Жданов защитил по специальности «Менеджмент» диплом по теме «Анализ и совершенствование управления игровой организацией», написанный за один вечер с помощью нейросети ChatGPT [Нейросеть за один вечер..., 2023]. По сообщениям прессы, время написания диплома составило двадцать три часа. Этот случай вызвал широкий общественный резонанс, за студента в публичном пространстве вступилась Государственная Дума, Минобрнауки приняло решение не лишать его степени и не ограничивать доступ российских студентов к нейросети ChatGPT. Вопрос о том, насколько качественным был текст, получивший оценку «удовлетворительно», остается открытым. Однако с кейсом нейросетевого диплома связаны куда более интересные вопросы: для каких блоков научных статей (допустим, если исходить из структуры Imrad) перспективно применение нейросети и что вообще с ней можно и стоит делать при создании научных текстов? Ее возможности шире, чем простой обход систем проверки оригинальности текста, поскольку она как минимум может и существенно экономить время/усилия исследователя при анализе актуальной литературы, и упрощать и даже стандартизировать процедуры сравнения. До сих пор генераторы текста в науке использовались в качестве «бредогенератора» для обнаружения дефектов системы научного рецензирования (например, пресловутая статья «Корчеватель»), но и качество их работы было весьма далеким от сегодняшнего. Пока можно сказать, что нейросеть может масштабировать типовые материалы для комбинаторики, ассоциативный поиск новых сочетаний между типами продолжает оставаться за человеком.

Вернемся к изменениям в методологических стратегиях, связанных с научной работой исследователя-правоведа в условиях «цифры». Для теоретических исследований они означают как упрощение доступа к самим текстам (через оцифровку и выкладки

вание бумажных трудов и через цифровую форму опубликования, которую сегодня используют практически все периодические издания и большинство книжных), так и ускорение неформальной экспертизы, основанной на онлайн-обсуждениях в блогах и социальных сетях. В 2006 г. журналом Law Review Школы права Вашингтонского университета был выпущен номер, включивший в рубрику «Симпозиум» подборку материалов конференции Bloggership: How Blogs Are Transforming Legal Scholarship 28 апреля 2006 г., посвященной различным правовым проблемам, связанным с блогами, в которых активно обсуждался вопрос о том, какое влияние оказывают блоги на юридическую науку. К. Литвак, главный скептик данного мероприятия и единственный его участник, не имеющий собственного блога, считает, что несмотря на различные преимущества блогов, которые успешно просвещают, спланивают, влияют на политику и развлекают, они не способны изменить юридическую науку [Литвак, 2006]. Автор основывает свой вывод на специфике коммуникации в блогах, непригодной для полноценной научной дискуссии. Поскольку потенциальные компетентные комментаторы не заинтересованы в коммуникативных обменах в этой среде, блоговые комментарии слабо связаны с исходным постом и друг другом. Исходя из того, что за прошедшие с момента публикации семнадцать лет юридическая наука не превратилась в блог, этот вывод можно принять как состоятельный в оценке магистрального развития правоведения. Но это не значит, что блоги не дали ему вообще никаких преимуществ.

Они обсуждаются в остальных статьях рубрики. П. Л. Карон утверждает, что успешные правоведа часто бывают успешными блогерами, а сами по себе блоги «подталкивают» юридическую науку к коротким формам с открытым доступом и без посредников [Карон, 2006]. Он полемизирует со скептической позицией К. Литвака, показывая, что блоги связаны с обдумыванием, выдвижением и продвижением новых идей, обосновывая свою позицию через резюмирование положений основных участников конференции.

Г. Хериот придерживается «осторожного оптимизма» в оценке того, является ли блог в юридической науке уходом от ее чрезмерной схоластики или является развлечением и «баловством»

правоведов [Хериот, 2006: 1113]. Он считает блоги продолжением американской традиции времен принятия Конституции публиковать в газетах краткие содержательные эссе по теоретическим вопросам для широкой публики. Длинные и тяжеловесные статьи современников с длительным сроком публикации, по его мнению, мало влияют на широкую аудиторию и нечасто привлекают внимание аудитории профессиональной. Абстрактность и пространственность правовой науки герметично закрывает ее в самой себе. Блоги возвращают ученым-юристам и философам права, которых конкуренция практически выдавила из публичного дискурса как класс, позицию активистов, борющихся за справедливость и выступающих лидерами мнений. Внутренние ресурсы академии, по его мнению, не могут обеспечить их продвижение на рынке идей, а блогосфера как ресурс внешний может стать основой возвращения правоведам статуса «публичного интеллектуала». Сходные взгляды представлены в статье Х. Дж. Башмана, отстаивающей аргумент о том, что не все блоги профессоров права являются правовыми исследованиями, но некоторые вполне соответствуют этим критериям [Башман, 2006]. А. М. Фрумкин показывает, что юридические блоги — отличный инструмент для обмена, организации и развития идей, несмотря на все их технологические ограничения [Фрумкин, 2006]. Р. И. Барнетт настаивает на том, что блоги выступают такой же формой учености, как и классическое правовое исследование или устные дебаты [Барнетт, 2006]. Показательно, что большую часть полемики вокруг блогов он связывает с «грязной тайной» академической науки о праве: большинство профессоров права считают правовые исследования слишком скучными, чтобы серьезно и постоянно заниматься ими, при этом профессора права весьма искусны в умении избегать того, что они не хотят делать. Если блоги вызывают интерес и азарт открытия, значит, они вполне состоятельны в своем фундаментальном предназначении.

К. Харт и Т. Ёин исходят из поколенческого науковедческого анализа: они показывают, что блогерами чаще выступают имеющие степень молодые претенденты на должность, нежели штатные преподаватели [Харт, Ёин, 2006], связывая это обстоятельство с большим количеством досуга у преподающих членов академии. Ведение блога исследователи рассматривают как риско-

ванное предприятие, которое отнимает время от исследований, противопоставляет автора традиционной академии, делает его ошибки общеизвестными, его тексты — поверхностными, ставит его в сомнительное положение в контексте погони за повесткой («хайпом», как сказали бы сегодня). При этом Харт и Йин конкретизируют связь блогинга с академическим письмом, характеризуя первый как новую форму черновика и тренажера стиля, позволяющего при этом не отрываться от контекста резонансных кейсов, значимых для профессии. Блог может быть инструментом повышения репутации автора в профессиональной среде, но в этом случае он требует высокой самодисциплины, осмотрительности и такта от правоведа-блогера. Любопытно, что авторы приводят аргументы из блога Э. Олтхауз, показывающие, что против правоведа-блогеров работают страхи правоведов-неблогеров: «они не понимают, что делают блогеры, и беспокоятся, что мы сделаем что-то разрушительное или опасное с помощью нашей власти (такой, какая она есть!). Но они также не хотят знать, что это хорошо, потому что это порождает другой страх: от меня потребуют вести блог? Если ведение блога — это хорошо, будут ли они признаны неполноценными за то, что не ведут блог? И они, вероятно, уже, по крайней мере, немного завидуют повышенному авторитету своего коллеги» [Харт, Йин, 2006: 1239–1240]. Таким образом, демонстрируется в том числе и традиционная консервативность юридической науки, которая, тем не менее, не мешает блогам, по крайней мере, в некоторых случаях, становиться продуктивным средством установления диалога для тех, кто прямо (через аффилиацию) не инкорпорирован в академическую профессию.

Наиболее фундаментальной с точки зрения анализа сущности и форм теоретического правоведения является статья Д. А. Бермана, который настаивает на том, что блоги, как статьи и книги, всего лишь средство коммуникации, поэтому спор о том, могут ли они быть юридической наукой, не имеет особого смысла [Берман, 2006: 1043]. Он показывает, что развитие юридической науки отражает развитие средств массовой коммуникации, меняющих нормы как самой юридической деятельности, так и ее исследований [Берман, 2006: 1045]. Блоги дают мышлению теоретика краткость, освобождая его от бесконечного цитирования

промежуточных положений, включают в его сообщество разнообразные аудитории, что способствует выдвижению новых идей, закладывают уважение к разнообразным формам юридической науки, воссоединяют исследование, практику и преподавание, открывают новые возможности для междисциплинарных исследований, пополняют коллекцию кейсов для эмпирической базы исследований. В результате усиливается теряющаяся синергия между исследованием, преподаванием и гражданским служением профессоров права.

Рассмотренный блок текстов наметил дальнейшие векторы цифровизации, вполне оправдавшиеся в последующие годы. Развитие сервисов интернета привело к существенным изменениям в понимании того, что является «блогом». Закат популярности живых журналов был вызван расцветом социальных сетей, но если рассматривать блог как форму публичного комментария, развернутого по онлайн-стандартам и короткого по стандартам офлайн-форм, предполагающий отклик (от лайков-репостов до объемных ответов) всех заинтересованных пользователей, то он вполне себе стандартен для подавляющего большинства видов цифровой коммуникации. В этом формате он не является систематической формой бытования правовой науки, но в условиях пандемийного карантина стал рутинной и если не массовой, то широкой эпизодической практикой, к которой прямо или опосредованно прибегают философы и теоретики права, декларируя собственные или пересказывая чужие суждения. С этого времени так называемый «великий разрыв» (теоретическое противопоставление цифровой и печатной культуры) уходит в прошлое.

Сами по себе цифровые форматы зависят от национальной специфики цифровизации. В США, например, где развитость авторского права привела к быстрой институализации научного цифрового контента, блоги с начала XXI в. аккумулировались вокруг университетских платформ, что обеспечивает их устойчивость и стабильность. Так, в рассмотренном выпуске *Washington University Law Review* отмечался блог Познера-Беккера (<https://www.becker-posner-blog.com>) как «увлекательный», непосредственно способствующий «междисциплинарному сотрудничеству в области научных исследований» и «посвященный исключи-

тельно выражению научных идей» [Берман, 2006: 1043, 1051]. Сами авторы, судья Ричард Познер и нобелевский лауреат Гари С. Бекер, хорошо известны российскому читателю, первый — как философ права, второй — как экономист. В литературе последних лет их блог продолжает считаться примером успешного и влиятельного формата научных дискуссий [Бриз, 2019]. Известны философско-правовые работы, использовавшие интернет-субкультуру как стилистический инструмент, среди которых наиболее яркими являются работы П. Шлага [Шлаг, 2017].

В нашей стране собственно авторские блоги философов права — скорее исключительные случаи, но их представленность в сети «Фейсбук» (проект компании Meta Platforms Inc., деятельность которой в России запрещена) до февраля 2022 г. была довольно высокой. В ковидный период даже самые консервативные правоведа использовали онлайн-ресурсы для общения, все профильные конференции проводились в онлайн-формате, наиболее популярным периодическим мероприятием был семинар «В поисках теории права» (Юридический факультет НИУ ВШЭ СПб., И. И. Осветимская и Е. Г. Самохина). Самым известным среди теоретиков права был и продолжает оставаться ресурс «ЮрКлуб» (<http://forum.yurclub.ru>), в котором временами появлялись интересные дискуссии и, что более важно, выкладывались полнотексты редких изданий по философии и теории права.

В целом медиальный поворот в теоретическом правоведении имел кумулятивный характер и происходил постепенно, за исключением скачка ковидных лет. В первую очередь он опирался на неформальное представление в цифровой форме текстов-источников, предполагая их оцифровку и предоставление к ним свободного доступа (в нашей стране это были полнотексты с бесплатного хостинга Народ.ру). Во вторую очередь он был связан с институализацией цифровой периодики, аккумулируемой сегодня на портале elibrary.ru. На третьем этапе он перешел к расширению эпизодических интернет-обсуждений, предварительных и последующих по отношению к публикуемым текстам, в формате онлайн-конференций.

В целом медиальный поворот ускоряет введение в научный оборот новых и редких текстов, расширяет сам корпус источ-

ников, доступных исследователю, и обнажает «обдумывание» положений и их предварительное и последующее обсуждение, которое в культуре печатной книги осуществляется в «кулуарной», неформальной коммуникации, осуществляемой устно и потому слабо прозрачной для исследований.

В такой цифровой среде медиаприсутствие не обязательно является результатом прямой интенции исследователя, оно может формироваться через создаваемые им научные тексты, траектория диффузии которых определяется их включенностью в образовательный процесс. Участие в современных конференциях и сдача статей в печать приводит к тому, что тексты легко выходят из-под контроля. Кто из российских преподавателей не обнаруживал фрагменты собственных исследований на Студопедии.ру и прочих банках рефератов? Но этот процесс не сводится к серой зоне неэтичного оборота текстов. Люди и идеи, вызывающие интерес, неизменно становятся основой обсуждений в интернете, как открытых, так и закрытых.

Сами эти обсуждения могут быть вписаны в различные институциональные контексты, наиболее влиятельными из которых являются два: контекст научных исследований и контекст учебного процесса. Первый представлен наукометрической информацией профильных баз данных. На февраль 2023 г. из РИНЦ можно было узнать, что М. В. Антонов является автором 189 научных публикаций, 67 из которых входят в ядро РИНЦ, 20 статей в зарубежных журналах, 100 — в российских, 78 — в журналах из перечня ВАК; Индекс Хирша 15, процентиль в рубрике 505. Law 2. Самой цитируемой работой является перевод М. В. Антоновым труда О. Эрлиха «Основоположение социологии права» [Эрлих, 2011], 180 ссылок; самой цитируемой единоличной статьей — «Социология права Георгия Давидовича Гурвича» [Антонов, 2003], 33 ссылки. Второй контекст будет рассмотрен ниже.

Пересечение этих контекстов переводит нас в плоскость той самой синергии между исследованием, преподаванием и гражданским служением, к которой апеллировал Д. А. Берман. Ее специфика раскрывается через процессуальность, отражающую инкорпорацию студента в практику исследований и, позднее, в юридическую и/или академическую профессию. Первое впечатление от

ученого формируется через начальный контакт с ним как с преподавателем, который потом переосмысливается по мере взросления студента, его перехода в статус выпускника-профессионала. Интерсубъективные процессы признания в этой рамке разнонаправлены, подчинены последовательности реальных коммуникативных актов живого и преимущественно формального общения, и, очевидно, личностно и эмоционально окрашено. Поскольку студент всегда включен в группу, его персональная (не)удовлетворенность испытывает влияние со стороны локального общественного мнения, логика которого далеко не последовательна, но именно она в итоге формирует цифровой след пассивного (непреднамеренного) медиаприсутствия.

Если обратиться к примеру героя нашей главы, юбилею которого посвящено настоящее издание, то можно конкретизировать данную гипотезу. Согласно сайту НИУ ВШЭ, М. В. Антонов дважды был признан лучшим преподавателем студентами вуза [Антонов, 2023]. Сам факт этого признания администрация использует для стимулирования работы преподавателя, а в качестве механизма применяется конкурс, в котором сравниваются результаты анкетирования студентов. Многолетние наблюдения за выбором номинантов из числа преподавателей кафедры теории и истории права и государства свидетельствуют о том, что зачастую большинство студентов голосует за лояльных преподавателей, работа с которыми не создает ощутимых проблем для успеваемости студентов, а чувство юмора способствует непринужденной, комфортной обстановке обучения через развлечение. По мере того, как преподаватель начинает жестко контролировать учебную дисциплину через снижение оценок, он чаще всего выбывает из официальных рейтингов. Но открывается другой канал формирования цифрового следа, представленный креативным использованием средств интернет-культуры, с помощью которых пользователи выражают свое отношение к людям, миру и событиям.

Ведущим инструментом студенческого креатива являются мемы, в которых через клишированное изображение и ироничный комментарий формируется типовая оценка, а сами авторы всегда остаются анонимными, поскольку сам факт публикации мема никак не проливает свет на историю его создания [Тихонова, Ар-

тамонов, 2021]. Фигура преподавателя превращается в мем-персонаж. Поскольку студенты прекрасно отдают себе отчет о рисках публичной оценки, для тиражирования своих произведений они используют закрытые группы социальных сетей, непрозрачные для преподавателей. Утечки из них являются большой редкостью, но, тем не менее, нам удалось получить несколько образцов (рис. 1, рис. 2, рис. 3). Если исходить из этих экземпляров цифрового народного творчества студентов, М.В. Антонов отличается повышенной требовательностью и глубоко впечатляет студентов бездной своей эрудиции.



Рис. 1



Рис. 2



Рис. 3

Экспликацию такого «тайного» контекста обеспечивает обращение к ритуальным студенческим практикам инициационного типа. Известно, что студенты старших курсов на посвящении дарят первокурсникам атрибутику с фотографией М. В. Антонова, полученной скрытым фотографированием на смартфон. Среди такой атрибутики нами были обнаружены несколько видов кружек (на одной изображено фото М. В. Антонова, на другой — цитаты профессора на фоне здания университета), а также футболка с изображением М. В. Антонова и надписью «Антонов смотрит за тобой». Техника получения изображения усиливает комичность результата, а она, в свою очередь, усиливает контрофициальный статус ритуальной практики.

Таким образом, медиаприсутствие нашего героя отнюдь не поверхностно, и это несмотря на то, что он не прилагает никаких

осознанных усилий для его формирования. Возможно, именно по причине их отсутствия содержательно медиаприсутствие формируется на искажении данных. Последнее мы установили, обратившись к чату GTP, тому самому, с помощью которого студент РГГУ написал свой диплом за один день.

Е. С. и С. Т.: Чем известен правовед М. В. Антонов (НИУ ВШЭ СПб)?

ChatGPT: Михаил Владимирович Антонов является известным российским правоведом, автором множества научных трудов в области математического и компьютерного моделирования правовых процессов. Он также является членом Российской ассоциации правоведов и профессором Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» — Санкт-Петербург. Он также является редактором ряда правовых журналов и исследователем в области права и правоповедения.

Е. С. и С. Т.: Что важного установил М. В. Антонов при анализе взглядов Г. Кельзена?

ChatGPT: М. В. Антонов установил, что взгляды Г. Кельзена на право и общество основываются на идее индивидуальной свободы, которая должна быть признана и охраняться правительством. Он аргументирует, что люди должны быть свободны делать то, что они считают нужным, при условии, что они не нарушают права других. Он также признает, что правительство должно проявлять меры по защите индивидуальных свобод и прав граждан.

Е. С. и С. Т.: Каких результатов достиг М. В. Антонов при анализе социологической школы права?

ChatGPT: М. В. Антонов достиг ряда важных результатов при анализе социологической школы права. Он выделил и определил сущность социологической школы права, а также сформулировал ее принципы, идеи и подходы. Также Антонов описал принципы этой школы, в том числе принципы правосубъективности, правоприменительного права и демократического права. Он также выявил некоторые из основных идей, например, идею социального права, идею нормативной связи между правом и обществом, идею права, связанного с интересами всех граждан, и другие идеи. Он также проанализировал и оценил вклад всех ключевых фигур социологической школы права в развитие этой школы и привнес

объективный вклад в анализ и изучение социологической школы права.

Е. С. и С. Т.: В каких областях правоведения М. В. Антонов считается признанным авторитетом?

ChatGPT: М. В. Антонов является признанным авторитетом в следующих областях правоведения: 1. Гражданское право; 2. Семейное право; 3. Трудовое право; 4. Международное частное право; 5. Административное право; 6. Право налогообложения; 7. Общая теория права; 8. Конституционное право; 9. Уголовное право.

Е. С. и С. Т.: За что философы права ценят М. В. Антонова?

ChatGPT: М. В. Антонов является одним из наиболее влиятельных и выдающихся русских философов послевоенной эпохи. Он ценится за свою способность анализировать сложные философские проблемы с точки зрения истории и культуры, а также за свое умение связывать диалектическую методологию с современными проблемами. Он также известен своими исследованиями о русской философии, истории и культуре.

Е. С. и С. Т.: За что профессора кафедры теории и истории права и государства НИУ ВШЭ СПб М. В. Антонова любят студенты?

ChatGPT: Студенты любят профессора кафедры теории и истории права и государства НИУ ВШЭ СПб М. В. Антонова за его профессионализм, доступность и понимание студентов. Он регулярно проводит встречи со студентами, где они могут задавать ему вопросы и обсуждать проблемы, касающиеся права и государства. Также профессор всегда готов рассмотреть сложные правовые вопросы и помочь студенту найти наилучшее решение.

Е. С. и С. Т.: Почему студенты-юристы НИУ ВШЭ СПб дарят первокурсникам кружку с фотографией профессора М. В. Антонова?

ChatGPT: Профессор М. В. Антонов является уважаемым и престижным ученым, преподавателем и профессором факультета юриспруденции НИУ ВШЭ СПб. Он занимается преподаванием юридических дисциплин и является автором многих публикаций по юриспруденции. Студенты-юристы НИУ ВШЭ СПб дарят первокурсникам кружку с фотографией профессора М. В. Анто-

нова, чтобы привлечь внимание к юриспруденции и показать им уважение к значимой для них особе.

Е. С. и С. Т.: Что нейросеть думает о вкладе профессора кафедры теории и истории права и государства НИУ ВШЭ СПб М. В. Антонова в теорию государства и права?

ChatGPT: Ответ ChatGPT не получен, пожалуйста, повторите попытку через 15 минут.

Комментарии к осведомленности нейросети о научных достижениях юбиляра излишни. Конечно, чем чаще его студенты будут обращаться к чатботу при написании своих квалификационных работ, тем больше будет узнавать о работе М. В. Антонова нейросеть. Приведенный «диалог» наглядно показывает проблемы медиатизации фигуры классического ученого в условиях цифрового поворота. А авторы поздравляют своего героя с юбилеем и на этом заканчивают свой анализ.

Библиография к главе 2:

1. *Антонов М. В.* Социология права Георгия Давидовича Гурвича // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2003. № 2 (247). С. 218–234.
2. Антонов Михаил Валерьевич [Электронный ресурс]. URL: <https://www.hse.ru/org/persons/23948027> (дата обращения: 14.02.2023).
3. *Архипов В. В.* Семантические пределы права в условиях медиального поворота: теоретико-правовая интерпретация: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб.: СПбГУ, 2019. 757 с.
4. *Волокитина Т. С.* Нейросеть для распознавания изображений // Современные научные исследования и инновации. 2021. № 3 (119). С. 123–134.
5. *Горохов В. Г., Декер М.* Социальные технологии прикладных междисциплинарных исследований в сфере социальной оценки техники // Эпистемология и философия науки. 2013. № 1. С. 135–150.
6. *Гуров А. Н.* Художественный перевод как непреодолимое препятствие для нейросетей // Казанская наука. 2021. № 7. С. 81–83.
7. *Кодан С. В.* Глава 3. Научная деятельность в сфере юриспруденции: методологические проблемы технологизации и технологий // Юридическая деятельность: содержание, технологии, принципы, идеа-

- лы: монография / под общ. ред. О. Ю. Рыбакова. М.: Проспект, 2022. С. 33–61.
8. Нейросеть за один вечер написала диплом за российского студента. Преподаватели в шоке — как теперь проверять знания? [Электронный ресурс]. URL: <https://www.msk.kp.ru/daily/27460/4714947> (дата обращения: 09.02.2023).
 9. *Прайс Д. Дж. де С.* Тенденции в развитии научной коммуникации — прошлое, настоящее, будущее // Коммуникация в современной науке / под ред. Э. М. Мирского, В. Н. Садовского. М.: Прогресс, 1976. С. 93–109 .
 10. *Прозоров И. Е.* Соотношение библиографической и аналитической деятельности в цифровую эпоху // Труды Санкт-Петербургского государственного университета культуры и искусств. 2013. Т. 197. С. 142–145.
 11. *Соколов А. Н., Зиганишина Е. А, Кресова В. П., Соловова Д. Д.* Нейросети в современном искусстве // Вестник Тюменского государственного института культуры. 2021. № 3 (21). С. 189–193.
 12. *Тихонова С. В., Артамонов Д. А.* Историческая память в социальных медиа. СПб.: Алетейя, 2021. 264 с.
 13. *Шлаг П.* Спамовая юриспруденция, право из воздуха и беспокойство о рейтингах в связи с тем, что ничего не происходит / пер. Е. Г. Самохиной // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2017. № 1. С. 135–174.
 14. *Эрлих О.* Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. Санкт-Петербургский государственный университет. СПб.: Изд-во С.-Петерб. гос. ун-та, 2011. 704 с.
 15. *Юдин Б. Г.* Технонаука и «улучшение» человека // Эпистемология и философия науки. 2016. Т. 48. № 2. С. 18–27.
 16. *Юдин Э. Г.* Методология науки. Системность. Деятельность. М., 1997. 444 с.
 17. *Barnett R. E.* Caveat blogger: blogging and the flight from scholarship // Washington University Law Review. 2006. Vol. 84. Iss. 5. P. 1145–1148.
 18. *Bashman H. J.* The battle over the soul of law professor blogs // Washington University Law Review. 2006. Vol. 84. Iss. 5. P. 1257–1261.
 19. *Berman D. A.* Scholarship in action: the power, possibilities, and pitfalls for law professor blogs // Washington University Law Review. 2006. Vol. 84. Iss. 5. P. 1043–1060.
 20. *Breeze R.* The Practice of the Law Across Modes and Media: Exploring the Challenges and Opportunities for Legal Linguists // Legal Linguistics

Beyond Borders: Language and Law in a World of Media, Globalisation and Social Conflicts: Relaunching the International Language and Law Association (ILLA). Vol.2. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2019. P.291–314.

21. *Caron P.L.* Are scholars better bloggers? Bloggership: how blogs are transforming legal scholarship // *Washington University Law Review*. 2006. Vol. 84. Iss. 5. P.1025–1042.
22. *Froomkin A.M.* The plural of anecdote is “blog” // *Washington University Law Review*. 2006. Vol. 84. Iss. 5. P. 1149–1155.
23. *Heriot G.* Are modern bloggers following in the footsteps of publius? (And other musings on blogging by legal scholars) // *Washington University Law Review*. 2006. Vol. 84. Iss. 5. P. 1113–1126.
24. *Hurt Ch., Yin T.* Blogging while untenured and other extreme sports // *Washington University Law Review*. 2006. Vol. 84. Iss. 5. P. 1235–1255.
25. *Litvak K.* Blog as a bugged water cooler // *Washington University Law Review*. 2006. Vol. 84. Iss. 5. P. 1061–1070.
26. *McQuail D.* *Mass Communication Theory*. 6th ed. London: Sage, 2010. 632 p.
27. *Raan A.F.J. van.* Sleeping Beauties in science // *Scientometrics*. 2004. Vol. 59. No. 3. P.467–472.

Раздел II

**ПРОБЛЕМЫ НОРМАТИВНОСТИ ПРАВА:
ПОСТКЛАССИЧЕСКИЙ
ПЕТЕРБУРГСКИЙ ПОДХОД**

Глава 3

ИДЕЯ НОРМАТИВНОСТИ ПРАВА И ОБЩЕСТВЕННЫЙ ИДЕАЛ: ПЕТЕРБУРГСКИЙ ПОДХОД*

...По мнению Л.Петражицкого, добросовестный исследователь, который сумеет взглянуть на право сквозь призму его исторической роли, заметит, что оно постоянно и систематически побуждает к справедливости, правдивости, доброте, доброжелательности и уважению к своей и чужой собственности. Именно право пробуждает в человеке эмоции, ориентированные на благо других людей. Тем самым оно расширяет социальный круг предметов любви. Caritas generalis, всеобщая любовь становится светом и ориентиром для всех прочих нормативных принципов, также и для права. Хотя его источником является несовершенство человека, но шаг за шагом оно приближает род людской к земному Царству Любви. И поэтому — хотя право, устанавливаемое людьми, часто бывает несовершенным — его следует уважать.

Анджей Койдер

Психология как наука медленно, но неуклонно отрывается от своих гуманитарных корней, чтобы присоединиться к наукам о мозге. Этот неумолимый сдвиг напрямую связан с возникновением новых методов исследования мозга, которые раскрывают нейробиологическую природу нашей психической и эмоциональной жизни.

Дэниел Гоулман

3.1. Генезис нормативности права: естественно-научное обоснование

Существование в человеческом обществе такого феномена, как нормативность, нуждается в научном объяснении. Подобное объяснение, равно как и поиск истоков нормативности, не исклю-

* Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 24-28-00976, <https://rscf.ru/project/24-28-00976/>.

чает обращения к различным метафизическим и религиозным представлениям об этом феномене, но не предполагает, что иррациональная вера в трансцендентное начало сама по себе может явиться достаточным, а тем более единственным основанием для объяснения существования идеи нормативности и ее содержательного наполнения. Такой подход позволяет не только лучше понять феномен правовой нормативности, но и дает возможность для наиболее эффективного использования полученных знаний в существующих правовых системах, в том числе дает больше возможностей определиться с тем, что традиционно именуется политико-правовым или общественно-правовым идеалом. Ведь без знания того, как и для чего возникает и существует правовая нормативность, само ее использование и применение на практике лишается смысла.

Стремление понять природу нормативности находилось и находится в центре внимания различных правовых направлений в современной философии и теории права. Классическим примером идейного противостояния по этому вопросу являются позиции сторонников различных видов правового позитивизма и юснатурализма. Значительный вклад в прояснение позиций участников этих дискуссий внес М.В. Антонов [см.: Антонов, 2021b: 160–170; Антонов, 2021с: 29–61; Антонов, 2022: 30–46 и др.]. Мне также довелось плодотворно обсудить с профессором Антоновым ряд принципиальных вопросов, что позволило скорректировать некоторые тезисы и уточнить определенные нюансы, в том числе в собственных правовых построениях [см.: Поляков, 2021а: 152–193; Поляков, 2022b: 40–82], на которые я и буду частично опираться в ходе дальнейшего изложения своей позиции.

Отмечу, прежде всего, неразрывность связи самого понятия нормативности с идеей должного, долженствования как такового. Появление в обществе нормативности происходило одновременно с появлением представлений о должном поведении, о том, что делать можно, а что делать запрещено. В свою очередь сама возможность формирования представлений о должном связана с прескриптивным языком межличностной коммуникации, который, по-видимому, даже предшествовал языку дескриптивному [Пинкер, 2004: 182–218; Поппер, 2012: 119–127].

Сами представления о должном и недожном (запрещенном) формировались в человеческом обществе на основе двух доминирующих, но разнонаправленных инстинктов, сопровождающих существование и развитие человеческого общества с начального момента его возникновения. Это инстинкт сохранения собственного индивидуального существования, на базе которого формируется представление о ценности Я (Эго) и так или иначе понимаемой ценности эгоизма, и инстинкт сохранения и воспроизводства общества как сверхличного образования, с которым связано формирование ценности «Священного» и требуемого для этого альтруизма [Уилсон, 2019: 25–34]. Согласование этих разнонаправленных ценностей уже на уровне подсознания человека и определяет его первичные представления о должном и о морально-правовой нормативности [Поляков, 2022а: 30–42].

С этих позиций нормативность — это следствие адаптационной способности человека, существующего не только в природной, но и в социальной среде. Нормы выступают своего рода адаптационными комплексами, способствующими выживанию человека и общества¹. Именно из этого «вырастает» нормативность, формируясь в сознании членов общества как представления о должном поведении, разрешающем, запрещающем или обязывающем к совершению определенных социальных коммуникативных актов². В формирующихся представлениях о должном реализуется

¹ Взаимосвязь биологического и символического (культурного) в человеке отмечает Е. А. Лукашева, которая выступает в последних публикациях убежденным сторонником натурализации теории права. Она, в частности, выделяет среди наук эволюционную психологию как науку «об истории и адаптивной функции разума» [Лукашева, 2019: 15]. Она убеждена в том, что включение в исследование всех элементов, определяющих поведение человека, позволяет создать интегративную теорию природы человека и культуры. Такая теория, полагает она, возможна при условии объединения усилий биологов, эволюционистов, с одной стороны, и психологов и представителей других гуманитарных наук — с другой [Лукашева, 2019: 16].

² «Предоставление или передача информации от одной особи к другой оказывается полезным с точки зрения выживания для всех представителей вида, проживающих компактно на данной территории... Соответственно, коммуникабельность наших предков послужила причиной их выживания и развития. Для подтверждения этой гипотезы мы сегодня располагаем некоторыми данными», — пишет Е. А. Лукашева [Лукашева, 2019: 19].

стремление сделать собственное существование в обществе предсказуемым и безопасным. Страх перед возможными опасностями и отвращение к определенным, вызывающим такой страх ситуациям, лежит в основе первичных социальных норм. Также с этим процессом связаны и позитивные эмоции, возникающие в связи с действиями, ведущими к достижению поставленной цели, получению ценного результата, способствующему социальному благу.

Объясняемый подобным образом нормогенез не является чем-то неизвестным науке. Доказательства, подтверждающие возможность подобного обоснования, можно найти как в классических сочинениях на эту тему, так и в трудах современных нейробиологов [Поляков, 2022а: 37–38]. Необходимо отметить, что в основе нормогенеза находятся не рациональные аргументы, а иррациональное (инстинктивное) восприятие. Эмоциональная составляющая человеческой личности является природным индикатором, позволяющим в наиболее очевидных ситуациях воспринимать поведение людей как желательное или нежелательное. Как отмечает, например, нейробиолог А. В. Марков, отвращение у людей делится на «первичное» и «вторичное». Первичное отвращение — это бессознательная психическая реакция на то, что потенциально может представлять опасность для здоровья или жизни человека (например, стремление избежать контактов с заразой). Оно сформировалось в ходе эволюционного отбора и изначально получает нормативное значение. Вторичное отвращение носит моральный характер и относится уже к абстрактным понятиям. Ученый констатирует, что во всех без исключения человеческих культурах принято распространять слова и понятия, обозначающие объекты первичного отвращения, на людей, нарушающих моральные или общественные нормы [Марков, 2021: 391]. Следуя этой логике, отвращение и страх вызывали в первую очередь такие действия, которые ставили под угрозу жизнь и телесную целостность других людей. С вызываемым определенными действиями отвращением, по-видимому, связано и стремление выявлять и наказывать нарушителей социального порядка и любителей демонстрировать девиантное поведение [Марков, 2021: 385–391].

Все это означает, что в основе нормогенеза лежат определенные эмоции, отражающие в первую очередь интуитивное,

а уже потом рациональное отношение к тем или иным действиям людей, составляющих человеческое общество, и формирующим представления о ценностях. И в этом контексте изложенные идеи находили отражение в учении Л.И.Петражицкого о праве как психологическом (социо-психологическом) феномене [Поляков, 2022а: 34–39]. Как известно, Петражицкий возглавлял Петербургскую школу философии права и инициировал появление нового направления правовой мысли, развиваемого его учениками. Его идеи оказали сильное воздействие на формирование правовых учений за рубежом [см.: Петербургская школа философии права: К 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого, 2018].

3.2. Эволюционизм и учение Л. И. Петражицкого об общественном идеале

Одной из важнейших идей правового учения Л. И. Петражицкого была дарвинистская идея эволюционного развития права в направлении служения человеку и человечеству в целях достижения общественного идеала. Поискам общественного идеала были посвящены труды многих российских философов права и мыслителей того времени, достаточно вспомнить капитальный труд П. И. Новгородцева (впервые опубликованный в 1917 г.) «Об общественном идеале». Но если проф. Новгородцев в своем сочинении пытался обосновать крушение идеи земного рая и выдвигал цель бесконечного человеческого совершенствования [Новгородцев, 1991: 17] (причем это обоснование связывал с той же эволюционной теорией Дарвина [Новгородцев, 1991: 72–89]), то Л. И. Петражицкий, по справедливому замечанию А. Койдера, приведенному выше, цель исторического развития человечества видел в приближении к земному раю, к «земному Царству Любви» [Койдер, 2010: LXXI]³.

Мысли по этому поводу ученый высказывал уже в своих ранних произведениях, не изменил он своим убеждениям и в поздних

³ Для понимания специфики учения Петражицкого и его учеников в контексте рассматриваемой проблематики особое значение имеют труды Е. В. Тимошиной. См., напр.: [Тимошина, 2010; Тимошина, 2013; Тимошина, 2018; Тимошина, 2022].

трудах [Петражицкий, 2010с: 878–879]. Данная проблематика проходит красной нитью и через его основное сочинение — «Теорию права и государства в связи с теорией нравственности», впервые опубликованное в 1909 году. Завершающую часть этого трактата, главу VI, Л.И.Петражицкий посвятил характеристике двусторонней *причинной* связи права с процессами «социально-психической» жизни. Данную связь мыслитель видел в том, что право, с одной стороны, является «фактором социально-психической жизни и ее развития», поэтому оно вызывает определенные процессы в области психики и поведения людей. С другой стороны, право само есть «продукт действия известных социально-психических процессов»; оно «создается и изменяется ими по законам причинной связи» [Петражицкий, 2000: 589]⁴. Уже из этой краткой формулировки вытекает то, что ученый понимал право *par excellence* не как творение человека, а как феномен, возникающий помимо воли и сознания людей.

Пытаясь объяснить эти процессы и связанные с ними законы, Петражицкий обращается к эволюционному учению Ч. Дарвина. «Дарвинистическая социология», по мысли петербургского ученого, пытается объяснить социальные явления, в том числе нравственность и право, как «продукты естественного бессознательного приспособления к жизни путем скорейшего вымирания менее приспособленных и сохранения и наследственной передачи изменений к лучшему в направлении приспособления к жизни» [Петражицкий, 2000: 594].

Можно констатировать, что идеи Петражицкого не только в отношении происхождения права, но и в контексте его психологической теории права необходимо рассматривать как один из ранних вариантов натурализации научных знаний о праве. Под натурализацией в методологическом смысле можно понимать использование естественно-научных методов и получаемых

⁴ В этом концептуальном замысле можно увидеть определенное сходство с объяснением генезиса нормативности социальных институтов у А.Шюца, П.Бергера и Т.Лукмана. Социальный мир с позиций социологической феноменологии создается за счет человеческой экстернализации (объективации, институционализации), но затем созданный мир интернализируется сознанием своих создателей [Бергер, Лукман, 1995: 80–290].

при этом данных для объяснения права [Брожек, 2017: 92]. Лев Иосифович научной методологией считал эмпирические методы, в частности, метод интроспекции. Современные нейронауки для объяснения происхождения и взаимозависимости психических, эмоциональных и рациональных представлений о праве и нравственности опираются, в том числе, на нейроимиджинговые методы исследования мозга человека [Ключарев, Шмидс, Шестакова, 2011: 14–35].

Нейронаучные исследования, проводимые во всем мире, не оставляют сомнений в том, что понимание человеческого поведения, а значит, и понимание права, зависит, в том числе, от наших знаний закономерностей функционирования человеческого мозга, сформировавшихся в ходе эволюционного развития. Полученные данные достаточно убедительно подтверждают, как уже было отмечено выше, что некоторые базовые, универсальные ценностные предпочтения, а также интуитивные нравственные представления имеют эмоциональную природу и определенную приоритетность в человеческом поведении. Но они также убеждают в том, что поскольку наряду с причинным объяснением в философии права существует и ценностное объяснение, полная натурализация знаний о праве невозможна (а именно к этому стремился Л.И. Петражицкий). Поэтому нормативная (ценностная) философия права сохраняет свое значение и должна лежать в основе современной политики права.

Обращение Л.И. Петражицкого к учению Дарвина не случайно. Судя по всему, ученый хорошо знал основные труды Дарвина. Возможно, он их изучал в бытность студентом медицинского факультета Киевского университета в 1885–1886 гг. В частности, можно предположить его знакомство с работами «Происхождение человека и половой отбор» (1871) и «Выражение эмоций у человека и животных» (1872). В этих книгах можно найти идеи, которые, как представляется, были восприняты Петражицким и нашли отражение в его взглядах на эволюцию права и нравственности, на понимание общественного идеала⁵.

⁵ Как пишет А.Койдер, «Из трудов Петражицкого видно, что он разделял эволюционистское воззрение, согласно которому все поступки активизируются (мотивируются) потребностями организма, внутренние психические “силы”

Так, в работе «Происхождение человека и половой отбор» Дарвин отстаивал мысль, согласно которой умственные и нравственные способности человека возникают, совершенствуются и развиваются под влиянием естественного отбора, в том числе передаваясь по наследству [Дарвин, 1953: 240–241]. Нравственность и право при таком подходе являются необходимым средством для выживания и развития человека, для развития по пути прогресса. Такие «общественные» нравственные чувства, по Дарвину, сродни инстинкту. Они с необходимостью возникали у древнего человека для того, чтобы он мог жить совместно с другими сородичами и выполнять общественные функции. Мыслитель пришел к выводу о том, что древние люди испытывали «неудобство» вдали от своих товарищей, поскольку между ними имела место «известная степень любви». Они должны были предупреждать друг друга об опасности и помогать один другому при нападении и обороне. Все это предполагает «известную степень сочувствия, верности и храбрости» [Дарвин, 1953: 242]. Такие общественные качества, убежден Дарвин, были приобретены путем естественного отбора с помощью унаследованной привычки [Там же]. Но наиболее сильным побудителем к развитию «общественных добродетелей» Дарвин считал общественное мнение в виде одобрения или порицания соответствующих действий со стороны окружающих («ближних»). Любовь к похвалам и страх позора в отношении совершаемых поступков, равно как и одобрение или осуждение поступков других, обусловлены, по Дарвину, «инстинктом участия», а сам этот инстинкт был приобретен, подобно всем другим общественным инстинктам, путем естественного отбора [Дарвин, 1953: 243].

Английский ученый также полагал, что, помимо наследственности, необходимые нравственные качества древние люди полу-

которого (влечения, побуждения) имеют адаптивную функцию по отношению к среде и происходящим в ней изменениям, обуславливают выживание и постепенное фило- и социоцентрическое развитие, содействуют возрастающей унификации и координации общественных отношений» [Койдер, 2010: LVIII]. Далее профессор отмечает, что Петражицкий отнюдь не был одинок, когда обращался к традиции эволюционизма в поисках ответа на волновавшие его вопросы. Дарвинистская эволюционная концепция в XX веке играла, по мнению Койдера, «едва ли не парадигмальную роль» при рассмотрении фундаментальных проблем человеческой мотивации [Койдер, 2010: Сноска 39].

чали из собственного опыта. По мере того, как «мыслительные способности» и «предусмотрительность» членов племени совершенствовались, каждый из них, полагал Дарвин, мог легко убедить, что, помогая другим, он обыкновенно получал помощь в свою очередь. «Из этого себялюбивого побуждения он мог приобрести привычку помогать своим ближним, а привычка делать добро, без сомнения, должна была усилить чувство симпатии, служащее первым толчком к добрым делам» [Там же]. Таким образом, нравственность формировалась, по Дарвину, не только как необходимое условие выживания общества, но и как средство максимизации благосостояния каждого члена общества. Дополнительным стимулом ее формирования и поддержания служило психологическое воздействие со стороны самого общества. «Очевидно, — констатировал ученый, — что члены одного племени одобряли поступки, которые, по их мнению, служили к общей пользе, и осуждали те, которые казались им вредными» [Дарвин, 1953: 244]. Из этого опыта формировалось не только эмоциональное отношение к поступкам друг друга, но и основополагающие принципы нравственности. Этот «краеугольный камень нравственности» Дарвин выводит в виде известной формулы «золотого правила»: необходимо «делать добро другим, поступать относительно других так, как мы желаем, чтобы поступали с нами» [Там же]. Далее ученый пишет: «На этом основании едва ли возможно преувеличивать значение любви к одобрению и страха порицания во времена дикости. Человек, который не побуждается никаким глубоким инстинктивным чувством жертвовать жизнью для блага других и, несмотря на это, способен на такие поступки из-за любви к славе, возбуждает своим примером то же желание славы в других и усиливает в них благородное чувство восхищения» [Там же]. Здесь мы видим прообраз того представления о «взаимозаражении» эмоциями, которое потом станет одним из значимых понятий в учении Петражицкого.

Из общественных инстинктов, по мысли Дарвина, под воздействием общественного давления в виде одобрения или порицания тех или иных поступков, постепенно формируется человеческая совесть, которая также представляет собой сферу человеческих эмоций. Совесть обеспечивает высокий уровень нравственности

членов племени, что дает им «огромный перевес» над теми племенами, где эти качества отсутствуют, и обеспечивает преимущества в процессе естественного отбора [Там же].

На этой основе ученый делал вывод (также впоследствии принятый Петражицким) о возрастающем в ходе эволюционного развития общества уровне его нравственности. Английский натуралист писал, в частности: «во все времена и на всей земле одни племена вытесняли другие, а так как нравственность составляет один из элементов их успеха, то ясно, что общий уровень нравственности и число одаренных людей должны постоянно стремиться к увеличению и нарастанию» [Дарвин, 1953: 244–245], а устранение самых худших наклонностей ведет к успеху даже у наиболее цивилизованных народов [Дарвин, 1953: 248].

В то же время Дарвин не рассматривал прогресс общества, в том числе нравственный прогресс, как следствие неизменного социального закона. Он полагал, что существует какая-то врожденная тенденция к постоянному развитию ума и тела. Но всякое развитие зависит от стечения многих благоприятных обстоятельств, чем может быть обусловлен и временный регресс в развитии каких-то народов. «Тем не менее, — отмечал ученый, — в общем более умственно развитые члены того же общества будут иметь успех перед менее способными и оставят более многочисленное потомство, а это ведь и есть одна из форм естественного отбора. Одной из наиболее действенных причин прогресса является, по-видимому, хорошее воспитание в юности, когда мозг более восприимчив, равно как высокая степень развития, проявляющаяся в лице наиболее достойных и лучших людей и воплощающаяся в законах, обычаях и традициях народа, подкрепляемых общественным мнением. Следует, однако, помнить, что усиление общественного мнения находится в зависимости от нашего умения ценить одобрение или неодобрение своих ближних, что основано на нашем чувстве симпатии, несомненно развившемся первоначально путем естественного отбора в качестве наиболее важной составной части общественного инстинкта...» [Дарвин, 1953: 254].

Интересные идеи, отчасти релевантные взглядам Петражицкого, можно найти и в работе Дарвина «Выражение эмоций у че-

ловека и животных». Английский мыслитель отводил эмоциям важную роль в процессе адаптации человека к окружающей среде. В частности, Дарвин выделял эмоции, побуждающие к действиям (гнев, голод, жажда), и эмоции, вызывающие негативное воздействие на организм, упадок сил (страх, боль, горе). Помимо этого, ученый констатировал наличие эмоций, которые обыкновенно не ведут ни к каким действиям и не проявляются ни в каких отчетливо выраженных внешних признаках. К таким эмоциям он относил эмоцию привязанности [Дарвин, 1953: 909–910].

Таким образом, необходимо признать, что в трудах английского ученого можно найти ряд важных идей, которые подтверждаются современными эволюционистами, психологами и специалистами в области когнитивных исследований и нейронаук:

- 1) Нравственность (как и право) возникает в результате естественного отбора и является не изобретением людей, а необходимым средством для существования и воспроизводства самого общества;
- 2) Основы нравственного поведения закладываются в психику человека на бессознательном уровне, проявляются эмоционально и действуют наподобие инстинкта;
- 3) Формирование и поддержание нравственности осуществляется через психологическое воздействие общественного мнения в виде выражения одобрения или неодобрения субъекту совершаемых действий;
- 4) Эволюция человеческих обществ ведет к возрастанию нравственного уровня в направлении наиболее полной реализации взаимного признания и любви;
- 5) Человеческие эмоции могут являться причинами соответствующих поведенческих актов как самого актора, так и окружающих его людей [Ср.: Поляков, 2022b: 58–59].

Эти идеи в той или иной степени нашли отражение и в учении Петражицкого о нравственности и праве. Отталкиваясь от дарвиновских выводов, ученый в своих работах отстаивал тезис, согласно которому эволюционное развитие человечества постепенно продвигается в сторону укрепления взаимодействия, взаимопони-

мания, сотрудничества, солидарности и в итоге ведет к идеалу всеобщей любви⁶.

В соответствии с этой логикой происходит постепенное улучшение человеческой жизни, которое сопровождается изменениями в человеческой психике и отражается в праве. Основную тенденцию исторического процесса образования и изменения права ученый видел в приспособлении правовой мотивации к состоянию «народной психики». Последняя может быть как «примитивной», «грубой», так и «высокой», приспособленной к социальной жизни [Петражицкий, 2000: 595–596]. При этом, по убеждению Петражицкого, «путем психического воздействия соответствующей правовой системы индивидуальное и массовое поведение и развитие народной психики направляется в сторону общего блага» [Петражицкий, 2000: 595]. В этом движении петербургский профессор видел «общую, основную тенденцию» исторического процесса образования и изменения права. Он был уверен в том, что человеческая психика постепенно «приспосабливается» к социальной жизни, формируя при помощи права «социально-разумное поведение» [Там же].

В качестве примеров такого социально-разумного поведения в направлении общего блага ученый приводил переход в области производства материальных благ от «системы права рабства» с примитивной и грубой мотивацией, «с кнутом надсмотрщиков, с правом смертной казни у господина», к праву свободного труда, к «системе свободного хозяйства и конкуренции» [Петражицкий, 2000: 596]⁷. Особое значение в истории совершенствования «соци-

⁶ Данной проблематике посвящен целый ряд работ Л. И. Петражицкого. Похожие идеи впоследствии развивали и некоторые его ученики. Так, П. А. Сорокин значительное внимание в своем творчестве уделял обоснованию альтруистической любви как необходимой основы человеческого взаимодействия. См., напр.: [Сорокин, 2000; 1991: 121–137; Sorokin, 1954].

⁷ Ср.: «...На низших ступенях культуры для достижения аккуратного и честного соблюдения договорно-обязательственного права применялись угрозы вроде рассечения неплатящего должника кредиторами на части (законы XII Таблиц), продажи в рабство, сечения на площади до уплаты долга, удвоения долга в случае неаккуратности и проч.; история долгового права есть нисходящая прогрессия этого давления; и теперь от него осталась обязанность возместить действительно причиненные убытки; прежде надлежащее поведение домохозяев

ально-разумного» поведения имели, по Петражицкому, периоды соединения «меньших социальных организаций», прежде истреблявших друг друга, в «более обширные солидарные группы», примером которых являются «обширные государства». Именно в такого рода солидарных группах возникает требование «братского отношения» к тем, кто ранее воспринимался как «чужой» и «враг». Для реализации этого требования государство временно повышает «грозность кар», но это имеет место лишь до «достижения такой дальнейшей культуры характера, которая делает возможным дальнейшее смягчение режима» [Петражицкий, 2000: 596–597].

Необходимо отметить, что, признавая существование законов прогрессивного исторического развития «человечества и его учреждений», профессор Петражицкий подчеркивал бессознательный характер их действия: «...законы исторического развития человечества и его учреждений не означают, что такие-то умные люди изучают и измеряют прогресс человеческой психики и сообразно с этим выдумывают право. Дело идет о бессознательном процессе социально-психического приспособления...» [Петражицкий, 2000: 597]. Но какие процессы вызывают и направляют это приспособление, для ученого оставалось загадкой⁸.

Ключом к решению этой проблемы, как представляется, могло бы стать переосмысление своей научной задачи в коммуникативном ракурсе, объединяющем эмоциональные и рациональные аспекты человеческого взаимодействия, но Петражицкий прошел мимо этой возможности, хотя, казалось бы, подошел к ней максимально близко. Уже в конце своего основного труда «Теория права и государства в связи с теорией нравственности» он сетует на то, что Дарвин упустил из виду «те особые процессы, которые про-

достигалось грозной дисциплиной домовладыки до права смертной казни включительно с ответственностью домовладыки за домочадцев; и история семейного права есть нисходящая прогрессия подлежащих мотивационных давлений, и проч. и проч.» [Петражицкий, 2000: 596]. О нравственном (этическом) прогрессе как «постепенном ослаблении и устранении... примитивных средств дрессировки» см. также, напр.: [Петражицкий, 2010а: 9, 39].

⁸ «Остается загадка о том, какие процессы вызывают и направляют это приспособление» [Петражицкий, 2000: 597].

исходят на почве разговоров людей друг с другом и вообще психического общения между членами социальных групп» [Там же]. Под психическим общением ученый понимал «психическое взаимозаражение», которое имеет как интеллектуальную, так и эмоциональную составляющую [Там же].

Лев Петражицкий исходил из гипотезы, что добро и зло имеют интуитивно понятную для каждого члена общества природу, и сам человеческий опыт взаимодействия может скорректировать эти представления в том случае, если кто-то будет в этом ошибаться. Так, он отмечает, что «сообщаются» и «циркулируют» не только «подлежащие представления» (их можно было бы назвать смыслами, если исходить из современной терминологии), но и те эмоции, которые «в психике сообщающих связаны с этими представлениями» [Там же]. Приведу обширную цитату, проливающую свет на позицию ученого. Он пишет: «Против того (представляемого), от чего индивид терпит зло в жизни, развиваются в индивидуальной психике репульсивные эмоции, антипатии..., в пользу действовавшего в противоположном направлении — аттрактивные эмоции, симпатии. У субъектов прелюбодеяний, лжи, денежных обманов и т. д. могут на этой почве появляться и развиваться аттрактивные эмоции по адресу таких действий, а у более или менее многочисленных жертв этих действий развиваются более сильные эмоции (эмоциональные диспозиции) противоположного свойства, антипатии, негодование и т. д.» [Там же].

Л. И. Петражицкий был убежден в том, что «эмоционально-интеллектуальное *социальное* общение» и «психическое заражение» как его следствие неизбежно выработают на протяжении ряда сменяющихся поколений такую среднюю равнодействующую эмоциональных оценок, которые будут по отношению к таким явлениям, как ложь, клевета и т. д. неизбежно получать «отрицательно-отталкивающее» значение [Там же]. Такие процессы вытеснения худшего лучшим, менее годного более годным Петражицкий и называл бессознательным («бессознательно-гениальным») приспособлением, рассматривая их как разновидности всеобщей борьбы за существование и естественного «подбора» [Петражицкий, 2000: 598]. Эти идеи, однако, не получили полноценного развития в трудах мыслителя. В частности, оставалось не-

ясным, каков механизм этого «подбора», какую роль играет в нем личностное начало и рациональность каждого актора.

В своих поздних произведениях «варшавского» периода, которые дошли до наших дней, ученый лишь повторяет выработанную им ранее объяснительную формулу общественного прогресса, но не наполняет ее никаким новым содержанием⁹. Нерешенность этой задачи и отсутствие четкого ответа на загадку о том, каким образом осуществляется процесс «социально-психического приспособления», не позволяли ученому адекватно обосновать и политику права, направленную на достижение идеала «всеобщей любви».

Представление о любви менялось у Петражицкого с течением времени. В его ранней работе «Введение в науку политики права» любовь выступает высшим благом, к которому должно стремиться как в области политики вообще, так и в политике права в частности. При этом любовь (идеал любви) выступает и высшей точкой нравственного развития человека, свидетельством развитости человечества. Положение о том, что любовь есть идеал и высшее благо, представляет, по Петражицкому, аксиому практического разума, которая не требует доказательств и не может быть доказана [Петражицкий, 2010а: 10]. Может показаться, что ученый исходит здесь из собственной моральной интуиции, предполагая наличие такой же интуиции у всех людей на земле. Но восприятие любви в данном случае основывалось у Петражицкого не только на интуиции, но и на сформулированном Ч. Дарвином учении об эволюционном развитии человечества, развитии, непременно ведущем к любви. Однако в постановке и решении вытекающих отсюда проблем у Петражицкого остались недоговоренности. Определяя любовь как высшее благо и идеал, который невозможно обосновать при помощи рациональных аргументов, мыслитель должен был, по крайней мере, раскрыть его содержание,

⁹ Например, в своей работе «Очерк теории власти», написанной, судя по всему, за несколько лет до его смерти, Петражицкий опять упоминает «общий закон развития и (бессознательно-гениального) приспособления правовой психики человека», с которым «эволюция правовой психики человека связывает» стремление к общему благу, но никак его не конкретизирует и не объясняет [Петражицкий, 2010с: 872].

определить границы, за которыми любовь превращается в свою противоположность. Эта задача неразрывно связана и с необходимостью выявления соотношения любви и природы человеческой личности.

Известно, что любовь представляет собой настолько многоаспектное понятие, что говорить о нем возможно только четко определив контекст, в рамках которого это понятие обретает свое конкретное значение. Любовь, прежде всего, есть чувство, т. е. эмоция. Казалось бы, любовь, которую проповедовал Лев Петражицкий, была ближе всего к христианской любви. Характеризуя христианскую любовь, С. С. Аверинцев относил ее к известной со времен древних греков «агапэ», которая не похожа ни на чувственный «эрос», ни на дружбу по выбору («филия»), ни на патристическую солидарность граждан. «Речь шла о жертвенной, “все покрывающей” и безмотивной любви к “ближнему” — не к “близкому” по роду или по личной склонности, не к “своему”, но к тому, кто случайно окажется близко, и в особенности к врагу и обидчику» [Аверинцев, 1974: 103]. Подтверждение этому можно найти в известном евангельском изречении: «Вы слышали, что сказано: око за око и зуб за зуб. А Я говорю вам: не противься злumu. Но кто ударит тебя в правую щеку твою, обрати к нему и другую» [Евангелие от Матфея, 5: 38–39]. Согласно христианскому учению, в этом и проявляется в первую очередь любовь. Любовь — одна из трех главных добродетелей христианства наряду с верой и надеждой, причем главная из них. Это любовь без основания, причины, корысти и самолюбования¹⁰. Однако при всей своей жертвенности христианская любовь не предполагала отказа от собственной личности, от собственного Я, которое есть душа, сотворенная Богом. Неслучайно другая евангельская заповедь гласит: «возлюби ближнего твоего, как самого себя» [Евангелие от Матфея, 22: 37–39].

¹⁰ «Любовь долготерпит, милосердствует, любовь не завидует, любовь не превозносится, не гордится, не бесчинствует, не ищет своего, не раздражается, не мыслит зла, не радуется неправде, а сорадуется истине; все покрывает, всему верит, всего надеется, все переносит. Любовь никогда не перестает, хотя и пророчества прекратятся, и языки умолкнут, и знание упразднится» [Первое послание к Коринфянам, 13: 4–8].

Следовательно, и любовь к себе, в определенном смысле, но предполагается в христианском учении.

Любовь же в мировосприятии Петражицкого имеет иные коннотации. Это уже не Божий дар, а венец эволюционного развития человеческой психики, результат действия «бессознательных социально-психических процессов». Именно эти процессы должны, по мысли профессора, привести к тому, что такие явления, как «разные групповые солидарности и межгрупповая борьба, вражда, война, порабощения, угнетения, эксплуатации... исчезнут с лица земли» и заменятся «общечеловеческой любовью» [Петражицкий, 2010b: 581]. Будущий идеал любви понимается Петражицким как общечеловеческое состояние, в котором нет «ни Эллина, ни Иудея»¹¹. Любовь в текстах Петражицкого трактуется, казалось бы, как христианский космополитический идеал, но люди в рамках такого подхода представляют собой, по сути, лишь высшую породу животных. На низших ступенях своего развития человек, по мысли правоведа, отличается от других животных лишь особым варварством, дикостью и злостью, которые делают возможным «массовые взаимоистребления, взаимоубийства, взаимоискалечения», что и проявляется в войнах. Даже хищники в мире животных следуют родовой солидарности и не истребляют друг друга, отмечает Петражицкий¹². Исходя из своего убеждения, он видел в теории Дарвина неразрешенную проблему, предполагающую ответ на вопрос «как и почему одна из пород животных

¹¹ Ср.: «А теперь вы отложите все: гнев, ярость, злобу, злоречие, сквернословие уст ваших; не говорите лжи друг другу, совлекшись ветхого человека с делами его и облекшись в нового, который обновляется в познании по образу Создавшего его, где нет ни Еллина, ни Иудея, ни обрезания, ни необрезания, варвара, Скифа, раба, свободного, но все и во всем Христос. Итак, облекитесь, как избранные Божии, святые и возлюбленные, в милосердие, благодать, смиренномудрие, кротость, долготерпение, снисходя друг другу и прощая взаимно, если кто на кого имеет жалобу: как Христос простил вас, так и вы. Более же всего облекитесь в любовь, которая есть совокупность совершенства» [Новый Завет. Послание к Колоссянам святого апостола Павла, 3: 8–14].

¹² Представляется, что этот вывод Петражицкого лишь отчасти соответствует действительности. Между хищниками ведется внутривидовая борьба за выживание, в рамках которой представители одного вида стремятся к уничтожению потомства своих конкурентов.

сделалась... хуже и злее других пород животных, почему здесь родовая солидарность сменилась групповой, с точки зрения рода как такового, бессмысленную и губительную» [Петражицкий, 2010b: 581]. Но, как уже было отмечено выше, в глазах мыслителя, даже при доминировании на определенном историческом отрезке в человеческих обществах «злого начала», оно носит временный характер, и проявление «безучастного, бессердечного и жестокого эгоизма» сменится в перспективе «существенно иным» отношением не только людей к людям и человечеству, но и к «прочим животным и страдающим существам» [Петражицкий, 2010b: 582].

По мысли Петражицкого, любовь в ее идеальном состоянии — это то, что противоположно эгоизму. И если эгоизм — это стремление учитывать только собственные интересы и потребности, отвергая интересы и потребности других, то любовь у мыслителя совпадала с понятием альтруизма и выступала как полное и бескорыстное служение целям и интересам других. Такое служение основано на «каритативных эмоциональных диспозициях», проявляющихся в виде доброты, милосердия, сострадания, бескорыстия и т. д. [Петражицкий, 2010b: 580–582]¹³. Его целями являются не только определенные «ближние», но и все человечество, и даже будущие поколения [Петражицкий, 2010b: 583]¹⁴.

Отношения между нравственностью и правом в понимании Петражицкого также нуждаются в осмыслении. В своих работах петербургского периода он толкует эти феномены уже не только как взаимодополняющие, но и как исторически преходящие. Итогом их развития, который также следует рассматривать как результат эволюционного отбора, должно явиться упразднение

¹³ Было бы неверным отождествлять этот идеал исключительно с евангельским учением. По Петражицкому, примером каритативного, сострадательного отношения к животным, людям и человечеству в целом является и учение «великого философа» Будды [Петражицкий, 2010b: 582].

¹⁴ В качестве примера приближения к идеалу всеобщей любви у Петражицкого выступает деятельность ученого, который «неустанно тяжело работает для доставления человечеству научного света... признаваемого им великим благом и украшением человечества..., не ища при этом... благ для себя», т. е. не получая за свой труд во благо будущих поколений ни признания, ни вознаграждения [Петражицкий, 2010b: 583].

права и нравственности¹⁵. При этом и право, и нравственность, подлежащие упразднению, рассматриваются как системы социально-психического принуждения, и именно принуждение выступает у Петражицкого переходящим элементом социальной эволюции. Полное развитие «социально-идеальной психики» исключает, по мысли ученого, «надобность и разумность каких-либо мер понуждения и вообще психического давления и даже самую возможность существования соответственного права» [Петражицкий, 2010b: 589]. Поэтому, если рассматривать «правовое психическое давление в пользу известного поведения» как свидетельство «негодности, неприспособленности человеческой психики» к «социально-необходимому поведению», то по мере того, как эта неприспособленность будет уменьшаться «на почве бессознательно-удачного социально-психического приспособления», будет уменьшаться, упраздняться и «правовое психическое давление». В этом правовед видел «закон эволюции права», который есть «закон нисходящей прогрессии мотивационного давления с нулевым давлением, т. е. упразднением соответственного права в конце» [Там же]¹⁶.

Соответственно и нравственность теперь трактуется ученым в качестве «отмирающего» явления. Как и право, нравственность есть «продукт бессознательно-удачного социально-психического приспособления для психического давления в направлении социально-необходимого поведения и воспитания, для недопущения свободного действия и укрепления унаследованной, зверской и проч. эмоциональной психики. Так же, как и право, нравствен-

¹⁵ «Вообще право существует из-за невоспитанности, дефектности человеческой психики, и его задача состоит в том, чтобы сделать себя лишним и быть упраздненным» [Петражицкий, 2010b: 591]. Здесь можно найти интересные параллели с идеями К.Маркса и Ф.Энгельса, с их концепцией «отмирания» государства и права.

¹⁶ Отталкиваясь от определения права Штаммлером как «принудительных норм» и «попыток принуждения к правильному», Петражицкий утверждает несовместимость права с жизнью людей, имеющих «свободную от эгоизма волю». Такие люди не нуждаются в принуждении, так как нельзя принуждать к тому, чего люди сами хотят. «Это было бы столь же несообразно, как создание системы права, пытающейся понуждать людей дышать, спать и проч.» [Петражицкий, 2010b: 589].

ность подлежит упразднению и необходимо психологически упраздняется по мере достижения соответственных воспитательных успехов» [Там же].

Подтверждение своим представлениям о судьбе нравственности (и права) Петражицкий пытается найти в истории человеческого общества, которая, по его версии, способна предъявить доказательства того, что «дело идет фактически к постепенному упразднению нравственности и что уже огромная масса нравственных правил в истории упразднена и сдана в архив за ненадобностью» [Петражицкий, 2010b: 592]. Однако аргументация ученого вызывает сомнение. В качестве примеров постепенного упразднения нравственных норм к началу XX века Петражицкий приводил нормы, запрещающие пьянство, обжорство, появление девушек «без особого надзора» в мужской компании, ношение женщиной костюма с открытой шеей, открытие женщиной лица перед чужим мужчиной [Петражицкий, 2010b: 589]¹⁷. Сегодня, сто с лишним лет спустя, вряд ли можно утверждать, что эти нормы упразднены.

Избранная Петражицким методология нашла отражение и в его концепции политики права. В представлении ученого политика права — сложная совокупность мер и действий, направленная на выявление мотивов человеческих поступков и предполагающая воздействие на эти мотивы с целью добиться их максимальной адаптации к идеалу всеобщей любви, т. е. к идеалу бескорыстного служения общественному благу. Фактически, речь идет о правовом воспитании через воздействие на подсознание человека, на его психические установки, если использовать современную терминологию. Чувство ответственности, любовь к труду, бережливость, честность, долг служения, добросовестность, усердие,

¹⁷ Сомнительным примером в контексте рассматриваемой проблематики является и ситуация с отсутствием нравственного негодования у современных Петражицкому зрителей в связи с появлением на сцене театров голых женщин. Если это пример воспитательного успеха в направлении социально-необходимого поведения, то не совсем понятно, какая норма здесь постепенно упраздняется. Если нравственную нормативность признавать за целомудрием, то упразднение целомудрия сложно считать успехом в направлении формирования социально-необходимого поведения.

бескорыстие, целомудрие, миролюбие — вот основные качества человека, которые нуждаются в правовом культивировании [Петражицкий, 2010а: 20–21; Петражицкий, 2010b: 584–585].

По своему замыслу концепция Петражицкого отчасти соответствовала зарождавшемуся в то время бихевиористскому подходу. Неслучайно основным средством проведения желаемой политики права выступают в концепции ученого такие известные юридические стимулы, как награды и наказания¹⁸. Отмечу еще раз, что речь у Петражицкого идет именно о психическом воздействии норм права на человека, которое не затрагивает сферу рационального (разума) и вообще игнорирует интеллектуальные аспекты восприятия права.

Психическое воздействие, как писал Петражицкий, оставляет след в душе человека, «образует кристаллизацию и отложения в смысле изменения самой психической природы индивида и масс... Частое повторение известного рода поступка может перейти в бессознательную и действующую уже автоматически привычку или, говоря с точки зрения массовой психологии, в нрав и обычай общества. Вот первый и чрезвычайно важный для понимания права и разумной политики вид кристаллизации влияния права» [Петражицкий, 2010а: 21].

3.3. Критические ремарки

Как было отмечено выше, есть основания говорить о высокой степени зависимости правового учения Л.И. Петражицкого от эволюционной теории Ч. Дарвина. Петражицкий использовал идею Дарвина об эволюционном развитии общества, нравственности и права, рассмотрев ее через призму современной ему психологической науки. И право, и нравственность при таком подходе предстают не как результат сознательных усилий по социальному совершенствованию общества, а как следствие «социально-психического приспособления». Прогресс права и нравственности

¹⁸ Примеры такого воздействия можно найти на протяжении всего сочинения Петражицкого «Введение в науку политики права» [Петражицкий, 2010а: 19–21].

в этом случае не зависит от рациональных целей, которые может ставить перед собой общество и каждый отдельный человек, а осуществляется по тем же законам эволюционного развития. То же самое относится к общественному идеалу. Этот идеал не может быть достигнут через рациональное обустройство общества на основе права и нравственности, он может лишь постепенно вызревать вместе с эволюцией человеческой психики. Политика права может способствовать этому движению, но не путем определения его рациональных целей и принципов, а через интуитивное понимание того, какая психическая мотивация может способствовать движению к всеобщей любви, а что будет препятствием на этом пути [Петражицкий, 2010b: 581–582]. Ученый писал в этой связи: «...Дело идет не о проповеди известных нравственных заповедей как в Евангелии и т. п., а об определении воспитательной задачи политики». Такая политика решает задачу «создания психической неизбежности соответственного доброго, милосердного, сострадательного и проч. и проч. поведения» [Петражицкий, 2010b: 582].

Но если разум не участвует в поисках пути к общественному идеалу, то как возможно определить сам этот идеал, как научиться отличать добро от зла? Как возможна сама коррекция пути к идеалу в случае отклонения от него¹⁹? Учение Дарвина не сводило прогресс в эволюции человека только к развитию его нравственности как иррациональной составляющей его Я. Точно также должен прогрессировать и человеческий разум. Секрет человеческой нравственности не в том, чтобы всегда действовать инстинктивно или в соответствии с выработавшейся или усвоенной привычкой, а в том, чтобы делать разумный нравственный выбор

¹⁹ При отнесении достижения общественного идеала в отдаленное будущее необходимо создать «дорожную карту», т. е. определить те основные вехи на этом пути, которые могут быть обоснованы только через определенную систему ценностей и средств для их достижения. Это предполагает знание рациональных принципов, раскрывающих их содержание. Именно они должны выступать в роли своего рода красных флажков, за которые не может переступить ни одна власть в государстве. Если этого не сделать, то любой политический режим, применяющий в своей практике насилие, уничтожение инакомыслящих, попрание прав человека и т. д., может оправдывать свои действия тем, что они необходимы на данном уровне развития человеческой психики для постепенного продвижения к царству всеобщей любви.

между разными мотивами возможных действий. Это означает, что человек — это *не только* иррациональное существо, но, прежде всего, личность, осуществляющая *разумный* (рациональный) *ценностный* выбор. Между тем именно разум, в том числе разум в праве, и проблематизировал Петражицкий, начиная со своих ранних работ.

В одной из них он, в частности, писал: «...Мы отрицаем самостоятельное существование человеческого теоретического разума, а то, что под этим разумеет философия и теория познания в частности, считаем только особым продуктом и фактором практического разума. Наши органы непосредственного познания и переработки его способны не познавать действительно существующее, а только воспринимать и творить сигналы и правила действий или воздержаний. Например, зрение и слух не доставляют нам никаких сведений о существе действительно существующего, а только являются органами для сигналов, требующих такого или иного поведения» [Петражицкий, 2010а: 18]. Такая эволюционистская (и одновременно очень близкая к бихевиоризму) трактовка возможностей человеческого познания как адаптационного комплекса включала верный исходный посыл, но будучи редуцирована к иррациональной составляющей человеческой психики, обедняла и представления о возможной политике права.

Разумность человека имеет много проявлений. К числу главных можно отнести рациональность мышления и рациональность поведения²⁰. Рациональность правового мышления и правового поведения проявляется в способности воспринимать правовые тексты, создавать правовые тексты, оценивать эти тексты, выводить из них релевантные нормы права и следовать им на основе своего ценностного выбора.

В современной науке существование ценностей сомнению не подвергается²¹. Дискуссии идут лишь о природе ценностей, их

²⁰ Рациональность человеческого поведения носит ограниченный характер. См., напр.: [Саймон, 1993: 16–38; Талеб, 2019: 307–321].

²¹ Отрицательное отношение самого Петражицкого к ценностям, как и ряда его учеников, объясняется опорой на принципиально позитивистскую (антиметафизическую, некогнитивистскую) эпистемологию. Сомнение в плодотворности такого подхода ощутили со временем и некоторые его последователи. Пока-

возможной иерархии и применимости в научных построениях²². Ценность можно понимать как значимость, полезность чего-либо для человека. Это субъективные или интерсубъективные оценки (акты признания) конкретных свойств какого-либо объекта, включенного в жизненный мир человека; это то, в чем человек заинтересован, в чем испытывает потребность лично, или то, что признается в качестве значимого для других. Эти ценности можно также характеризовать как блага. Система ценностей играет роль повседневных ориентиров в социальной жизни.

Возьмем примеры, которые использовал сам Петражицкий [Петражицкий, 2000: 253–254; Петражицкий, 2010а: 57–59]. Ученый, в частности, описывал эмоции человека, который, видя бедственное положение Ивана, считает своей нравственной обязанностью оказать ему помощь, дав 10 рублей. В голове у дающего человека рождается императивная эмоция, обязывающая его исполнить свой моральный долг и подарить Ивану десять рублей в качестве безвозмездной помощи. Но возникновение подобной эмоции возможно только в том случае, если сознание дающего опирается на признание ценности человеческой личности и вытекающей отсюда обязанности помогать своему ближнему. Возможен вариант и прямого следования христианской заповеди любви к ближнему, но и в этом случае ценность христианской морали является рационально-ценностным основанием для возникновения соответствующих эмоций. Другой пример — договор перевозки, заключенный с извозчиком Петром [Петражицкий, 2000: 253]. И в этом случае в сознании перевозимого возникает «авторитетный импульс» дать 10 рублей, но по отношению к Петру мы признаем

зательна в этом отношении эволюция научных взглядов П. А. Сорокина. Разделяя в начале творческого пути основные антиценностные воззрения своего учителя, уже через десять лет он был вынужден отойти от крайностей бихевиористского подхода ввиду его бесперспективности и перейти на позиции интегративизма, соединявшего сильные стороны «позитивизма, антипозитивизма и неопозитивизма» [Голосенко, 2000: 13]. С этого момента, отмечает российский исследователь, «онтологический, гносеологический и методологический каркас его нового понимания общества, культуры и личности составляют ценности» [Там же].

²² Ключевое значение в этом контексте имеет дискуссия между когнитивистами и некогнитивистами. Мне близка аргументация В. А. Канке на этот счет [Канке, 2003: 17–26].

эту обязанность закрепленной за ним, «как что-то приобретенное им, так что мы не чувствуем свободы отвернуть от него положительный полюс нашего долженствования...» [Петражицкий, 2000: 254]. Однако такое переживание возможно также только при признании ценности человеческой личности и вытекающей из него обязанности соблюдать заключенные договоры и возникающие из них обязательства. Сам Петражицкий фактически признает, что в реальной жизни возможны и альтернативные ценностные предпочтения, которых он, впрочем, не выделяет в качестве ценностей и отождествляет с психическими переживаниями. В таком случае отдельные субъекты могут не считать, что Петру что-то причитается в результате исполнения договора перевозки, а Иван в их психическом восприятии может наделяться правом требовать от своих ближних, чтобы они давали ему по 10 рублей [Петражицкий, 2000: 58–59]. В этом случае возникает очевидный вопрос относительно того, какие же ценности предпочтительнее и нуждаются в защите: ценности, связанные с признанием человеческой личности и заключаемых ею договоров, направленных на реализацию взаимных интересов сторон, или ценности, отрицающие значимость человеческой личности, не признающие ее равенство с другими, ее свободу, взаимную ответственность и права.

Ответ на этот вопрос можно найти в учении Петражицкого об интуитивном праве. Мыслитель был убежден в существовании таких областей права, где присутствуют «столь общие и крепкие интуитивно-правовые убеждения, что подлежащие правила общезнания, обязанности и права ни в ком, кроме разве психически ненормальных людей, не могут возбуждать сомнений» [Петражицкий, 2000: 484]. Эти положения ученый и полагал возможным «условно назвать» аксиомами интуитивного права. Л. И. Петражицкий писал о том, что психологически невероятны споры о том, «могут ли по праву дети убивать родителей, родители детей, вообще, можно ли убивать ближних, наносить им раны, увечья, выкалывать глаза и т. п., истязать их, клеветать, оскорблять, поджигать и иначе истреблять их имущество, красть, насиловать и проч. и проч., или этого нельзя, мы должны по отношению к другим воздерживаться от этого и имеем право на то, чтобы нас не убивали и т. д.» [Там же]. Подобные споры, по мысли правоведа, не могут

иметь серьезного значения в правовой жизни «цивилизованных народов», поскольку «в психике этих народов имеются соответствующие аксиомы интуитивного права» [Петражицкий, 2000: 485]. А это означает, что аксиомы интуитивного права фактически отражают существование на уровне подсознания каждого нормального человека того, что можно назвать основополагающим принципом права и принципом правовой нормативности — взаимное правовое признание людей в качестве носителей неотъемлемых прав на жизнь, свободу и равенство, также, как как и обязанностей соблюдать эти права в отношении всех других субъектов права. Также это свидетельствует о наличии универсальных «(традиционных) ценностных оснований человеческой природы»²³.

Основной пробел в системе Петражицкого возникает из-за недооценки им коммуникативного начала, присущего самой идее права как императивно-атрибутивной эмоции. Тем не менее, анализ мыслей ученого, развернутый в этом направлении, позволяет сделать вывод о том, что должное в праве определяется не волей законодателя, а интерпретируемым смыслом правового текста и его соответствием основополагающим для каждого человека ценностям, без которых само право превращается в ничего не значащий набор знаков на казенной бумаге. Если право неразрывно связано с поведением, и без своего признания (легитимации) нормы права не могут в полной мере быть таковыми (могут не стать действительными), то говорить о состоявшемся праве надо не тогда, когда текстуальное правило создается, формализуется и доводится до сведения адресатов, а тогда, когда адресаты предписанным образом на него отреагируют, т.е. вступят в правовую коммуникацию. Такое возможно в том случае, если

²³ Е. А. Лукашева согласна с тем, что «человеку присущи не только врожденные индивидуальные способности, но и врожденные универсальные черты. Никто не хочет жить в рабстве, никто не хочет унижения своего достоинства, неравенства. Для людей свойственны стремление к свободе и равенству, политическому и общественному участию, достойному качеству жизни, возможности получить образование, обеспечить благоприятные условия жизни семьи. Поэтому эти человеческие потребности нельзя игнорировать. Жизнь опровергла различного рода утопические теории, согласно которым можно изменить природу человека, ориентируя его на “тотальный коллективизм”, аскетизм и жертвенность» [Лукашева, 2019: 26–27].

ценностное содержание нормы, релевантное другим нормам правопорядка, будет признано человекопригодным и преобразовано в связанное поведение участников коммуникации на основе их субъективных прав и правовых обязанностей²⁴.

Конечно, у людей могут существовать и существуют весьма разные ценностные представления. Это факт, с которым невозможно не считаться. Более того, наличие у людей разных ценностей является необходимым и даже желательным обстоятельством, но до известных пределов. Таким пределом являются те ценности, без признания и реального воплощения в жизнь которых невозможно существование самого человеческого общества, т. е. всех граждан с их разнообразными ценностями. Парадоксально, но верно утверждение, согласно которому само существование разных ценностей у членов общества возможно только при наличии у них и определенных общих ценностей, обеспечивающих не просто выживание людей (тезис Г. Л. Харта [Харт, 2007: 194–195]), но достойное выживание, способствующее их развитию и процветанию²⁵. Только в этом случае возможно развитие и процветание общества, государства, нации, национальной культуры. Если разнообразие ценностей повлечет за собой «войну всех против всех», то этому разнообразию неминуемо придет конец, и утвердятся монополия той ценности, которая, победив в этой войне силой, не будет нуждаться в каком-либо ценностном разнообразии. Но без разнообразия невозможно нормальное развитие общества и государства. Поэтому ценностный релятивизм должен иметь границы, за которые ему нельзя переступать²⁶. Философия

²⁴ См.: [Поляков, 2023].

²⁵ Об этом писал уже А. Смит, который связывал само существование общества не только с принципом взаимного признания, но и с необходимостью поддерживать на этой основе экономические, моральные и политические отношения [Смит, 1997: 103 и след.].

²⁶ Признание этого вывода можно найти и в поздних трудах Г. Кельзена, в которых мыслитель причисляет себя к сторонникам «релятивистской философии справедливости», обладающей «особыми» моральными принципами. В частности, таким принципом Кельзен объявляет принцип относительной толерантности. Он пишет: «Совершенно ясно, что релятивистская философия ценностей не может предписывать абсолютной толерантности; речь может идти только о толерантности в рамках некоего существующего правопорядка, который га-

права призвана эти границы определять, выявляя общезначимые ценности, обосновывать, демонстрировать и содействовать их наиболее полной реализации в правовой системе.

3.4. Взаимное правовое признание как высшая нормативная ценность

Когда Петражицкий провозглашал идеал всеобщей любви как аксиому, не требующую доказательств, он, тем не менее, был вынужден смысл (содержание) этой аксиомы определенным образом раскрывать. Из достаточно скупых комментариев мыслителя на этот счет можно, тем не менее, сделать определенные выводы. Как уже было отмечено выше, всеобщая любовь по Петражицкому — это служение человечеству, которое основано на «каритативных эмоциональных диспозициях» и проявляется в виде доброты, милосердия, сострадания, бескорыстия и т. д. [Петражицкий, 2010b: 581–582]. Достижение идеала любви возможно только при «искоренении эгоистических, одиозных, злостных эмоциональных диспозиций и тем самым самой психической возможности соответственного поведения, убивания других, хотя бы с оправдательным эпитетом “врагов”, злостного нанесения ран и причинения иного зла...» [Петражицкий, 2010b: 581]. Среди учителей человечества,

рантирует мир путем запрета и предотвращения использования силы теми, кто принадлежит этому правопорядку, но который не запрещает или не препятствует мирному выражению идей... Если демократия является справедливой формой правления, то только потому, что она означает свободу, а свобода означает толерантность. Если демократия перестает быть толерантной, то она перестает быть демократией. Но может ли демократия быть толерантной, защищаясь от антидемократических тенденций? Это возможно в определенных пределах — демократия не должна подавлять мирное выражение антидемократических идей. Именно за счет такой толерантности демократия отличается от автократии» [Кельзен, 2015b: 372, 373]. Если релятивистская философия ценностей основана на принципе толерантности, который включает ценностные различия, но при условии признания общей всем ценности — взаимного правового признания (ничего иного не может стоять за понятием мира, основанного на неприменении силы и свободе личности), то что можно возразить против такого «позитивистского» подхода? Он ничем принципиально не отличается от концепций «возрожденного естественного права» — естественного права с изменяющимся содержанием.

приближающих в своих «нравственных учениях» этот идеал, Петражицкий, в частности, называет Иисуса Христа, апостола Павла и других его учеников, Будду [Петражицкий, 2010b: 581, 583]²⁷.

Интересно, что этот идеал любви должен, если следовать логике мыслителя, находиться «по ту сторону добра и зла». По убеждению Петражицкого, что уже было отмечено выше, право существует из-за невоспитанности, дефектности человеческой психики, и «его задача состоит в том, чтобы сделать себя лишним и быть упраздненным» [Петражицкий, 2010b: 591]. Ученый полагал, что когда будет достигнуто надлежащее социальное воспитание и восторгается «психика любви», то само существование права сделается психически невозможным. Все правила, которые будут связывать людей будущего, будут охотно исполняться «без всяких психических давлений» [Там же]. Более того, в таком обществе и нравственность окажется излишней²⁸.

Если продолжить этот ход мысли, то необходимо признать, что исчезновение нравственности и права будет одновременно означать и исчезновение добра и зла. Ведь добро и зло возможны только в мире, в котором существует «злая» воля и поведение, которое может быть рассмотрено как нарушающее принципы права и нравственности. Точно также и добро может существовать только в том случае, если известно, что такое зло. В обществе, где право и нравственность оказываются излишними, излишними будут и представления о добре и зле.

Необходимо отметить, что, прогнозируя прогресс в развитии человеческой психики и постепенного искоренения «злых», эгоистических, агрессивных намерений в отношениях между людьми, Петражицкий исходил из представлений о праве и нравственности

²⁷ В своем раннем произведении на немецком языке Петражицкий писал: «Но у гражданской политики есть неизменный свет, которому она может следовать, не беспокоясь перед справедливостью. Это любовь. Но любовь состоит не в пользовании экономическими благами, не в том или ином их распределении. Любовь — это совершенство, высшая красота души» [Petražycki, 1895: 476–477].

²⁸ «Идеал любви в нашем смысле есть не только сверхправный, что само собой разумеется, но и сверхнравственный идеал. С течением времени вся нравственность отойдет в область преданий, как воспоминание о былой некультурности людей и необходимости держать их психику в тисках нравственности» [Петражицкий, 2010b: 593].

как принудительных порядках, воздействующих не на сознание, а на психику людей, на сферу их эмоций. Само правовое воспитание, по замыслу ученого, представляет собой принудительное воздействие на психику человека с целью выработать желаемую реакцию, которая должна войти в привычку и стать автоматическим действием. Основным инструментом здесь выступают поощрение и наказание. Однако прогноз на «отмирание» права и нравственности делается относительно такого их понимания, против которого сам мыслитель протестовал и считал ненаучным. Право и нравственность как внешние принудительные порядки — это не право и нравственность в рамках психологического учения.

Если нравственность, по Петражицкому, есть там, где имеют место императивные эмоции, то освободиться от них вряд ли возможно (возможно только с освобождением от самой человеческой сущности). Императивная эмоция есть переживание чувства долга. Если чувство долга исчезнет, то какая другая мотивация побудит человека, например, помогать ближнему? Петражицкий не исключает необходимость такой помощи, но как она возможна вне нравственности? Только в том случае, если такие действия будут носить автоматический характер, будут являться своего рода социальным инстинктом. На такой результат, по-видимому, и рассчитывает ученый-правовед. Неслучайно он указывает на бессмысленность нравственной нормы «не убий» или «не укради» для голубей и других существ, включая тигров и пантер [Петражицкий, 2010b: 592]. Но превращение людей в подобие тигров или даже голубей вряд ли можно рассматривать как прогресс в эволюционном развитии человечества. Ведь развитие, по теории Дарвина, выявило нравственность и право как средства социализации и гуманизации, средство развития человеческой личности, а отнюдь не как то, что должно отмереть и вернуть человека на доразумную стадию своего существования.

Проблемы возникают и при попытке осмыслить отмирание права. Право, по Петражицкому, характеризуется не только императивным переживанием долга, но и атрибутивным переживанием правомочия, притязания на возможность действовать определенным образом и требовать от других или содействия реализации этих притязаний, или невмешательства в их сферу. Если

мы возьмем уже известный пример Петражицкого — договор перевозки (или любой другой договор, затрагивающий интересы сторон), то мы легко убедимся в невозможности существования подобных отношений вне права. Любой договор предполагает распределение прав и обязанностей, т.е. основан на притязаниях и представлениях о долге. Петражицкий надеялся обойти эту проблему, заменяя договор на выражение «общий план действий» [Там же]. Но любой общий план действий основан на рациональном выборе и предполагает распределение обязанностей, а обязанность, будь она обязанностью правовой или моральной, невозможна вне понятия долга, а, следовательно, понятий добра и зла, правомерного и неправомерного. То, что подобное взаимодействие до поры до времени может осуществляться добровольно, «без всяческих психических давлений», сомнений не вызывает. Но также очевидным является то, что неверно понятая обязанность, нарушающая согласованный план, будет порождать конфликт (хотя бы в виде необходимости уточнения и согласования правильного поведения) и соответственные притязания со стороны других акторов к нарушителю с целью изменить его поведение. Но в этом случае все признаки права по теории Петражицкого будут налицо. А это означает, что даже теоретическое обоснование такого взаимного поведения, которое не будет нуждаться в праве и нравственности, в качестве своих предпосылок должно иметь общество, в котором отсутствуют ограничения на все ресурсы и, соответственно, товарно-денежные отношения.

Более значимой проблемой является выпадение самого понятия личности из концепции петербургского ученого. В его трудах не идет речь о понятии личности вне контекста психического переживания эмоций. Человек, по Петражицкому, — это совокупность различных эмоций, переживаемых и открываемых через интроспекцию. Но такой взгляд на природу человека игнорирует ее основные характеристики и не отвечает современным научным представлениям. Человек не просто носитель эмоций, он всегда эти эмоции проводит через свое сознание и осуществляет свободный выбор того или иного варианта поведения. Разумность, или рациональность, — неотъемлемый признак человека. Причем разумность человек обретает через взаимодействие с дру-

гими людьми, но это взаимодействие имеет черты, которые отличают его от взаимодействия между голубями, тиграми и пантерами. Специфика такого взаимодействия определяется не общими эмоциями, а присущей человеку личностной свободой, что делает его не просто организмом, приспосабливающимся к окружающей среде, в том числе к другим людям, но и свободно выбирающим тот вариант поведения, который разумен и оправдан в его собственных глазах. Это означает, что человек может руководствоваться разумными принципами, а не только эмоциями.

Решая помочь Ивану, который оказался в затруднительном положении, человек, испытывающий императивную эмоцию своего свободного долга, наряду с переживанием этой эмоции делает и ценностный рациональный выбор, хорошо описанный самим Петражицким²⁹. Но главное заключается в другом: прежде чем действовать, ему необходимо знать смысл, лежащий в основе эмоции, знать, какая ценность за ней скрывается и насколько разумно, оправдано ей следовать. Осмысливая затруднительное положение Ивана, его визави вспоминает нравственную норму, предписывающую любовь к ближнему, правило отношения к другому, предписывающее поступать с другим так, как ты желаешь, чтобы поступали с тобой, или заповедь «просящему — дай». Конечно, конкретный человек, испытывающий императивную эмоцию, может и не утруждать себя подобными рациональными «фантазмами», а дать 10 рублей не задумываясь, рефлекторно³⁰.

²⁹ «Несмотря на связанность нашу по отношению к нашим собственным убеждениям, к нашей “совести”, по отношению к Ивану мы считаем себя свободными, не связанными, и от него ожидаем признания этой свободы, признания нашей “доброй воли” дать или не дать... В частности, например, если бы он стал требовать и домогаться платежа, как чего-то ему должного, то такое поведение показалось бы нам в высшей степени неуместным и даже нахальным, и, может быть, мы именно нарочно изменили бы свое первоначальное намерение дать ему 10 руб., чтобы научить его не заявлять неуместных претензий и домогательств в таком деле, которое зависит от нашей доброй воли. Точно также, если, положим, наши средства весьма ограничены, и мы встречаем человека, более нуждающегося в нашей помощи, нежели Иван, то мы можем изменить наше первоначальное намерение оказать помощь Ивану и дадим предназначенную для него сумму другому...» [Петражицкий, 2000: 253].

³⁰ Объяснение подобной рефлекторности можно найти, например, в исследованиях по нейроэкономике [Ключарев, Шмидс, Шестакова, 2011: 14–35].

Но это не означает, что рационального объяснения и оправдания таких действий не существует. Именно потому, что человеческий разум в подавляющем большинстве случаев находит нравственное оправдание подобным действиям, и возможна сама «рефлекторность» в отдельных случаях³¹. И наоборот, в случае торжества иной логики, закрепившейся в общественном сознании (например, осуждающей материальную помощь кому бы то ни было из тех или иных соображений), рефлекторные действия имели бы противоположный смысл, и Иван помощь бы не получал.

Признание необходимости исполнения долга помощи ближнему (признание его ценности) само нуждается в обосновании своей действительности, которое может дать только вышестоящая ценность (более общий нравственный принцип)³². Такой ценностью и таким принципом в данном случае является принцип человеческой личности, чье признание в качестве высшей ценности, но равной всем другим человеческим личностям, и вызывает к жизни обязанность помощи³³. Точно также и договор перевозки с Петром вызывает не только императивно-атрибутивные эмоции, но и осознание того разумного ценностного смысла, который стоит за требованием соблюдения обязанностей по договору. И здесь вышестоящим правовым принципом и ценностью будет являться ценность человеческой личности, способной свободно заключать договор и нести ответственность за его исполнение или неисполнение. Поэтому, если кто-то из заключивших договор по каким-то причинам не будет испытывать императивной эмоции, обязывающей его заплатить за исполненный договор перевозки, то не только другая сторона по договору, но и любой разумный человек вместе со всеми членами общества согласится с разумно-

³¹ «Дениэл Канеман (Kahneman, 2003) выдвинул предположение о существовании двух эволюционно и структурно различающихся систем, обуславливающих принятие решений: а) быстрой, автоматической, или бессознательной (Система 1) и б) медленной, целенаправленной, произвольной (Система 2)» [Ключарев, Шмидс, Шестакова, 2011: 19–20].

³² В данном случае можно вспомнить аргументацию Г. Кельзена, которую он использовал в своем «Чистом учении о праве», объясняя построение статической нормативной системы [Кельзен, 2015а: 242–245].

³³ В теологической версии за относительной ценностью человека будет стоять высшая ценность Бога.

стью и правомерностью требования об оплате, независимо от конкретных переживаемых кем-то эмоций.

Все это говорит о том, что любовь в понимании Петражицкого ведет не к совершенствованию человеческой личности, а к ее потере, она превращает человека в безответственное существо, не ведающее ни добра, ни зла и запрограммированное на такое поведение, которое не предусматривает свободного выбора. В таком обществе невозможно существование не только товарно-денежных отношений, как отмечено выше, но и собственности, и семьи, в традиционном понимании основанной на чувстве долга³⁴. Представляется, что любовь может быть оправдана только как высшая степень развития человеческой личности, способной преодолевать ограниченность собственного Я. В этом контексте она не только не находится «по ту сторону» права и нравственности, но является их предпосылкой, развивающейся от рационального «минимума нравственности» (В. С. Соловьев) до ценностного «максимума», превращающего право и нравственность в неформальный диалог.

Но сама идея интуитивного права, основанного на неких врожденных представлениях о справедливости, достаточно плодотворна и подтверждается данными современной науки, включая нейронауку. Представляется, что она может быть дополнена рациональными аргументами, подтверждающими разумность выбора принципа взаимного правового признания людьми друг друга в качестве основополагающего для принятия рациональных решений по основному спектру философско-правовых вопросов. Похожее обоснование уже было дано в трудах ряда мыслителей Московской школы «возрожденного естественного права», прежде всего П. И. Новгородцевым [см. подр.: Поляков, 2022 а: 32–41]³⁵. Но насколько нам известно, никто до сих пор не обратил внимания на

³⁴ Интересно сравнить представления Петражицкого об общественном идеале с советскими представлениями о коммунистической морали: «Одна из задач коммунистического воспитания состоит, в частности, в том, чтобы простейшие нормы коммунистической нравственности стали внутренней потребностью, приобрели форму склонностей, привычек человека и выполнялись без внешнего и внутреннего принуждения» [Словарь по этике, 1983: 220].

³⁵ Высшая ценность человеческой личности, ее права и свободы, ее обязанности, равенство и солидарность с другими, необходимость мирного сосуществования находят свое обоснование в этом концепте.

то, что и Петражицкий, и Новгородцев понимали под основой для «возрождения естественного права» не разные феномены, а один и тот же, но рассматриваемый с разных сторон: со стороны интуитивного восприятия справедливости и со стороны ее рационального осмысления. В конечном же счете в основе понимания справедливости (и права) обоими мыслителями лежал принцип взаимного правового признания человека человеком, который одновременно является и ключом к пониманию правовой нормативности, и фундаментом для формирования традиционных ценностей общества [Поляков, 2021b: 39–101; Поляков, 2022b: 40–82].

Библиография к главе 3:

1. *Аверинцев С. С.* Любовь // Большая советская энциклопедия. 3-е изд. Т. 15. М., 1974. С. 102–104.
2. *Антонов М. В.* (а) Н. С. Тимашев и его «Введение в социологию права» // Введение в социологию права. СПб.: Алф-Пресс, 2021. С. III–XXXIV.
3. *Антонов М. В.* (б) Н. С. Тимашев: поиск теории права через социологическую юриспруденцию? // В поисках теории права / науч. ред. Е. Г. Самохина, Е. Н. Тонков. СПб.: Алетейя, 2021. С. 160–170.
4. *Антонов М. В.* (с) Осмысление справедливости в учении Ганса Кельзена и его значение для дискуссий в постсоветской теории права // Справедливость в постсоветском правовом порядке: понятие, принцип, цель. М.: Юрлитинформ, 2021. С. 29–61.
5. *Антонов М. В.* (d) Ценностный дискурс в вопросе о действии норм права // Релятивизм в праве / под общ. ред. И. И. Осветимской, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2021. С. 144–168.
6. *Антонов М.* (е) Юридический позитивизм и проблемы развития российского права // *Ideology and Politics Journal*. 2021. Vol. 18. No. 2. P. 120–151.
7. *Бергер П., Лукман Т.* Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М.: Медиум, 1995. 334 с.
8. *Брожек Б.* О натурализации права // Правоведение. Известия вузов. 2017. № 3. С. 90–114.
9. *Голосенко И. А.* Питирим Сорокин как историк мировой и русской социологии // Сорокин П. А. О русской общественной мысли. СПб.: Алетейя, 2000. С. 5–20.

10. *Дарвин Ч.* Происхождение человека и половой отбор. Выражение эмоций у человека и животных // Дарвин Ч. Сочинения в 9 т. Т. 5. М.: Изд-во АН СССР, 1953. 1040 с.
11. *Канке В. А.* Этика ответственности. Теория морали будущего. М.: Логос, 2003. 352 с.
12. *Кельзен Г. (а)* Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 542 с.
13. *Кельзен Г. (б)* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступ. ст. М. В. Антонова. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 704 с.
14. *Кельзен Г. (с)* Что есть справедливость? // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступ. ст. М. В. Антонова. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 704 с.
15. *Ключарев В. А., Шмидс А., Шестакова А. Н.* Нейроэкономика: нейробиология принятия решений // Экспериментальная психология. 2011. Т. 4. № 2. С. 14–35.
16. *Койдер А. С.* Жизнь и творчество Леона Петражицкого // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб., 2010. С. XXXVII–LXXII.
17. *Лукашева Е. А.* Нормативность как феномен культуры: происхождение и значение // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 2. С. 9–31.
18. *Марков А. В.* Эволюция человека. В 2 кн. Кн. 2. Обезьяны, нейроны и душа. М.: АСТ: CORPUS, 2021. 512 с.
19. *Новгородцев П. И.* Об общественном идеале. М.: Пресса, 1991. 640 с.
20. Петербургская школа философии права: К 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого / под общ. ред. А. В. Полякова, Е. В. Тимошиной. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2018. 1104 с.
21. *Петражицкий Л. И. (а)* Введение в науку политики права // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб., 2010. С. 3–186.
22. *Петражицкий Л. И. (б)* К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб., 2010. С. 561–600.
23. *Петражицкий Л. И. (с)* Очерк теории власти // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб., 2010. С. 871–879.

24. *Петражицкий Л. И.* Право и государство в связи с теорией нравственности. СПб.: Лань, 2000. 608 с.
25. *Пинкер С.* Язык как инстинкт. М.: Едиториал УРСС, 2004. 456 с.
26. *Поляков А. В.* Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. 2-е изд. М.: Проспект, 2023. 832 с.
27. *Поляков А. В.* (а) Права человека и ценности: их философский смысл и идеологическое значение в постсоветской юридической науке // *Ideology and Politics Journal*. 2021. Vol. 18. No. 2. P. 152–193.
28. *Поляков А. В.* (б) Принцип взаимного правового признания: российская философско-правовая традиция и коммуникативный подход к праву // *Труды Института государства и права РАН*. 2021. Т. 16. № 6. С. 39–101.
29. *Поляков А. В.* (а) Перспективы развития российской философии права в контексте когнитивных исследований и нейронаучных данных // *Российская юстиция*. 2022. № 12. С. 30–42.
30. *Поляков А. В.* (б) Справедливость как следование принципам права // *Жива ли справедливость в праве? Коллективная монография / под ред. Д. И. Луковской, Н. И. Малышевой, М. И. Юдиной*. СПб.: Алетейя, 2022. С. 40–82.
31. *Поппер К.* Эволюционная эпистемология // *Эволюционная эпистемология. Антология / науч. ред., сост. Е. Н. Князева*. М.: Центр гуманитарных инициатив, 2012. С. 110–133.
32. *Саймон Г.* Рациональность как процесс и продукт мышления // *THESIS*. 1993. Вып. 3. С. 16–38.
33. *Словарь по этике / под ред. И. С. Кона*. Изд. 5. М.: Политиздат, 1983. 445 с.
34. *Смит А.* Теория нравственных чувств. М.: Республика, 1997. 351 с.
35. *Сорокин П. А.* Социальная и культурная динамика. Исследование изменений в больших системах искусства, истины, этики, права и общественных отношений. СПб., 2000. 1056 с.
36. *Сорокин П. А.* Тайнственная энергия любви // *Социологические исследования*. 1991. № 8. С. 121–137.
37. *Талев Н. Н.* Рискую собственной шкурой: скрытая асимметрия повседневной жизни. М.: КоЛибри, Азбука-Аттикус, 2019. 384 с.
38. *Тимошина Е. В.* Право как справедливость: концепция интуитивного права в школе Л. И. Петражицкого // *Петербургская школа философии права: К 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого / под общ. ред. А. В. Полякова, Е. В. Тимошиной*. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2018. С. 117–132.

39. Тимошина Е. В. Теория и политика права профессора Л. И. Петражицкого // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб., 2010. С. XIV–XXXVI.
40. Тимошина Е. В. Теория и социология права Л. И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правопонимания: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. 556 с.
41. Уилсон Э. Смысл существования человека. 3-е изд. М.: Альпина-нон-фикшн, 2019. 214 с.
42. Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонсина, С. В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. 302 с.
43. Antonov M. Leon Petrazycski and Georges Gurvitch: Normative facts as a Litmus test for political convictions // Leon Petražycski: Law, Emotions, Society. Routledge, 2022. P. 30–46.
44. Antonov M. Eugen Ehrlich and Leon Petražycski: Are Emotions a Viable Criterion to Distinguish Between Law and Morality? // Russian Legal Realism. Berlin: Springer, 2018. P. 127–138.
45. Petražycski L. Die Lehre von Einkommen. Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechtes unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. B. 2. Einkommenssatz. Berlin, 1895. 628 s.
46. Sorokin P. A. The Ways and Power of Love: Types, Factors, and Techniques of Moral Transformation. Boston (MA): Beacon press, 1954. XIV, 552 p.
47. Timoshina E. V. Leon Petrazycski's unfinished project: Sociology as a rigorous science // Leon Petražycski: Law, Emotions, Society. Routledge, 2022. P. 97–125.
48. Timoshina E. The Logical and Methodological Foundations of the Theory of Law of Leon Petražycski in the Context of the Analytical-Phenomenological Tradition // Russian Legal Realism / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. Springer, 2018.

НОРМАТИВНОСТЬ И СИСТЕМНОСТЬ ПРАВА В КОНТЕКСТЕ ПОСТКЛАССИЧЕСКОГО ПОДХОДА

4.1. Проблематизация признаков системности и нормативности в рамках постклассического правопонимания

Определяющей тенденцией развития теоретико-правового дискурса последних десятилетий стало формирование нового, постклассического правопонимания, во многом ставшего ответом на те кризисные явления, которые на рубеже XX и XXI веков охватили все основные (традиционные) теории права [Честнов, 2017: 13–25], а именно юснатурализм, различные варианты социологического правопонимания, но в особенности этатистскую версию позитивизма, как известно, занимавшую господствовавшие позиции в советской общей теории государства и права.

Результатом кризиса, о котором идет речь, на наш взгляд, стала проблематизация устоявшихся представлений о социальной природе, сущности и важнейших признаках права, определявшегося в качестве социального регулятора, имеющего государственный либо иной потестарно-властный характер и существующего там и постольку, где и поскольку сложились правила поведения, обеспеченные возможностью применения принудительных мер к адресатам, не исполняющим либо ненадлежащим образом исполняющим предписания этих норм [Луковская, Ломакина, 2020: 26–32]. Несложно заметить, что эти положения являлись основополагающими не только для позитивизма классического образца, но и для других типов правопонимания, включая отчасти юснатурализм, представители которого видели в «естественном законе» объективную и принудительную данность, настолько же не зави-

сящую от индивидуальной воли и от экзистенциальной свободы субъектов, насколько от них не зависят нормы позитивного права, устанавливаемые или санкционируемые государством и обеспеченные государственным принуждением [Мальцев, 2023: 108].

Собственно, как это ни покажется парадоксальным, истоки отрицания свободы и стремления умерить ее силою принуждения коренятся еще в классических концепциях естественного права, в частности, у Т. Гоббса, утверждавшего, что «естественные законы (как *справедливость, беспристрастие, скромность, милосердие* и... *поведение по отношению к другим так, как мы желали бы, чтобы поступали по отношению к нам*) сами по себе, без страха перед какой-нибудь силой, заставляющей их соблюдать, противоречат естественным страстям, влекущим нас к пристрастию, гордости, мести и т. п. А соглашения без меча лишь слова, которые не в силах гарантировать человеку безопасность» [Гоббс, 1991: 129]. Отсюда, по Гоббсу, логически следовал вывод о «естественной» необходимости деспотической государственной власти, способной обуздать произвол свободной человеческой воли навязанными ей законами, которые придают политически организованному сообществу людей необходимое единство.

Именно такой смысл вкладывался философом в афористичную формулировку *auctoritas non veritas facit legem*, ставшую знаковой для многих сторонников этатизма, от самого Гоббса до Г. Кельзена [Хеффе, 1994: 79]. С другой стороны, развиваемое некоторыми версиями юспозитивизма понимание права составляет разительный контраст узкому нормативизму и легизму, которые принято отождествлять с юридическим позитивизмом как таковым. Речь идет об англо-американской аналитической философии, в том числе аналитической философии права [Дидикин, 2016: 72 и след.], отсылающей к идеям Б. Рассела, Д. Э. Мура, Дж. Остина и, прежде всего, Л. Витгенштейна, чья теория «языковых игр», как известно, была взята за основу постклассического правопонимания [Честнов, 2017: 14].

Последователи аналитической юриспруденции искали причину обязательности правовых норм не в действии внешних по отношению к ним факторов, в том числе таких, как властная принудительность, значение каковой также не исключалось,

но в особенностях самого юридического дискурса, а именно в открытой семантике («открытой текстуре») юридических пропозиций и в аскриптивности правовых понятий, позволяющих им включать в план своего содержания любые эмпирические факты социальной и культурной реальности [Оглезнев, Тарасов, 2010: 102–103]. Именно благодаря указанным свойствам юридическую силу в определенных культурно-исторических условиях имели не только законы и иные официально-властные документы, но и такого рода тексты, которые по общему правилу могут иметь только дескриптивный, но не нормативный статус, в частности, доктринальные сочинения, являвшиеся важным источником права в ряде правовых традиций прошлого, например, в античной традиции.

4.2. Постклассическая дефиниция права: единство исторического и логического аспектов

Мы видим, что проблематизация базовых юридических категорий, лежащая у истоков постклассического правопонимания, имеет значительно более универсальный масштаб для того, чтобы видеть в ней просто критику позитивизма. По сути, переосмыслению подлежали представления о сущностных характеристиках права, составлявшие предмет своеобразного консенсуса всех существовавших правопониманий, прежде всего представления о нормативности и системности как признаках, априорно присущих праву на любой ступени его развития и в любых социальных, исторических и цивилизационных контекстах, если угодно, *праву как таковому*. Причем эти признаки, свидетельствующие о достижении социальным порядком юридически урегулированного и, следовательно, политически организованного состояния, искали не только в синхронии, но и в диахронной ретроспективе [Антонов, 2014: 28].

Вопрос о происхождении права тем самым переводился в плоскость генезиса юридических норм, из которых как из клеточек складывались «органические» нормативные общности, а именно правовые институты и отрасли права, в наличии которых ученые видели необходимые атрибуты всякого правопорядка, на какой бы

ступени исторического развития ни стоял этот последний [Алексеев, 1981: 242–243; Тиунова, 1991: 114; Керимов, 2000: 251]. Как следствие, структура любого правопорядка (будь то древнеавилонское право Законов Хаммурапи, римское частное право, древнерусское право эпохи Русской Правды и т.п.) конституировалась по образу и подобию современных национальных правовых систем, каждая из которых наглядно может быть представлена в виде иерархического древа, включающего в себя в качестве самостоятельных ветвей отрасли, подотрасли и институты.

Логическим следствием подобного подхода становится попытка объявить любой из таких правопорядков национальной правовой системой *sui generis*, подобно тому как это делали советские юристы, считавшие римское гражданское право системой национального права архаической римской общины [Римское частное право, 2015: 20]. При этом не учитывалось то обстоятельство, что сама по себе пресловутая *System des römischen Rechts* представляла собой результат многовековой обобщающей деятельности поколений юристов, а именно германских пандектистов, обрабатывавших в практических целях Дигесты Юстиниана, которые являлись результатом творческой переработки классического наследия, предпринятой византийскими юристами. В свою очередь, классические римские юристы активно переосмысливали правовой материал республиканской эпохи (сочинения знатоков права, преторские эдикты, законодательство, начиная с Законов XII таблиц и т.п.) [Савиньи, 2011: 274].

Таким образом, система римского частного права, весьма существенно отличающаяся в структурном плане от современных правовых систем, сложилась в результате предпринятого на доктринальном уровне осознанного абстрагирования от конкретного эмпирического материала, а большинство ее элементов (например, *possessio* и другие права на чужие вещи, система договорных обязательств, формулярный процесс, иски и т.п.) не имеют конкретной временной привязки, в отличие от современных правовых систем, где каждая норма поддается при необходимости исторической интерпретации. Вот почему к любому реальному, то есть существующему в известном историческом и социокультурном контексте, правопорядку системный подход применим лишь до известных

пределов и со значительными оговорками, поскольку, как верно отмечает М. В. Антонов, «новые связи и элементы для заполнения недостатков позитивного права не появляются эмерджентно из самого права (“системы” позитивного права), а привносятся извне, благодаря творческой деятельности юристов» [Антонов, 2014: 33].

Если же обращаться к правопорядкам прошлого в их исторической конкретике, то станут очевидными два обстоятельства. Во-первых, для всех таких правопорядков характерны бросающийся в глаза дефицит общеобязательных правил поведения, рассчитанных на неограниченный круг лиц и многократность применения, что делает невозможными априорные умозаключения относительно нормативной структуры таких правопорядков, а также относительно толкования и применения гипотетически конституируемых *post factum* «правил» [Иванов, Матиенко, 2014: 15; Харитонов, 2016: 52–58].

Во-вторых, структурно большинство правопорядков прошлого имеют неиерархический характер, представляя собой не вертикальное древо, а скорее некое подобие диаграммы Эйлера — Венна, компоненты которой наложены друг на друга в горизонтальной плоскости, частично пересекаясь между собой. Подобная неиерархичность (присущая римскому частному праву в той же степени, что и древнерусскому праву) не позволяет вести речь об отраслях, а также иных нормативных общностях, что зачастую препятствует адекватному описанию структуры правопорядков прошлого у историков и юристов, подходящих к вопросу с априорных, заранее данных позиций. Как следствие, ученые, констатирующие, например, отсутствие отраслевой группировки материала в законодательных памятниках прошлого, пытаются при этом выделять нормы различной отраслевой принадлежности, например, уголовно-правовые, гражданско-правовые, процессуальные и т. п. [Павлов, 2016: 139].

При этом остается без ответа вопрос, как можно квалифицировать те или иные нормы в качестве «гражданских», «уголовных», «процессуальных» в отсутствие соответствующих нормативных общностей, то есть отраслей права? Так, если в рамках какой-либо правовой традиции некий законодательный памятник А пред-

полагал имущественную ответственность за причинение вреда здоровью, тогда как в памятнике В, принадлежащем к той же традиции, совершение аналогичного действия предполагало уже карательную санкцию, ничто не дает оснований делать вывод о том, что санкция А является гражданско-правовой, а санкция В — уголовной. Речь скорее должна идти о различии субъективного права требования и корреспондирующей ей обязанности в правоотношении, возникающем из соответствующего правонарушения, которое, например, римские юристы в одну эпоху квалифицировали как частный деликт, а в другую эпоху уже в качестве публичного деликта [Климович, 2008: 44–45].

Преодолению указанных затруднений, на наш взгляд, может способствовать осознание того обстоятельства, что право в плане своего внешнего выражения может принимать различные формы и обладать различной структурой, в зависимости от условий социокультурной среды, исторического контекста, а также от иных эволюционных факторов. Представляется, что именно поэтому признаки нормативности и системности, играющие столь важную роль в современных условиях, не являются необходимыми атрибутами правовой коммуникации, поскольку те функции, которые в развитых правовых порядках выполняет иерархическая система правовых норм, на иных этапах эволюции правовой коммуникации могут с неменьшим успехом выполнять, например, субъективные права и обязанности, неиерархически соотносенные между собой в рамках единого пространства правовой коммуникации.

Учитывая сказанное, имеются основания констатировать логическую непоследовательность и семантическую беспредметность таких популярных в теоретической литературе дефиниций права *per genus et differentia*, как «система общеобязательных, формально-определенных норм» [Алексеев, 1981: 102–104]. Это, разумеется, вовсе не означает, что общеобязательность, нормативность, системность и формальная определенность не присущи праву, то есть не являются его признаками. Однако отсутствие одного, нескольких и даже всех указанных признаков не лишает права способности выполнять присущую ему функцию средства коммуникации, конституирующего правовой порядок и обеспечивающего возможности для реализации экзистенциальной и соци-

альной свободы, которой обладают члены общества, являющиеся участниками правового общения.

Заведомо обречены на неудачу попытки дать априорную дефиницию, позволяющую установить, что собой представляет «право на самом деле», ведь все такого рода дефиниции, являясь, в отличие от естественно-научных или математических определений, употреблением обыденного языка, имеют контекстуально-связанный характер, а потому не свободны от неточностей, неизбежно сопутствующих языковым играм такого рода [Остин, 1993: 105]. Вообще, пытаясь с позиций постклассического подхода сформулировать дефиницию и выделить основные признаки права, необходимо учитывать справедливое замечание А. В. Полякова, утверждавшего, что «Права “как такового” не существует. Это означает, что у данного слова нет определенного эмпирически узнаваемого референта. Слово “право” не привязано к какому-либо внешнему узнаваемому объекту» [Поляков, 2012: 19].

Иллюстрацией подобной многоаспектности и полисемантичности права является хорошо известный дуализм объективного права и субъективных прав, примирить который в рамках единого понимания пытались многие теоретики, включая столь проницательных ученых, как Г. Кельзен. Последний, как известно, пытался преодолеть дуализм, о котором идет речь, путем придания субъективным правам и обязанностям нормативной общезначимости, во-первых, и элиминации «идеологической нагрузки» понятия субъективного права как меры свободы субъекта, во-вторых [Кельзен, 2015: 145 и след.]. Представляется, что нет особой необходимости лишний раз останавливаться на тех непреодолимых затруднениях и теоретических противоречиях, с которыми оказалась сопряжена попытка изгнать из права дух человеческой свободы, царством которого оно является, не утратив самой сущности правового бытия. Заметим, что с теми же трудностями, с какими в юриспруденции столкнулся позитивист Кельзен, в других областях гуманитарного знания вынуждены были иметь дело отечественные и зарубежные структуралисты, небезосновательно упрекаемые в попытках дегуманизировать науки о культуре [Штолл, 1975: 326].

Другим способом устранения той же терминологической опозиции «объективное vs. субъективное» в праве является хорошо

известная концепция механизма правового регулирования [Александров, 1961; Алексеев, 1966; Шабалин, 1969: 123–127; Витченко, 1974], созданная усилиями прежде всего отечественных авторов, работавших в парадигме марксистско-ленинской общей теории государства и права, но сохранившая немалую популярность в современной российской теории и отраслевых юридических науках. Заметим, что экзотичный для зарубежного теоретико-правового дискурса термин «механизм правового регулирования» не просто широко применяется в русскоязычной литературе, но и подчас используется в весьма неожиданных контекстах (таких, например, как «механизм правового регулирования формирования волевых качеств»), что свидетельствует о достаточно бездумном использовании данного термина некоторыми авторами. Одновременно обращает на себя внимание устойчивость механической теории правового регулирования, препятствующая распространению альтернативных моделей механизмов реализации права, правового воздействия и т. п. [Миронов, Зин, 2020: 80–82]. По мнению указанных авторов, действие механизма правового регулирования представляет собой однонаправленный процесс государственно-властного воздействия на общественные отношения, осуществляемого нормативными средствами и включающего в себя три последовательных этапа.

На первом этапе происходит формирование юридических норм, выступающих манифестацией государственной воли (в лице суверена или абстрактного «законодателя»), а также их применения к фактическим общественным отношениям, складывающимся в различных сферах социальной действительности. На второй стадии у участников отношений возникают субъективные права и обязанности, способствующие трансформации фактических социальных взаимосвязей в отношения правовые. Наконец, на третьем этапе имеют место реализация субъективных прав и исполнение обязанностей, благодаря чему получают претворение в действительность установленные государством нормативные модели поведения, имеющие на первых порах абстрактный характер. Эта схема предполагает возможность включения в себя еще одной (факультативной) стадии, характеризующейся участием государственных органов и специально уполномоченных

должностных лиц, осуществляющих правоприменительную деятельность путем издания индивидуальных правовых актов [Алексеев, 2008: 280–282].

Рассмотренная модель, нашедшая отражение в действующем законодательстве, например, в ст. 2 ГК РФ¹, не свободна от недостатков, обусловленных чисто механистической трактовкой сложного и многоаспектного процесса правового регулирования, в котором ярко проявляется свойство *самоорганизации* правового порядка, тесно связанной с первичностью субъективных прав и обязанностей, в исторической ретроспективе, а нередко и в современных условиях, возникающих без участия правовых норм. Представляется, что эта первичность субъективных прав и обязанностей как конститутивных элементов правопорядка представляет собой его важнейшее свойство, отмеченное применительно к социальной реальности в целом американским социологом Н. Смелзером, констатировавшим «неукротимость примордиального в обществе» [Смелзер, 1994: 13]. Наглядной иллюстрацией данного утверждения выступают субъективные права и обязанности, воплощающие примордиальное начало в правовой действительности [Петражицкий, 1910; Кистяковский, 1916: 356 и след.].

4.3. Право как нормативное образование и феномен жизненного мира

Представляется, что правопорядок (и право в целом), рассматриваемый в качестве совокупности субъективных прав и обязанностей, представляет собой — особенно в диахронном измерении — неиерархическую структуру, элементы которой возникают спонтанно, вне контекстуальной обусловленности целым, а потому такая структура еще не может выступать в виде системы, то есть упорядоченной взаимосвязи элементов. В этой связи приобретают теоретическую значимость два взаимосвязанных, хотя на первичных стадиях теоретического осмысления, искусственно

¹ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. В ред. Федерального закона от 16.04.2022 № 99-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; 2022. № 16. Ст. 2601.

разъединенных образа права и правовой реальности, а именно как *системы* и как *жизненного мира*.

Существует большое количество эмпирических иллюстраций тезиса о том, что всякое первичное общение, будь то общение межличностное или социальное, имеет форму горизонтального взаимодействия, сохраняющего свою устойчивость до тех пор, пока воздействие внешних факторов или усложнение способов коммуникации не заставляют участников прибегнуть к посредничеству внешнего авторитета, чья роль как раз и заключается в том, чтобы трансформировать горизонтальные неиерархические связи в вертикальную иерархию. В исторической ретроспективе наиболее ярким примером «жизненного мира» является первобытный социальный порядок с его горизонтальными отношениями родства и эквивалентного взаимообмена.

По словам Ю. Хабермаса, «Концепт жизненного мира скорее всего находит себе эмпирическое подкрепление в архаических обществах, где структуры опосредованных языком интеракций образуют одновременно опорные социальные структуры. Тип малых догосударственных обществ, исследованный преимущественно английскими социал-антропологами в Африке, Юго-Восточной Азии и Австралии, отличается... сравнительно большей сложностью и поразительной социальной динамикой» [Хабермас, 2022: 577]. Рост социальной динамики не только расширяет горизонты жизненного мира, но и приводит одновременно к стремительной инфляции и, как следствие, делегитимации социальных и правовых порядков, что, в свою очередь, приводит к перестройке их организации на началах системности [Stein, 1966].

Последняя обладает значительным легитимирующим эффектом, особенно в условиях сложных и внутренне противоречивых процессов, которыми характеризуется эпоха модерна [Хабермас, 2022: 755 и след.]. Вместе с тем рассматриваемая тенденция формирования вертикальной (системной) иерархии не приводит к вытеснению горизонтальных коммуникативных связей на периферию правовой реальности, поскольку структуры жизненного мира обладают настолько неисчерпаемым самолегитимирующим потенциалом, что формирование системы норм на их основе завершилось лишь сравнительно недавно (а в некоторых регионах

правовой реальности не завершилось до сих пор). Кроме того, и в современном правовом порядке система играет роль надстройки над многообразными и динамичными неиерархическими отношениями, образующими содержание жизненного мира, то есть является структурой второго порядка по отношению к ним.

В рамках постклассического правопонимания получает последовательную реализацию стремление к всестороннему исследованию феноменов правовой реальности в их взаимосвязи и взаимной обусловленности. При этом учитывается неустранимый теоретическими средствами дуализм права, представляющего собой упорядоченную совокупность общезначимых правил поведения, с одной стороны, и совокупность интересубъективных взаимодействий, опосредствованных правами и обязанностями участников, с другой стороны. Первый из этих аспектов характеризует право в его системном измерении, в то время как второй концентрированно воплощает в себе проявление права как жизненного мира участников социальной и юридической коммуникации.

Одним из важнейших достоинств такого подхода является, по нашему мнению, его целостность (которую, если угодно, можно называть холизмом), позволяющая рассматривать насущные в практическом плане вопросы сквозь призму мировоззренческих установок, избегая тем самым досадной фрагментации правового познания, которая выступает яркой приметой современного «клипового» мышления, в том числе мышления юридического. Безусловно, целостность, о которой идет речь, не представляет собой попытку утверждения некоего «единственно верного» учения о праве, поскольку плюрализм правопониманий, особенно в плане их теоретико-методологических оснований, является неустранимым и плодотворным свойством науки о праве.

Указанную особенность любых гуманитарных концепций справедливо отмечает А. В. Поляков: «Каждая теория находит свои аргументы и контраргументы. В конечном счете предпочтение той или иной теории отдается специалистами и читателями зачастую не целиком, а “по частям”; признаются не только и не столько сами выводы, сколько подходы к ним, не вся система аргументации, а те или иные аргументы, которые “встраиваются” в собственную картину мира, опирающуюся на определенные ценности, эстетику

и психологию восприятия действительности» [Поляков, 2021: 41–42]. Представляется, что предпосылки этого плюрализма миропониманий кроются в самой онтологической структуре реальности, каждый регион, который, будучи относительно автономным, укоренен в различных видах познавательной, творческой и практической деятельности субъектов, конституирующих соответствующие регионы, исходя из сущностных характеристик последних.

Вот почему не только в науках о культуре, предметным планом которых выступает сфера духовных явлений, но также в математике и в иных отраслях точного знания, использующего метаязык, пригодные для описания природных объектов, проблема аксиоматических оснований остается нерешаемой в силу наличия парадоксов, связанных с неопределенностью любой полностью формализованной теории. Долгое время подобные парадоксы, ограничивающие эффективность основных метаматематических концепций (например, знаменитые парадоксы лжеца и брадобрея, сформулированные еще античными логиками, а также парадокс трансфинитных множеств, ставший специфическим выводом из наивной теории множеств Г. Кантора), рассматривались в качестве либо софизмов, либо чисто технических несовершенств, устранимых по мере дальнейшей формализации метаматематических высказываний. Как известно, одним из первых ученых, предложивших развернутую программу такой формализации, был Д. Гильберт [Гильберт, 1948: 366].

Последовательную попытку превращения метаязыка математики в набор формул, теоретически доступных любому, даже не сведущему в специальных проблемах человеку, предпринял Никола Бурбаки, в знаменитом *opus magnum* которого содержалась амбициозная претензия, а точнее, известная психологическая установка на то, что чтение данного трактата «не предполагает в принципе никаких специальных математических знаний, а требует лишь некоторого навыка к математическим рассуждениям и некоторой способности к абстракции» [Бурбаки, 1965: 19]. Вскоре, однако, обнаружилось, что система Бурбаки, при всей продуктивности многих ее содержательных моментов, в целом потерпела явную неудачу. Это стало наглядным свидетельством невозможности последовательной аксиоматизации математиче-

ского дискурса и устранения связи последнего с эмпирическими элементами, которые выступают, с одной стороны, источниками парадоксов, но, с другой стороны, конститутивными атрибутами метаматематик как формальных систем, сигнализирующими об их сущностной неполноте [Клини, 2009: 58 и след.].

Неслучайно в настоящее время основания математики в качестве раздела математической науки характеризуются комплементарностью конкурирующих исходных моделей (а именно системы аксиом Цермело — Френкеля, развивающих теорию множеств Кантора, гильбертовского формализма, логицизма Рассела — Фреге и конструктивистской парадигмы), каждая из которых позволяет выводить те или иные частные теории, дополняющие множество других в едином континууме математических высказываний. Вероятно, особенно результативной подобная комплементарность оснований математики становится при исследовании так называемых рекурсивных функций, которые, получив первоначально свое раскрытие и обоснование в рамках конструктивистской метаматематики, в дальнейшем стали рассматриваться в качестве универсальных соотношений, применяемых для описания любых объектов, включая первичные элементы (так называемые «буквы») математического алфавита [Мартин-Лёф, 1975: 31].

Аналогичным образом и в правовом познании неустранимым свойством следует считать множественность конкурирующих правопониманий, взаимно дополняющих друг друга в контексте постклассической теории права. Сторонники последней небезосновательно полагают, что именно данная парадигма позволяет устранить извечное противоборство юснатурализма, нормативизма, социологического правопонимания и психологической школы права, согласовав постулаты перечисленных доктрин на принципиально новых теоретико-методологических основаниях [Честнов, 2002: 4–16; Поляков, 2001: 114–119]. Тем самым может быть обеспечена необходимая аксиоматизация юридико-научного дискурса, способствующая исследованию с единых позиций всего комплекса актуальных проблем, стоящих как перед общей теорией права, так и перед отраслевыми юридическими дисциплинами.

Например, представляется весьма интересной в содержательном отношении попытка комплексного изучения отраслевой

юридической проблематики с позиций постклассического правопонимания, относительно недавно предпринятая В.Ф.Попондопуло [Попондопуло, 2021]. Особенно плодотворным, на наш взгляд, является предложенная ученым трактовка правового регулирования, опирающаяся на особенности единого предмета регулирования, каковым является человеческая деятельность, имеющая принципиально разные формы в публичной (административно-управленческой) и частной сферах правового порядка.

А именно, если в отраслях публичного права взаимодействия субъектов регулируются при помощи норм, устанавливаемых или санкционируемых государственной властью и выражающих волю государства, то регулирование частнопредметное осуществляется самими же субъектами взаимодействий посредством свободных соглашений между ними, то есть является правовым саморегулированием в собственном значении данного термина. Как справедливо отмечает В.Ф.Попондопуло, «суть правового регулирования заключается в общественном *саморегулировании*, в согласовании воли действующих индивидов, преследующих собственные интересы... *Нормативное регулирование* общественных отношений, которое традиционно именуется правовым регулированием, необходимо отличать от *правового регулирования в подлинном его значении*, поскольку оно означает лишь *внешнее воздействие на общественные отношения в целях их упорядочения, приведения в соответствие с требованиями законодательства*» [Попондопуло, 2021: 80].

Таким образом, не только в диахронной (исторической) ретроспективе, но и в современных правовых порядках нормативность права является хотя и важным, но не исчерпывающим его свойством, и нуждается в переосмыслении с учетом специфики правовой коммуникации, осуществляемой в различных онтологических регионах правовой реальности. Подобное переосмысление, на наш взгляд, способно придать мощный импульс развитию доктринальных исследований как цивилистических, так и публично-правовых (конституционных и административных) проблем, что, в свою очередь, позволяет преодолеть известный идейный застой, которым характеризуется состояние соответствующих наук

в последнее время [Василевская, 2017: 34–39; Филиппова, 2017: 158–163; Гонгало, 2020: 94–104].

Обращает на себя особое внимание то обстоятельство, что в качестве исходного элемента правовой реальности В. Ф. Попондопуло рассматривает индивидуальные взаимодействия участников правовой коммуникации, что позволяет сделать вывод о релевантности постклассического правопонимания не только для философии и общей теории права, но и для отраслевых юридических дисциплин, прежде всего для цивилистической и других частноправовых наук. Учитывая вышеизложенное, представляются парадоксальными замечания, выдвинутые в адрес постклассического подхода В. И. Круссом, в числе прочего инкриминирующего его представителям (А. В. Полякову и проч.) пренебрежение к «практикоориентированным умозаключениям о юридически существе и должном» [Крусс, 2021: 23], что поневоле заставляет вспомнить упреки, звучавшие в адрес постклассического правопонимания почти два десятилетия назад [Козлихин, 2006: 31–40; Гревцов, Хохлов, 2006: 4–22].

Столь хлесткая критика, если не брать ее в качестве самоцели, призвана, по всей видимости, не столько выявить слабые стороны постклассического правопонимания, которые, бесспорно, имеют место, но заключаются, на наш взгляд, отнюдь не в пренебрежении к практической, то есть отраслевой, проблематике, сколько про-рекламировать альтернативное правопонимание, достаточно туманно поименованное «конституционным». Видимо, в этой связи следует прогнозировать перспективу создания цивилистического, административистского, уголовно-процессуального и прочих «правопониманий», число которых будет стремиться сравняться с количеством отраслей действующего российского законодательства. Если же такая перспектива окажется реализованной, то с неизбежностью, следуя закономерностям динамики научной мысли, возникнет потребность в появлении некоего «метаправопонимания», правопонимания более высокого уровня, чем сугубо отраслевые, а в этом качестве вполне сможет выступить если не постклассическое, то в любом случае интегративное правопонимание, способное соединить в себе как отраслевые правопонимания, так и основные теоретические подходы.

4.4. Постклассическая теория в поисках интегративного понимания права

Представляется, впрочем, симптоматичным и то обстоятельство, что поиски «интегративного правопонимания» особенно активно велись на рубеже нынешнего столетия, когда на волне разочарования в объяснительных возможностях марксистско-ленинской общей теории государства и права у многих теоретиков возникло непреодолимое искушение заменить ее чем-то столь же всеобъемлющим, но при этом не столь идеологически ангажированным. Со временем стало понятно, что конструирование «интегративного правопонимания» сопряжено со значительными трудностями, не случайно даже такой активный приверженец данной идеи, как В. Г. Графский, в своих последних работах стал обращать внимание на непреодолимые препятствия на пути к утверждению юридического интегративизма [Графский, 2017: 19–24], вполне сопоставимые по своей эпистемологической значимости с математическими парадоксами.

Заметим, что такое стремление к устранению противоречий между конкурирующими теориями характерно не только для юриспруденции, но и для любых наук, становясь преобладающим на определенном этапе их развития. Чтобы убедиться в справедливости сказанного, достаточно привести ряд примеров, являющихся хрестоматийными. Так, существовавшая в римской юриспруденции классического периода конкуренция прокулианской и сабинианской школ, выступавших в функции релевантных для римской правовой традиции правопониманий, сменилась в начале постклассического периода поиском синтеза, результатом которого стало появление перечня наиболее авторитетных юристов (Гай, Ульпиан, Папиниан, Павел, Модестин), чьи суждения подлежали обязательному учету при рассмотрении дел в суде [Истоки и источники права, 2022: 261–262].

Этому «позднеклассическому синтезу» в сфере юридического познания в истории античной лингвистики наглядно коррелирует последовательное согласование на более высоком уровне обобщения теоретических позиций аномалистов и аналогистов в учениях грамматиков IV–V вв. Диомеда, Харисия и Присциана [Ма-

жуга, 2000: 74–85]. Аналогичные интегративные позиции были присущи в позднеантичную эпоху и философскому мышлению находившегося под определяющим воздействием неоплатонизма, ставшего результатом объединения и творческой переработки основных философских течений эллинистического периода (прежде всего, стоицизма, аристотелизма и среднего платонизма) [Лосев, 2000: 214].

Современная интеллектуальная ситуация во всех ее проявлениях также характеризуется мощным стремлением к выработке интегративных подходов путем согласования основных позиций конкурирующих теорий, что, на наш взгляд, обусловлено не столько «воздействием легковесных постмодернистских умонастроений», как полагают некоторые исследователи [Графский, 2017: 20], сколько объективной потребностью в появлении новых эпистемологических парадигм в век постмодерна. В особо продвинутых областях гуманитарного знания, таких как лингвистика и филология, рассматриваемая тенденция наметилась задолго до того, как дискуссии о постмодернизме встали на повестке дня, а именно еще в минувшем столетии, когда на все гуманитарные науки оказало мощное воздействие структуралистское движение.

Применительно к языкознанию основные положения структурализма были сформулированы в «Курсе общей лингвистики» Ф. Соссюра, со всей отчетливостью выдвинувшего два положения. По мнению ученого, язык в каждый момент своего развития представляет собой систему произвольных знаков, иерархическое строение которой проистекает из принципа двойного членения языка. Кроме того, историческое развитие, приведшее к текущему состоянию системы, по мысли Соссюра, является нерелевантным для правильного понимания этого состояния, ибо, пользуясь излюбленной соссюровской метафорой, для описания ситуации, сложившейся на шахматной доске, не обязательно знать ходы, приведшие к этой ситуации [Соссюр, 1999: 90].

Представляется, что подобные утверждения были направлены на последовательную элиминацию человеческого фактора в языке. Ведь в каждый отдельно взятый момент шахматной партии позиция на доске может рассматриваться как объективная данность,

несмотря на то, что сама эта позиция является результатом действия множества субъективных факторов, включая ошибки шахматистов. Эту идейную черту сосюрковского объективизма резко критиковали сторонники лингвистического идеализма, разделявшие точку зрения В. фон Гумбольдта, полагавшего, что язык любого народа представляет собой чистый процесс, деятельность (*энергейя*), а не ее результат (*эргон*) [Гумбольдт, 1984]. Следовательно, для объяснения природы человеческого языка необходимо прежде всего учитывать исторические, социально-психологические и цивилизационные особенности языкотворческой деятельности, образующие внутреннюю форму языка [Вайсбергер, 1993: 107].

Несложно заметить несколько обстоятельств, принципиально важных для правильного понимания текущей ситуации, сложившейся в сфере правового познания. В самом деле, дихотомия идеализма и объективизма в той или иной степени характеризует онтологическую структуру, существующую не только в языке, но и в любых культурных феноменах, включая право. Так же, как язык, право имеет двойственную природу, представляя собой, с одной стороны, творческую деятельность (*энергейя*), развертывающуюся в пространствах жизненного мира участников правовой коммуникации, и, с другой стороны, упорядоченную совокупность (систему) знаков, конструирующих правовую реальность, а также ее отдельные феномены. В зависимости от исходных идейно-мировоззренческих установок, в юриспруденции, как и в лингвистике, одни теоретики вставали на позиции бескомпромиссного идеализма, а другие — столь же бескомпромиссного материализма.

Так, представители юснатурализма, психологической школы права, а также некоторых версий правового реализма видели в праве только деятельность [Тонков, Тонков, 2022], в то время как нормативисты рассматривали право исключительно как систему, лишенную всяческого динамического измерения [Дидикин, 2016: 49–50]. Между тем в более динамично развивавшихся науках, прежде всего в лингвистике, с появлением генеративных концепций языка указанная антиномия во многом утратила актуальность, поскольку стало очевидно, что язык в различных своих ипостасях выступает одновременно как система и как жизненный

мир, представляя собою не механическую совокупность указанных ипостасей, но их онтологическое живое единство.

Как писал Э. Косериу, «утверждение, что язык — это исторический объект, не исключает описание и теорию. Описание, история и теория не находятся в антитезе, не противоречат друг другу, они взаимодополняют друг друга и составляют единую науку. В особенности же не исключают друг друга — с точки зрения объекта — описание и история; они несовместимы [только] как операции, т. е. они являются различными операциями» [Косериу, 1963: 154–155]. Аналогичные соображения еще в 20-х годах минувшего столетия высказывали представители кружка М. М. Бахтина, прежде всего В. Н. Волошинов, полагавшие, что язык (равно как и другие «идеологические» структуры) рассматривается в качестве объективной данности, обладающей чисто внешней принудительностью, лишь с точки зрения отдельного человека. С точки же зрения коллективной (т. е. социальной, в широком смысле) язык представляет собой творческое явление, подвижное и изменчивое в каждый момент времени [Волошинов, 1930].

По мере становления и развития постклассического правопонимания в теории права, а также в отраслевых юридических науках получает признание то обстоятельство, что право, учитывая его коммуникативную сущность, может рассматриваться в качестве *sui generis* языка. И подобно естественному языку, право в различных конкретно-исторических и социальных условиях может являться и системой знаковых средств, конструирующих правовую реальность, и жизненным миром индивидов, внутри которого разворачиваются процессы коммуникации, создающие право как систему. При этом нецелесообразно и контрпродуктивно, с исследовательских позиций, противопоставлять друг другу эти две ипостаси, решая достаточно схоластичный вопрос, какая из них является главной, а какая — второстепенной.

Представляется, что осознание сущностного единства системности и жизненного мира в правовом бытии обеспечит условия для сближения различных подходов к праву (как в плане общей теории, так и — что еще более важно — в отраслевых юридических доктринах), создав действенные предпосылки укрепления интегративного правопонимания в современной российской юриспруден-

денции. С этих позиций, являющихся основополагающими для постклассической теории права, способны получить надлежащее осмысление в том числе и такие безусловно существенные признаки права, как его нормативность и системный характер.

Библиография к главе 4:

1. *Александров Н. Г.* Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961. 269 с.
2. *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юридическая литература, 1966. 187 с.
3. *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2 т. Т. 1. М.: Юридическая литература, 1981. 360 с.
4. *Алексеев С. С.* Общая теория права. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби; Проспект, 2008. 576 с.
5. *Антонов М. В.* О системности права и «системных» понятиях в правоведении // Правоведение. 2014. № 1. С. 24–42.
6. *Бурбаки Н.* Теория множеств. М.: Мир, 1965. 456 с.
7. *Вайсбергер Л.* Родной язык и формирование духа. 2-е изд., испр. и доп. М.: Эдиториал УРСС, 1993. 232 с.
8. *Василевская Л. Ю.* К вопросу о предмете юридической науки // Российский юридический журнал. 2017. № 1 (112). С. 34–39.
9. *Витченко А. М.* Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1974. 161 с.
10. *Волошинов В. Н.* Марксизм и философия языка: основные проблемы социологического метода в науке о языке. Л.: Прибой, 1930. 157 с.
11. *Гильберт Д.* Основания геометрии. М.; Л.: Государственное издательство технико-теоретической литературы, 1948. 152 с.
12. *Гоббс Т.* Левиафан, или Материя, форма и власть государства, церковного и гражданского // Гоббс Т. Сочинения. В 2 т. Т. 2. М.: Мысль, 1991. 731 с.
13. *Гонгало Б. М.* Российская наука гражданского права: исторический, предметный и академический аспекты // Российский юридический журнал. 2020. № 6 (135). С. 94–104.
14. *Графский В. Г.* О непреодоленных трудностях в создании интегральной юриспруденции // Журнал российского права. 2017. № 7. С. 19–24.

15. *Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б.* О юридико-догматических химерах в современном российском правоведении // Правоведение. 2006. № 5. С. 4–22.
16. *Гумбольдт В. фон.* О различии строения языков и его влиянии на духовное развитие человечества // Гумбольдт В. фон. Избранные труды по языкознанию. М.: Прогресс, 1984. С. 37–299.
17. *Дидикин А. Б.* Аналитическая философия права: истоки, генезис и структура. Томск: Изд-во Томск. ун-та, 2016. 244 с.
18. *Иванов А. А., Матиенко Т. Л.* Особенности систем российского и римского права (цивилистические аспекты) // Вестник Московского университета МВД России. 2014. № 11. С. 14–17.
19. Истоки и источники права: генезис и эволюция / под ред. Р. А. Ромашова. СПб.: Алетейя, 2022. 482 с.
20. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право / сост. М. В. Антонов. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 704 с.
21. *Керимов Д. А.* Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. М.: Аванта+, 2000. 559 с.
22. *Кистяковский Б. А.* Рациональное и иррациональное в праве // Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М.: Изд-во М. и С. Сабашниковых, 1916. С. 356–373.
23. *Климович А. В.* Обязательства из деликтов в римском праве // Сибирский юридический вестник. 2008. № 1 (40). С. 44–50.
24. *Клини С. К.* Введение в метаматематику. М.: Книжный дом «Либроком», 2009. 525 с.
25. *Козлихин И. Ю.* О нетрадиционных подходах к праву // Правоведение. 2006. № 1. С. 31–40.
26. *Косериу Э.* Синхрония, диахрония и история (Проблема языкового изменения) // Новое в лингвистике. Вып. 3 / под ред. В. А. Звегинцева. М.: Издательство иностранной литературы, 1963. С. 143–44.
27. *Крусс В. И.* Конституционное правопонимание vs. «юридической эпистемологии»: Бьярн Мелкевик и «другие» // Журнал российского права. 2021. Т. 25. № 11. С. 19–15.
28. *Лосев А. Ф.* История античной эстетики. Поздний эллинизм. Харьков: Фолио; М.: ООО «Издательство АСТ», 2000. 960 с.
29. *Луковская Д. И., Ломакина И. Б.* Проблема определенности правопонимания (в контексте эволюции юснатурализма) // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2020. № 3 (87). С. 26–32.

30. *Мажуга В.И.* Диомед и Харизий о лексической норме // *Colloquia classica et indo-eurogaeica*. II. Классическое и индоевропейское языкознание / под ред. Н. Н. Казанского. СПб.: Алетейя, 2000. С. 74–85.
31. *Мальцев Г.В.* Нравственные основания права. 2-е изд., перераб. М.: Норма; ИНФРА-М, 2023. 400 с.
32. *Мартин-Лёф П.* Очерки по конструктивной математике. М.: Мир, 1975. 136 с.
33. *Миронов В.О., Зин Н.В.* О механизмах правового регулирования и правового воздействия // *Право и государство: теория и практика*. 2020. № 11(191). С. 80–82.
34. *Оглезнев В.В., Тарасов И.П.* Аскриптивность как онтологическое свойство юридических понятий // *Вестник Томского государственного университета. Философия, социология, политология*. 2010. № 4 (12). С. 101–110.
35. *Остин Дж.* Значение слова // *Аналитическая философия: Избранные тексты* / сост. А. Ф. Грязнов. М.: Изд-во МГУ, 1993. С. 105–120.
36. *Павлов В.С.* Юридическая техника в период Древнерусского и Московского государства // *Символ науки*. 2016. № 2. С. 138–141.
37. *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 1–2. 2-е изд., испр. и доп. СПб.: Типография товарищества «Екатерингофское печатное дело», 1910.
38. *Поляков А.В.* Возможна ли интегральная теория права? // *Государство и право на рубеже веков: проблемы истории и теории*. М.: Изд-во ИГПАН, 2001. С. 114–119.
39. *Поляков А.В.* Коммуникативный подход к праву как вариант постклассического понимания // *Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе* / отв. ред. А. Л. Савенок. Минск: Изд-во МВД Республики Беларусь, 2012.
40. *Поляков А.В.* Принцип взаимного правового признания: российская философско-правовая традиция и коммуникативный подход к праву // *Труды Института государства и права Российской академии наук*. 2021. Т. 16. № 6. С. 39–101.
41. *Попондопуло В.Ф.* Человеческая деятельность: правовые формы осуществления и публичная организация. М.: Проспект, 2021. 736 с.
42. *Римское частное право* / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М.: КНОРУС, 2015. 592 с.
43. *Савиньи Ф.К.* Система современного римского права. Т. I. М.: Статут, 2011. 513 с.
44. *Смелзер Н.* Социология. М.: Феникс, 1994. 668 с.

45. *Соссюр Ф.* Курс общей лингвистики. Екатеринбург: Изд-во Уральск. ун-та, 1999. 432 с.
46. *Тиунова Л. Б.* Системные связи правовой действительности. Л.: Изд-во ЛГУ, 1991. 135 с.
47. *Тонков Е. Н., Тонков Д. Е.* Правовой реализм. СПб.: Алетейя, 2022. 464 с.
48. *Филиппова С. Ю.* Концепция науки гражданского права как объекта цивилистического исследования // Образование и право. 2017. № 4. С. 158–163.
49. *Хабермас Ю.* Теория коммуникативной деятельности. М.: Весь мир, 2022. 880 с.
50. *Харитонов Л. А.* Толкование правовых норм в Древнем Риме // Юридическая мысль. 2016. № 2 (94). С. 52–58.
51. *Хеффе О.* Политика. Право. Справедливость: Основоположения критической философии права и государства. М.: Гнозис, 1994. 319 с.
52. *Честнов И. Л.* Постклассическое правопонимание: основные характеристики // Право и государство. 2017. № 1–2 (74–75). С. 13–25.
53. *Честнов И. Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 4–16.
54. *Шабалин В. А.* Системный анализ механизма правового регулирования // Советское государство и право. 1969. № 10. С. 123–127.
55. *Штолл Л.* От обобщения к дегуманизации эстетики // Структурализм: «за» и «против» / под ред. Е. Я. Басина, М. Я. Полякова. М.: Прогресс, 1975. С. 326–345.
56. *Stein P.* *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims.* Edinburgh: Edinburgh University Press, 1966. 165 p.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ФОРМАЛЬНОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ ПРАВА

Михаил Валерьевич Антонов — крупнейший теоретик-неопозитивист в нашей стране. В связи с этим представляется актуальным обсудить важнейший признак права, с точки зрения этого почтенного подхода к правопониманию, — его формальную определенность.

Право — сложный, многогранный феномен. Это мнение отнюдь не откровение, сегодня мало кто осмелится ему возразить. Более сложным и, может быть, спорным является следующее положение: будучи динамическим феноменом, связанным со всеми другими социальными и многими природными явлениями, право потенциально неисчерпаемо в его внешних проявлениях. С этим не соглашался Л. С. Мамут, утверждавший, что право «при определенных условиях, несомненно, исчерпаемо, подобно всему земному финально, ограничено собственным составом, характерными признаками, выполняемыми ролями. Там, где его границы соприкасаются с пределами иных явлений, право в качестве одного из ключевых факторов социокультуры кончается. Его “полиреферентность” (если угодно, соотносимость, сочетаемость с группами сходных явлений) решительно противна “неисчерпаемости” (допускаю, что это случайная оговорка). “Неисчерпаемость” — слово, которое в языке сродни безбрежности, бескрайности, необъятности. В применении к праву все они неверны. Будучи и впрямь “полиреферентным” (т. е. междисциплинарным предметом), право имеет свою, лишь ему одному присущую, специфику» [Мамут, 2013: 5]. Не отрицая наличие у права инвариантных свойств, замечу, что они проявляются по-разному в различных исторических и социокультурных контекстах. В этом смысле оно — право — охватывает все стороны жизнедеятельности современного человека.

Более того, сегодня происходит постоянное расширение границ права — оно вторгается, хотя и «мягкими методами», в частную и общественную жизнь, в чем проявляется процесс, именуемый «юридификация»¹. Отсюда потенциальная «безграничность» права, вытекающая из неисчерпаемости и динамичности (постоянной изменчивости) социальной жизни. Об этом в свое время утверждал Ф.Ницше: «...все понятия, в которых семиотически резюмируется процесс как таковой, ускользают от дефиниции; дефиниции подлежит только то, что лишено истории» [Ницше, 1990: 457]. Так как право постоянно изменяется вместе с трансформациями, происходящими в обществе, его определение «ускользает от дефинирования».

Как уже отмечалось, право не имеет одного единственного референта. «Права “как такового” не существует, — утверждает А.В.Поляков. — Это означает, что у данного слова нет определенного эмпирически узнаваемого референта. Слово “право” не привязано жестко к какому-либо внешнему эмпирическому объекту» [Поляков, 2012: 19]. «Нам следует принять или признать, — делает весьма радикальное заявление канадский философ и теоретик права Б.Мелкевик, — что право не имеет никакого реального или эмпирического “существования” в этом мире. Право не имеет никакого физического или материального существования в социальном или политическом мире, и еще меньше — существования с точки зрения наличия или действительности, не говоря уже о том, чтобы быть или иметь, и что, в конечном счете, следует действовать и думать соответствующим образом. <...> В этом смысле не существует никакого “объекта”, называемого “правом”, в реальном, материальном, фактическом или просто “осязаемом” мире! Право не является чем-то “самим по себе” или не имеет этого признака, и мы не располагаем таким средством научного познания, которое позволило бы нам установить, чему может реально, действительно или объективно соответствовать эта символическая репрезентация, называемая “правом”. Итак, ошибочно писать и думать, будто “право” существует как “объект”, который можно схватить!» [Мелкевик, 2015: 139]. Полагаю, что такой по-

¹ О юридификации как сверхрегулировании см.: [Беляев, 2018].

стмодернистский радикализм, отрицающий право как таковое, вряд ли уместен. Более последователен в этом вопросе известный венгерский теоретик права Ч. Варга. «Так как право является непрерывным процессом, — утверждает Ч. Варга, — мы не можем помыслить его в его целостности (то есть помыслить “право вообще”) как единообразное, завершенное и неизменно самотождественное. Будучи явлением, получаемым посредством различных беспрестанно действующих противодействующих процессов, оно всегда будет демонстрировать различные стороны, компоненты и способы формирования (с возможностью временных конфликтов и одного окончательного на данный момент результата) в каждый момент времени <...> По определению, а также согласно своему онтологическому основанию, право является многофакторным процессом, состоящим из суммы актуализаций, выражающихся в цепочке различных связанных между собой и исторически обусловленных актов» [Варга, 2015: 37].

Отказ от одного единственного референта у понятия права не отрицает вообще его, референта, отсутствие. Право связано, прежде всего, с человеком, точнее — взаимодействиями людей, их последствиями, знаковыми, ментальными процессами, сопровождающими такие взаимодействия и последствия. Через межличностные взаимодействия право опосредует все социальные явления и процессы. В такого рода связях проявляется правовое регулирование. Любое взаимодействие относится к какой-либо сфере общества и никогда не является «чисто правовым». В этом смысле отчасти следует согласиться с Б. Мелкевиком, что не существует правовых явлений как таковых, все они суть психические, культурные феномены, некоторые из них — экономические, другие — политические, третьи — экологические и т. д.

В связи с «ментальной (или психической) референтностью» права возникает сложный вопрос: существует ли сегодня в постсовременном социуме единая юридическая картина мира, общие и общезначимые социальные правовые представления? Исходя из изысканий постклассической философии, социологии, когнитивной лингвистики, юриспруденции и в других социогуманитарных дисциплинах, важнейшей характеристикой постсовременной картины мира является ее фрагментарность. Она связана

с отсутствием позиции «Божественного метанаблюдателя» (по терминологии Х. Патнэма) и вытекающей отсюда множественностью референтностей — плюрализмом референтных групп, конструирующих социальные правовые образы, значения, которые интериоризируются в правовые смыслы конкретными людьми — носителями статуса субъектов права. Поэтому структурированность юридической картины мира «по вертикали» (выделение соответствующих уровней) сегодня дополняется ее фрагментированностью (или сегментированностью) «по горизонтали», исходя из множественности референтных групп, сегментов власти юридической номинации, категоризации и квалификации (хотя бы на уровне обычного права, повседневных юридических практик). При этом если на философско-правовом и теоретическом уровнях юридической картины мира такие изменения достаточно активно рефлексированы, то трансформации, которые происходят на профессиональном, обыденном уровнях и в области юридического бессознательного, остаются практически не исследованы.

Постклассическая философия права настаивает на том, что право — творение рук и ума человека, социализированного в определенной правовой культуре². В этом проявление антропологического и одновременно практического (конструктивистского) поворотов, которые определяют содержание постсовременного гуманитарного знания. Все проявления права «есть искусственные конструкции, созданные человеком: навыки, разработанные в рамках постоянно контролируемого опыта, накопленного многими поколениями, подкрепленные и подтвержденные непрестанными человеческими попытками социализации, регенерации и переконвенционализации» [Варга, 2015: 178–179]. Модусы бытия права, как считает Ч. Варга, «...не более чем искусственные

² Поэтому актуальное или фактически существующее право принципиально несовершенно, далеко от идеала и подвержено перманентным трансформациям. Как утверждает Б. Мелкевик, юридическая современность всегда незавершена, она напоминает лабиринт, «который беспрестанно строится и перестраивается, который постоянно усложняется, лабиринт, в котором мы оказались без карты и компаса и в котором поэтому мы можем положиться только на нашу верность праву, наше доверие к праву, нашу волю к праву, наши “мысли” о праве, способные нас поддерживать и позволить нам действовать последовательно» [Мелкевик, 2015: 43, 68].

социальные конструкты, которые, несмотря на последовательное обезличивание формализованными процессами, обусловлены личной ответственностью человека, принимающего решения. В частности, выражаемые таким образом убеждения заключают в себе толкование, мировоззрение, призвание, целесообразность, практичность — т. е. всю полноту человеческой сущности во всем многообразии свойств и способностей человека, включая, помимо разума, еще и эмоциональную культуру, интуицию, восприимчивость к мистическим влияниям и т. п., во всех их проявлениях» [Варга, 2015: 196–197].

Качество «правового», не существующего как некая данность или природа, формируется людьми (властью в широком смысле слова, включая все значимые референтные группы, существующие в данном социуме), использующими знаковые формы, благодаря чему физическое, фактическое поведение (взаимодействия) наделяется статусом юридического, по аналогии с тем, как культура переводит материальное (физическое) в социальное. Функционирование права осуществляется через означивание — бинарный код, задаваемый извне, политикой права, которая переводит экстраправовые факторы (в том числе мораль) в юридические явления. Поэтому нет правовых феноменов в «чистой» их явленности, а есть приписывание (аскрипция — по терминологии Г. Харта; вменение — по Г. Кельзену) некоторым социальным явлениям, событиям и процессам свойства «быть правовыми». Таким образом, правовая реальность — это не отдельная (в эмпирико-наглядном смысле) сфера общества, а срез, сторона, аспект социальности, возникающий при означивании (юридической квалификации) тех или иных социальных связей и интеракций как правовых. «Нет такой вещи, как право» (как уместно перефразировать знаменитую фразу М. Тэтчер), но есть практическая активность человека по конструированию и воспроизведению правовой реальности. При этом правовая реальность является многогранным феноменом, который невозможно исчерпывающим образом описать и объяснить одним (и даже множеством) непротиворечивых способов.

Таким образом, можно утверждать, что в праве (правовой реальности) выделяются многочисленные признаки, характеристики, взаимодействие и взаимодополнительность которых обра-

зуют содержание его бытия. Среди них следует выделить, прежде всего, основную бинарную оппозицию, образующую главное противоречие постсовременности — структуру и действие, которая, в свою очередь, определяет диалог динамики и статики, внешнего и внутреннего, материального и духовного. Эта дихотомия выражается во влиянии общества на индивида, в его социализации обществом, в обусловленности поведения человека социальными явлениями и процессами (структурой) и, с другой стороны, в изменениях, которые отдельные люди вносят в социальные институты (структуры), в свободе (всегда относительной) в принятии решений и, в том числе, в юридически значимом поведении. В знаменитой теории «структурации» Э. Гидденс показывает взаимозависимость структуры и действия. «Структура способствует действию, а не просто ограничивает его, она делает возможной творческую активность, но повторяющиеся действия множества индивидов работают на воспроизводство и трансформацию социальной структуры. В центре теории Гидденса находятся социальные практики, упорядоченные в пространстве и во времени, и именно благодаря им воспроизводятся социальные структуры. Однако Гидденс рассматривает структуру не как абстрактные господствующие внешние силы, а как правила и ресурсы, делающие возможным воспроизводство социальных практик во времени. Эта дуальность структуры есть способ переосмысления предшествующей дихотомии» [Гидденс, Саттон, 2018: 46].

Об этом же писал Н. В. Андрианов: «Любой образец поведения, рассматриваемый в качестве правовой нормы, находит свое выражение в языковой форме в виде первичной интерпретации. Даже если норма представлена визуальным знаком (например, знаком дорожного движения, или знаком сакрального обряда), ей сопутствует сформулированный текст. <...> Новое правило сразу после принятия закона будет подвергнуто интерпретации сторонниками... различных точек зрения, что неизбежно отразится в ходе его практического использования. <...> Не существует ни окончательной формулировки правовой нормы, ни ее окончательной интерпретации. Любая правовая идея, ставшая нормой закона, несет за собой в виде своеобразного шлейфа тексты возможных интерпретаций, которые, в свою очередь, подвергаются интерпретациям

и меняются под воздействием социально-культурного контекста. <...> Несмотря на подвижность отношения означающее-означаемое, язык обеспечивает относительную устойчивость юридических терминов и конструкций» [Андрианов, 2016: 533–535].

«Право, — полагают А.С.Александров, И.А.Александрова и В.В.Терехин, — это знаковая, семиотическая система, которая трансформирует отношения между людьми в сферу формальных, абстрактных понятий, имеющих функциональный характер, способ взаимодействия, которым характеризуется феномен социума. Право есть система значений текста закона, сложившихся в сознании судьи в ходе интерпретации закона в данном деле» [Александров, Александрова, Терехин, 2016: 604].

Главной проблемой знакового выражения права как его формальной определенности является возможность конструирования непротиворечивого, логически завершенного и универсального кодекса³. Начиная с эпохи Просвещения предпринимались многочисленные попытки создать идеальный кодекс, регулирующий все, по крайней мере, подлежащие правовой фиксации, общественные отношения. Главной проблемой, возникающей в этой связи, является конвенциональный характер знаков, из которых состоит текст. Если означающее условно, то его связь с означаемым также является условной⁴. Отсюда проблематизируется существование универсальной, содержательной и одновременно замкнутой структуры, репрезентируемой в «план выражения». Письменная фиксация права создает «возможность расхождения действительного права и его официальной формы», — справедливо утверждает И.Грязин [Грязин, 1983: 32]. Это же свидетельствует о невозможности однозначного толкования (интерпретации) знака (текста), что доказывается полисемией многих знаков⁵ и открытостью текстов. По мнению У.Куайна, смысл языкового выра-

³ Подробнее см.: [Честнов, 2017: 30–87].

⁴ По мнению Ж.Деррида, «в нынешней ситуации обнаружилось, что всякий знак (и устный, и письменный) есть лишь знак знака, след следа, означающее означающего, звено в бесконечной цепи отсылки, никогда не достигающей означающего» [Автономова, 2000: 33].

⁵ О полисемии юридических понятий, проявляющихся в форме метонимии, метафоры, катафразы и синекдохи, см.: [Власенко, 1997: 24–26].

жения нельзя рассматривать вне определенной аналитической гипотезы, как и истинность положений научной теории вне самой теории, вне определенной концептуальной системы. В этом состоит суть его теории онтологической относительности [Quine, 1969]. Кроме того, как указывает известный теоретик уголовного права В. Ф. Щепельков, «выводы той или иной теории могут, с одной стороны, быть логически корректными, т. е. абсолютно соответствовать правилам, установленным ее создателем, а с другой — противоречить внешним требованиям, которые предполагаются, но по каким-либо причинам не включены в систему аксиом, а потому не учитываются при построении выводов» [Щепельков, 2003: 6].

Отсюда вытекает невозможность догматически выверенного законодательства, претендующего на полноту и непротиворечивость⁶. Неслучайно К. Альчуррон и Е. Булыгин в «Нормативных системах» — работе, ставшей классической, утверждают, что полнота и непротиворечивость системы права не более чем идеал, в то время как реально существующие системы права всегда и неполны, и противоречивы [Альчуррон, Булыгин, 2010: 420, 424]. «Тот факт, что нормативная система является (нормативно) полной в том смысле, что она разрешает любой возможный случай (как родовой, так и индивидуальный), не исключает возможности пробелов в распознавании (пробелы в знании устраняются в рамках судебной практики благодаря презумпциям). Всегда существует возможность того, что возникнет индивидуальный случай, который будет невозможно однозначно классифицировать. Но это не значит, что такой случай не будет разрешен системой; нам может быть известно, что случай *разрешен* без знания того, *как* он разрешен» [Альчуррон, Булыгин, 2010: 336].

⁶ Такого рода попытки опровергнуты в середине XX в. ограничительными теоремами К. Геделя. Ограничительные теоремы сыграли принципиально важную роль в формировании постклассической методологии, для которой характерны неполнота, относительность (релятивность) и контекстуальность знания об объекте, неисчерпаемом в своих проявлениях. Кроме того, вторая теорема К. Геделя говорит о невозможности выведения знания об объекте из самого объекта. Поэтому несбыточными мечтами разума эпохи просвещения можно считать требование «строгости» юридической науки отвечать на вопросы исключительно юридические, ограничивая пространство юриспруденции «пределами легитимных суждений» [Пермяков, 2010: 157–158].

«Так называемый постулат герметической (или необходимой) полноты права — а он представляет собой юридическую версию того же самого логического постулата — необоснован в утверждении о том, что любая правовая система является полной. <...> Из того, что правовые системы являются гипотетическими, следует, что ни одна правовая система не может быть абсолютно замкнутой. <...> О полноте как свойстве нормативной системы можно говорить только применительно к контексту множества обстоятельств или случаев и множеству деонтически квалифицированных действий. <...> Поэтому нормативная полнота — не более, чем идеал, к которому нормативные системы должны стремиться, идеальное правило» [Альчуррон, Булыгин, 2010: 314, 402, 424, 444].

* * *

Подвести итог вышеизложенному уместно следующей цитатой: «Определенность права есть переменное состояние, оно результат победы какой-то интерпретации над другими — в данном случае, в данное время. Однако это победа временная. Неизбежен кризис смысла. Ведь жизнь развивается, возникают новые ситуации, образуются лакуны в смысловом пространстве. А главное, меняется политика, тренд в интерпретациях, которую можно связывать с игрой властных сил в обществе.

Как только возникает сомнение в актуальности нормы права, как только кто-то предлагает новую интерпретацию ее смысла, начинается опять борьба и возникает ситуация смысловой неопределенности, т.е. кризис, и соответственно появляется необходимость преодоления кризиса, выбора в пользу одной из альтернативных интерпретаций.

Наилучшей гарантией определенности права является разделение властей, конкурентная среда в правовом пространстве, открытость обсуждения правовых вопросов в независимом суде. А создать исчерпывающий в смысловом отношении, непротиворечивый, полный текст закона — иллюзия» [Александров, Александрова, Терехин, 2016: 590–591].

Библиография к главе 5:

1. *Автономова Н.* Деррида и грамматология // Деррида Ж. О грамматологии. М., 2000. 520 с.
2. *Александров А. С., Александрова А. А., Терехин В. В.* Шесть критических эссе о праве и правосудии // Постклассическая онтология права: монография / под ред. И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2016. 688 с.
3. *Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В.* Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 62–74.
4. *Андреанов Н. В.* Воспроизводство права как проблема семиотики права // Постклассическая онтология права: монография / под ред. И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2016. С. 509–560.
5. *Беляев М. А.* Сверхрегулирование как симптом кризиса правовой системы // Кризис права: история и современность: монография / под общ. ред. В. А. Денисенко, М. А. Беляева, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2018. С. 113–134.
6. *Варга Ч.* Загадка права и правового мышления / пер. с англ. и венг.; сост. и науч. ред. М. В. Антонов. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 409 с.
7. *Власенко Н. А.* Проблемы точности выражения формы права (лингво-логический анализ): дисс. в форме науч. докл. на соиск. уч. ст. д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1997. 70 с.
8. *Гидденс Э., Саттон Ф.* Основные понятия в социологии / пер. с англ. Е. Рождественской, С. Гавриленко; под науч. ред. С. Гавриленко; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: ИД Высшей школы экономики, 2018. С. 46.
9. *Грязин И.* Текст права (Опыт методологического анализа конкурирующих теорий). Таллин, 1983. 336 с.
10. *Мамут Л. С.* Полиmodalность права // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 4. С. 5–25.
11. *Мелкевик Б.* Юридическая практика в зеркале философии права / пер. с фр. и англ. М. В. Антонова, А. Н. Остроух, В. А. Токарева, Е. Уваровой и др.; отв. ред. М. В. Антонов. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 284 с.
12. *Ницше Ф.* К генеалогии морали // Ницше Ф. Сочинения в 2 т. Т. 2. М.: Мысль, 1990. 829 с.
13. *Пермяков Ю. Е.* Юриспруденция как строгая наука // Юриспруденция в поисках идентичности: сборник статей, переводов, рефератов. Самара, 2010. С. 101–159.
14. *Поляков А. В.* Коммуникативный подход к праву как вариант постклассического правопонимания // Классическая и постклассическая

методология развития юридической науки на современном этапе: сборник научных трудов / редкол.: А.Л.Савенок (отв. ред.) и др. Минск: Изд-во Академии МВД, 2012. С. 19–28.

15. *Честнов И. Л.* Правовая культура как механизм воспроизводства правовой реальности // *Культуральные измерения права: коллективная монография / И. Л. Честнов, З.Н. Каландаришвили, Е. Ю. Калинина, Л. А. Голубева, А. Э. Черноков; под ред. И. Л. Честнова.* СПб.: ИВЭСЭП, 2017. С. 30–87.
16. *Щепельков В. Ф.* Уголовный закон: преодоление противоречий и неполноты. М.: Юрлитинформ, 2003. 416 с.
17. *Quine V. W.* *Ontological Relativity and Other Essays.* New York: Columbia University Press, 1969. 165 p.

ГРАНИ ОСМЫСЛЕНИЯ ПРОБЛЕМЫ НОРМАТИВНОСТИ ПРАВА В ПОСТКЛАССИЧЕСКУЮ ЭПОХУ: АНАЛОГИЯ ПРАВА И ИГРЫ*

6.1. Постановка проблемы

Сравнение права и игры — довольно распространенный и очевидный прием в обыденном языке, особенно актуальный в контексте современного «игрового поворота» в культуре, который в целом характерен и созвучен постклассической научной рациональности и методологии. При объяснении того, что такое право, у неспециалиста или того, кто только начинает изучение проблем теории и философии права, возникает естественный соблазн сравнить объясняемое явление с чем-то, что уже известно собеседнику (что, среди прочего, может быть обосновано и академически — восприятие информации в общении, говоря словами Х.-Г. Гадамера, определяется «горизонтом понимания», и то, что слушающий может воспринять, задается предшествующим опытом и знаниями). Игра очень часто дает множество подходящих аналогий, причем в первую очередь в аспекте нормативности — многие игры построены на общих правилах, что и роднит их с правом. И «право», и «игра» — слова очень многозначные. Тем не менее, опираясь на аналитический метод, можно в самом общем виде наметить сходство между этими двумя явлениями: например, и в одном, и в другом случае мы в целом сталкиваемся

* Глава подготовлена при финансовой поддержке РФФ, проект 22-28-00433 «Индустрия компьютерных игр: в поисках правовой модели». Автор выражает благодарность профессору кафедры теории и истории государства и права СПбГУ Елене Владимировне Тимошиной за консультации по вопросам отражения игр в трудах Л. И. Петражицкого.

с некими правилами — можно вспомнить расхожее выражение «правила игры», которое часто звучит на юридических конференциях. Или же: и право, и игра, в определенном смысле, регулируют внешнее поведение — ни одно, ни другое явление почти никогда не требуют «верить»¹ в свои концепции, а лишь соответствовать их логике в отношениях, что отличает оба направления, например, от морали (это наблюдение представляется весьма интересным и само по себе)². Наконец, и право, и игра, в определенном смысле, существуют лишь постольку, поскольку соблюдаются их правила. Такого рода аналогии, отражающие, по сути, проблему нормативности (права или игры), находят отражение и в учебной литературе по теории права [Поляков, 2005: 121]³.

Стоит ли за этими сходствами нечто большее, чем простые лингвистические совпадения (если такие вообще бывают), и насколько ценной может быть рассматриваемая аналогия для юридической науки и образования? На самом деле, само по себе обращение к методологии аналитической философии и юриспру-

¹ Слово «верить» в данном случае употреблено также условно, как слово из обыденного языка. Речь идет о том, что в праве от субъекта, по общему правилу, не требуется отождествление себя с какой-то юридической квалификацией с точки зрения внутреннего самоощущения, а лишь вести себя соответственно в общественно-значимой коммуникации. С точки зрения именно права (не политической науки, не социальной психологии и т. д.), в целом неважно, что гражданин может не видеть какой-то глубокой внутренней реальности, например, за своим статусом налогоплательщика, если он добросовестно исполняет свои обязанности.

² Слово «мораль» также многозначно, и в данном контексте оно используется в смысле, характерном для подходов, принятых в преподавании теории права в Санкт-Петербургском государственном университете, восходящих к школе Л. И. Петражицкого — мораль как «императивные» (а не правовые, «императивно-атрибутивные») эмоции, разновидность самообязанности, ответственности перед самим собой и (или) перед высшим началом.

³ Сложно перечислить все возможные источники, но в качестве примера можно привести подход А. В. Полякова и Е. В. Тимошиной, которые на страницах учебника «Общая теория права» отмечают, что «[э]лементы спорта проникают и в правовую культуру, принадлежат к фундаментальным чертам всей правовой практики, и особенно практики правосудия», цитируя упоминающегося далее Й. Хейзингу, в связи с чем данный фрагмент может быть соотнесен не только с областью спорта как такового, но с областью игр в широком смысле слова, включающей и спортивные игры.

денции подразумевает, что данный вопрос, конечно, риторический. Если мы видим какие-либо устойчивые практики «языковых игр» (причем и выбор этих слов, основанный на концепциях Л. Витгенштейна, представляется более чем уместным для данной публикации), за этим вполне может оказаться нечто значимое для социальных наук, имеющих дело с предметом, сущность которого, собственно, и связана с социально значимой коммуникацией. Именно в этом контексте и предлагается гипотеза об обоснованности и научной легитимности аналогии права и игры в юридической науке и образовании, особенно в современных условиях. Данная гипотеза подразумевает три тезиса:

- 1) аналогия права и игры в юридической науке и образовании обоснована;
- 2) данная аналогия — классический, хотя и недостаточно освещаемый в системном ключе прием теории и философии права;
- 3) для области характерен пробел — компьютерные игры учитываются ограниченно, почти не учитываются современные настольные игры.

Сразу следует сделать оговорку, что предметом настоящей работы является именно аналогия права и игры, причем преимущественно в контексте теории и философии права, а основная направленность работы задается, прежде всего, вторым и третьим тезисами. Общая история отношения между правом и играми чрезвычайно богата, восходит, по меньшей мере, к римскому праву, и ей уделяется подобающее внимание в литературе [Рыженков, 2022: 2–7; Федотов, 2011: 25–74]. Данный комментарий относится также и к специальным правовым проблемам современных компьютерных игр, включая многопользовательские, изучение которых составляет уже вполне сложившееся направление в юридических и междисциплинарных исследованиях⁴.

Для целей обоснования данной гипотезы и тезисов представляется целесообразным обратиться, собственно, к тем концепциям,

⁴ В этом смысле проблематика «магического круга», «виртуальной собственности» и т. п. находится за пределами непосредственного предмета настоящей работы, хотя косвенно к ней, конечно, относится.

которые описывают современное социокультурное измерение общества в свете «игровой» проблематики (правовая проблематика читателю, вероятно, известна гораздо лучше), затем обратить внимание на общие работы по теории права, в которых данная аналогия встречается в качестве иллюстрации и (или) попутного исследовательского результата⁵, а также исследования, в которых непосредственно изучалась аналогия права и игры, и наметить основания для развития аналогии с учетом современных игр.

6.2. Обоснованность аналогии права и игры в контексте «игрового поворота»

И научные парадигмы, и социокультурное измерение общества в самом общем виде, как правило, характеризуется различными «поворотами». Так, например, известен «лингвистический поворот» в философии, выразившийся, по сути, в обращении внимания на язык как на инструмент не только описания, но и конструирования реальности⁶. Медиафилософы [Очеретяный, 2015: 10]⁷ признают лингвистический поворот, выделяют иные «повороты» (перформативный, постмодернистский, антропологический и т.п.) [Савчук, 2014: 7], но придают фундаментальное значение именно медиальному повороту [Савчук, 2014: 19]. По выражению В.В.Савчука, «...после лингвистического приходит медиальный поворот — онтологическое свидетельство изменения реальности, — что бытие и медиареальность отождествляются и взаимозаменяются, растворяясь друг в друге. Этапы его становления таковы: действительность опосредована мышлением, мышление — языком, язык — знаком, знак — медиа. Надстраи-

⁵ Сразу следует оговориться, что вряд ли есть возможность дать в одной статье исчерпывающий перечень примеров из трудов юристов прошлого и настоящего, поэтому в статье будут приведены лишь отдельные репрезентативные примеры.

⁶ Для социально-гуманитарных наук это равнозначно осознанию зависимости результата исследования от применяемого метода.

⁷ По выражению К.А.Очеретяного, медиафилософия — «философия, имеющая своим объектом информационно-коммуникационные технологии». В качестве попутного комментария: естественным образом возникает идея и об аналогичном «ответвлении» философии *права*.

ваясь друг над другом, “бытие” в современных условиях дается только через медиа» [Савчук, 2014: 7]. При этом медиальный поворот — это не только абстрактная характеристика современного состояния общества. К. А. Очеретяный отмечает, что «тотальное влияние медиа на повседневную жизнь человека приводит и к изменению способов переживания человеком собственного тела. Медиа отчуждают от нас тело, лишают его роли актуального источника опыта... Биологическое тело попадает в зависимость от образов тел, производимых техническими аппаратами, а телесные практики, осуществляемые человеком в его повседневности, актуализируются в качестве инструментальных и коммуникационных навыков лишь в той мере, в какой медиа транслируют и акцентируют их применение. В этом смысле тело человека представляет собой парадоксальный объект, который, несмотря на принадлежность природе, обретает свой завершённый образ в моделях символизации, предоставляемых медиа» [Очеретяный, 2015: 7].

Значение медиального поворота в контексте гипотезы, предлагаемой в настоящей статье, приведено в целях демонстрации потенциальной значимости аналогии права и игры не только как инструмента для пояснения природы права, но и как «интеллектуального симптома» эпохи. Игры, тем более современные компьютерные игры, — это разновидность медиа, и сказанное выше относится к ним в той же мере, что и к другим видам медиа, а значит, интеграция игр в социокультурное измерение жизни общества влияет и на восприятие права. Собственно, на основе этого рассуждения и аналогичных рассуждений из других областей появляется идея выделить «игровой поворот» как часть медиального поворота⁸. В то же время, тезис об «игровом повороте» прямо высказывается сравнительно редко, но все же находит свое обоснование у отдельных исследователей. Так, например, данный «поворот» констатирует современный нидерландский автор Й. Ресенс. Игровой поворот подразумевает переосмысление значения игр и распространение в культуре игровых артефактов, обостряет

⁸ Различные статистические данные, свидетельствующие об экономическом росте современной индустрии компьютерных игр и киберспорта, в этом смысле лишь одно из многих косвенных оснований для такого философского обобщения.

проблему симуляции и распознавания симуляции в медиапространстве (причем последнее по-своему актуально и для практических аспектов информационного права). Характерен пример из 2010 года, становящийся все более актуальным по мере развития медиатехнологий и практик: «...использование медиа может поначалу казаться безвредным, нейтральным развлечением. Вспомните все эти творческие адаптации “Звездных войн” на YouTube. Но оно, однако, может оказаться связанным и с политическими целями. Обратите внимание, что турецкий суд недавно заблокировал доступ к YouTube, поскольку на нем были размещены видео, посягающие на Ататюрка, основателя Турецкой Республики; элемент выдумки [англ. make-believe — слово многозначное, также отсылающее и к виртуальности, и к притворству] отсылает к дуальной природе медиа» [Raessens, 2012].

В целом, однако, пристальное внимание социогуманитарного дискурса к играм характерно именно для XX века. К проблематике игры обращались многие мыслители, в том числе известный отечественный философ, культуролог и литературовед М. М. Бахтин с его концепциями смеховой культуры, карнализации и в целом общего «игрового контекста» многих высказанных им идей [Бахтин, 1979: 67–68]⁹. Непосредственное изучение проблематики игр, как правило, прежде всего связывается с именем нидерландского культуролога Й. Хейзинги и его книгой *Homo Ludens* (лат. «Человек играющий»), которая вряд ли нуждается в особом представлении. Считается, что именно Й. Хейзинга обосновал идею о первичности игры в особом, глубинном смысле по отношению к культуре. В то же время любопытно, что из этой его идеи совсем не следует всеобщность и приоритет игры и всего «несерьезного» в жизни. Напротив, согласно отдельным интерпретациям, для Й. Хейзинги было важно строго разделять область

⁹ Среди прочего М. М. Бахтин писал, что «коренное отличие искусства от игры заключается в том, что в игре принципиально отсутствуют зрители и авторы. Игра в них не нуждается, она будет игрой и без них. Сам играющий не видит свою игру в целом, не имеет ее целостного эстетического образа. Произведение искусства всегда что-то изображает, а игра ничего не изображает, но лишь воображает». Эта мысль крайне интересно ложится на контекст современных многопользовательских игр и киберспорта, стриминга и т. п. — в них появляются и авторы, и зрители.

игры и ее противоположности, так как иной подход выразился бы в придании игрового характера (отметим, что определение антонима к слову «игровой» само по себе составляет нетривиальную проблему) тому, чему не следует, с губительными для общества последствиями — именно в связи с этим Й.Хейзинга как последовательный противник идеологии нацизма, пострадавший от нее в конце жизни, полемизировал с К. Шмиттом [Lambrow, 2021: 820–834].

Что не менее важно, по всей видимости, именно у Й.Хейзинги мы можем увидеть один из первых примеров аналогии права и игры в условиях «поворотов» дискурса XX века. Так, по его словам, «[е]ще разительней временного ограничения — ограничение местом. Всякая игра протекает в заранее обозначенном игровом пространстве, материальном или мыслимом, преднамеренном или само собой разумеющемся... Арена, игровой стол, магический круг... судебное присутствие — все они по форме и функции суть игровые пространства, то есть отчужденная земля, обособленные, выгороженные, освященные территории, где имеют силу свои особые правила. Это временные миры внутри мира обычного, предназначенные для выполнения некоего замкнутого в себе действия» [Хейзинга, 2022: 23]. При этом самой показательной, конечно, является четвертая глава его книги, «Игра и правосудие», с краткостью, но изящно сочетающая освещение вопросов как семантики, так и истории юридических понятий и права в игровом контексте. Автор отмечает, что «на первый взгляд, сфера права, закона и правосудия чрезвычайно отдалена от сферы игры. Ибо священная серьезность и живейшие интересы отдельного человека и общества в целом царят во всем, что касается права и правосудия», однако «[в]озможность родства между игрою и правом делается для нас очевидной, как только мы замечаем, что правовая практика — другими словами, судопроизводство, независимо от того, какие идеалы положены в основание права, — носит в высшей степени состязательный характер» [Хейзинга, 2022: 114]. При этом «[в]сякое место, где свершается правосудие, — это подлинный теменос, освященное место, отрезанное, отгороженное от обычного мира. Таким образом, сначала выделяют место для суда, а затем созывают суд. Это поистине маги-

ческий круг, игровое пространство, внутри которого привычное деление людей по их рангу временно прекращается. На время они делаются неприкосновенными» [Хейзинга, 2022: 115].

Вероятно, здесь имеет смысл остановиться, поскольку такого рода сравнения для междисциплинарных социогуманитарных исследований в пределах ограничений статьи представлены достаточно наглядно, и они могут считаться уже общим местом (хотя в праве они прямо подмечаются не так часто) [Caillois, 2001: 58]¹⁰, и перейти непосредственно к юридическим исследованиям.

6.3. Аналогия права и игры в теоретико-и философско-правовых исследованиях

В целом упоминание права и игр в одном исследовательском контексте характерно для разных периодов и правовых культур. В отечественной правовой традиции, пожалуй, наиболее известно обращение к играм в трудах Л. И. Петражицкого, который на страницах первого тома «Теории права и государства в связи с теорией нравственности» подчеркивал, что «установленные выше понятия права в реально-психологическом и в проекционном смысле обнимают все императивно-атрибутивные переживания и все соответственные проекции без всяких изъятий и ограничений» [Петражицкий, 1909: 87] так, что «этим понятием и учением обнимаются все те, еще более многочисленные императивно-атрибутивные переживания и нормы, обязанности и т. д. (интуитивного и позитивного свойства), которые касаются разных случаев и областей жизни и поведения, находящиеся вне сферы ведения и вмешательства со стороны государственных законов, судов и иных официальных учреждений и начальства. Сюда, между прочим, относятся: 1. Разные области таких занятий и отношений, которые не имеют серьезно-делового характера и значения. Так, напр., *бесчисленные правила разных игр* (выделено мной. — В. А.), напр.,

¹⁰ Так, Р.Кайуа, еще один знаковый для дискурса игровых исследований автор, писал, что в определенных аспектах правила, известные юриспруденции, военной тактике, искусству спора и т. п., представляют собой правила игры, будучи конвенциями, требующими соблюдения (на французском книга вышла в 1958 году, на английском — в 1961 г.).

в карты, шашки, шахматы, домино, лото, фанты, кегли, бильярд, крикет, определяющие кто, в каком порядке и как может и должен совершать разные игорные действия, напр., кто и в каком порядке может и должен сдавать карты, делать известные заявления и “ходы”, какие карты обязательно давать, какими какими можно бить и проч. и проч., а равно общие принципы относительно обязательности соблюдения предварительных особых уговоров (договоров) и относительно платежа проигранного — представляют, с нашей точки зрения, не что иное, как правовые нормы; ибо они имеют императивно-атрибутивный характер...» [Петражицкий, 1909: 88–89]. Разумеется, необходимо учитывать, что отношение Л. И. Петражицкого к играм определяется широким психологическим пониманием права как императивно-атрибутивных эмоций, в связи с чем «игорное право» прямо включается ученым в предмет юридической науки, однако можно заметить, что отношение игровых правил к официальному позитивному праву можно объяснить именно как аналогию. И, даже не соглашаясь с автором относительно такого подхода к предмету юридической науки, убедительность данной аналогии отрицать сложно.

В зарубежных исследованиях, составляющих часть мирового наследия философско-правовой мысли, аналогию права и игры можно встретить, в первую очередь, у авторов, которые либо относились к традиции аналитической юриспруденции, либо находились в одном с ними дискуссионном поле. Отчасти это объясняется значением философии языка позднего Л. Витгенштейна, его концепцией «языковых игр» и значения, которое он уделял примеру игры для прояснения своих взглядов в «Философских исследованиях» [Витгенштейн, 1994: 110–111]¹¹. Так, интерпретация

¹¹ «66. Рассмотрим, например, процессы, которые мы называем “играми”. Я имею в виду игры на доске, игры в карты, с мячом, борьбу и т. д. Что общего у них всех? Не говори — “В них должно быть что-то общее, иначе их не называли бы играми”, но присмотришься, нет ли чего-нибудь общего для них всех. — Ведь, глядя на них, ты не видишь чего-то общего, присущего им всем, но замечаешь подобия, родство, и притом целый ряд таких общих черт. Как уже говорилось: не думай, а смотри! — Присмотришься, например, к играм на доске с многообразным их родством. Затем перейди к играм в карты: ты находишь здесь много соответствий с первой группой игр. Но многие общие черты исчезают, а другие появляются. Если теперь мы перейдем к играм в мяч, то много общего сохранится, но многое и исчезнет. — Все ли они “развлекательны”? Сравни шахматы с игрой

аналогии права и игры в трудах Г. Харта предполагает идею о том, что правовая система — это набор определенных правил, которые можно сравнить с правилами игры в сквош и теннис. При этом в каждом из случаев есть «центральное значение» правил и ситуации, в которых правила применяются по-разному в зависимости от обстоятельств, что связано с общей концепцией ученого о «центре» и «полутени» значений в вопросах толкования правовых текстов, принципиальных для действия правовой системы, и концепцией «открытой текстуры» юридического языка. Роль судьи в указанных играх и в правовой системе схожа, поскольку требуется применять правила, допускающие различные интерпретации, к определенному набору фактов [Doren, 1980: 284–285]¹². В то же время исследователь Дж. В. ван Дорен, представивший обобщение данной аналогии, в 1980 году отмечал, что «игровая аналогия не дает точной модели для правовой системы. Правила игры не настолько четкие, как это показывает Харт» [Doren, 1980: 294]. В контексте этого комментария, предваряя заключительные наблюдения и выводы, сразу хочется отметить контраст не только с компьютерными играми, представляющими собой во многом воплощенную в программном коде модель правил, но и с рядом сложных современных настольных игр — так, свод правил для настольной коллекционной карточной игры Magic: The Gathering в редакции от 18 ноября 2022 года занимает ни много ни мало 278 страниц, представляя собой системный кодифицированный

в крестики и нолики. Во всех ли играх есть выигрыш и проигрыш, всегда ли присутствует элемент соревновательности между игроками? Подумай о пасьянсах. В играх с мячом есть победа и поражение. Но в игре ребенка, бросающего мяч в стену и ловящего его, этот признак отсутствует. Посмотри, какую роль играет искусство и везение. И как различны искусность в шахматах и в теннисе. А подумай о хороводах! Здесь, конечно, есть элемент развлекательности, но как много других характерных черт исчезает. И так мы могли бы перебрать многие, многие виды игр, наблюдая, как появляется и исчезает сходство между ними. А результат этого рассмотрения таков: мы видим сложную сеть подобий, накладывающихся друг на друга и переплетающихся друг с другом, сходств в большом и малом. 67. Я не могу охарактеризовать эти подобия лучше, чем назвав их “семейными сходствами”, ибо так же накладываются и переплетаются сходства, существующие у членов одной семьи: рост, черты лица, цвет глаз, походка, темперамент и т. д. и т. п., и я скажу, что “игры” образуют семью».

¹² Приводится по удачному обобщению аналогии права и игры у Г. Харта, сделанному Дж. В. ван Дореном.

документ, закрепляющий понятия и правила, которые в целом могут дать новые основания для аналогии права и игры и являются лишь одним из ряда примеров из области настольных игр [Magic The Gathering Comprehensive Rules, 2022].

Обращаясь к классике, нельзя обойти вниманием не менее подробную аналогию права и игры, которую можно встретить в работах датского теоретика права А. Росса. В основе его аналогии лежала игра в шахматы. Понимание игры подразумевает, в его интерпретации, не причинно-следственную связь, а взаимную определенность событий, которая задается правилами игры. Условием такой взаимной определенности является также и то, что в рамках одной игры интерпретация правил и событий должна быть одинакова, иначе игра перестает существовать [Ross, 2007: 12–15]. Данная версия аналогии права и игры приводится автором в книге «О праве и справедливости» (On Law and Justice)¹³. В центре аналогии присутствуют два игрока в шахматы и наблюдатель. Без знаний об игре в шахматы наблюдатель не будет понимать происходящее, хотя общее представление об играх может позволить ему догадаться, что речь идет как раз об игре (пусть и смысл расположения фигур будет ему не ясен). Если же наблюдатель знает правила игры в теории, он может понимать игровой процесс в целом, но ему по-прежнему будет понятно не все — стратегия и тактика игроков может оказаться для него непонятной. Тем более, что индивидуальные цели игроков могут не всегда сводиться к победе, а быть связаны, например, с экспериментом. В итоге автор проводит параллель с социальными явлениями, включая право, и выделяет (вне контекста схожей терминологии Г. Харта) «первичные правила» игры в шахматы, которые абстрактны, прямы и императивны и определяют то, как ходят фигуры и т. п. Они отличаются от шахматной теории, сосредоточенной на тактике и стратегии. Один из основных выводов А. Росса косвенно связан с действительностью права. Он отмечает, что «правила шахмат не связаны с моралью; они являются следствием того факта, что обычно никто действительно не хочет их нарушить... Желание жульни-

¹³ Книга впервые опубликована на английском языке в 1959 году (на датском языке книга была опубликована в 1953 году), за два года до публикации «Понятия права» (The Concept of Law) Г. Харта.

чать в игре может быть обусловлено тем, что цели игрока другие, нежели чем просто выиграть согласно правилам игры; например, игрок хочет добиться восхищения или выиграть сумму денег, поставленную на кон. Последняя цель часто присутствует в игре в карты, и хорошо известно, что требование честной игры в таком случае подразумевает и моральные ценности» [Ross, 2007: 15].

Отдельно следует отметить одну из первых публикаций, в которой была представлена попытка системного освещения аналогии права и игры с точки зрения семиотического метода. В статье Б.Джексона «К семиотической модели игровой аналогии в юриспруденции» (*Towards a semiotic model of the games analogy in Jurisprudence*), которая была опубликована в 1991 году [Jackson, 1991: 99–123], автор подробно анализирует высказывания Г.Харта и Й.Хейзинги в контексте применения аналогии, изучает возможные новые связи, основываясь на семиотической методологии, которая приводит к глубоким и интересным наблюдениям, которые вряд ли возможно полностью раскрыть в рамках попутного упоминания в настоящем тексте, но можно косвенно пояснить одной из ключевых цитат публикации: «Нет ничего особенного или волшебного в отношении между правом и игровым процессом/играми (англ. *play/games*); разумеется, многое, что утверждалось в литературе относительно данной связи, обусловлено искусственной реификацией данных двух концептов. Напротив, самое интересное в сравнении, и сильная составляющая многих параллелей проистекает попросту из того факта, что оба явления проявляют базовые структуры означения: у обоих явлений есть семантическое и прагматическое измерения, в каждом из явлений человеческое действие подвергается осмыслению в смысле договора, исполнения и признания. В играх нет общих наборов таких проявлений, равно как и нет общих наборов таких проявлений в “праве”. Некоторые проявления права будут подразумевать параллели с некоторыми играми или формами игровой деятельности, но аналогичные параллели можно обнаружить и в других сферах человеческой деятельности» [Jackson, 1991: 119]. Среди прочего автор подчеркивает и еще один интересный аспект сходства: в тот же футбол можно играть множеством разных способов — в открытом или закрытом пространстве, с различными

условиями и порядком игры, с судьей или без судьи и т. п. В каждом случае действует определенный набор правил, и сложно сказать, что есть одна игра «футбол» (аспект семантики), но есть разные способы играть в футбол (аспект прагматики). И, по мнению Б. Джексона, сходство игры в таком смысле с правом проявляется и в том, что в праве намечается аналогичная проблема: один закон может применяться различными способами в различных контекстах, в зависимости от прагматики ситуации. «Как мы узнаем, что применяется именно “тот же закон”? В каждом случае это реконструируется дискурсивно в контексте определенного акта применения (англ. *enunciation*)». Потому главными объединяющими признаками служит представление о добросовестности участников коммуникации и наличие отсылки к единому внешнему референту [Jackson, 1991: 120–121].

Если возвращаться к основной линии рассуждения, то можно обратить внимание, что в контексте приведенных ранее частных примеров современный исследователь Дж. Аллен отмечает, что «аналогия между правом и игрой представляет собой “хорошо изношенный” (англ. *well-worn*) инструмент для объяснения природы права» [Allen, 2021: 268], и делает развернутое обобщение наиболее ярких примеров, среди которых есть и упомянутые выше. Так, он подчеркивает, что Г. Харт использовал аналогию для того, чтобы отличить то, что предписывают правила, и то, как они предписывают это делать; действительности юридического действия; различия между осмысленным и опривыченным следованием правилам; почему правила продолжают действовать при смене суверена (в контексте критического переосмысления «командной» теории права); отношения между первичными и вторичными правилами, внутренней и внешней точками зрения и т. д. С. Шапиро объясняет свою «теорию планирования» через аналогию права и игры, а А. Мармор опять возвращается к примеру с шахматами для понимания природы «главной нормы», отличающей право от иных аналогичных явлений [Idem]. Однако вместе с автором (а также в общем и независимо от него [Архипов, 2015: 214–225]) мы можем согласиться с тем, что отношение к аналогии права и игры было ситуативным, и что встречается редко — так это «аналогия между правом и правилами, устанавливающими и управляющими ком-

плексными игровыми мирами в виртуальных средах, несмотря на то, что последним уделяется внимание в литературе о праве и играх (но не об аналогии права и игры. — В. А.)» [Allen, 2021: 272].

6.4. «Игровая аналогия» и современные игры. Перспективы изучения

Действительно, приведенные примеры во многом отличает внимание к тому, что понималось под играми до начала современного этапа цифровой трансформации общества. Ни Л.И.Петражицкий, ни Й.Хейзинга, ни Г.Харт объективно не могли иметь возможность познакомиться с артефактами современной игровой культуры. Разумеется, это не лишает ценности их аналогии, поскольку предметом их внимания были игры в целом, и в этом смысле мало что изменилось. Пожалуй, даже в большей степени это относится к аналогии права и игры, как она была интерпретирована — совершенно фундаментальным образом — в свое время именно Л.И.Петражицким. Пример с шахматами А.Росса также обращает внимание на такие аспекты игр, которые принципиально не изменяются и в условиях существования современной игровой индустрии. В то же время, у современного автора и читателя, вероятно, неизбежно возникает интуитивное представление о том, что для развития исследуемой аналогии может оказаться полезным дополнение в виде современных игр и игровых практик, связанных с цифровой средой и (или) менее известной, но от того не менее значимой в контексте аналогии областью настольных, преимущественно ролевых, игр. Есть ли что-то, что отличает эти практики от игр предшествующих периодов в какой-либо степени?

В самом общем виде, компьютерные игры, история которых в целом начинается в 1950-х гг. (при этом история многопользовательских компьютерных игр начинается в конце 1970-х) — явление как раз медиального поворота, обусловленное развитием цифровых технологий. Игры настоящего от игр прошлого отличаются, как минимум, по трем критериям: с технической точки зрения, игровые технологии позволяют поддерживать постоянную игровую среду, моделируемую компьютерными средствами; с экономической точки зрения игры составляют полноценную индустрию; с социо-

логической точки зрения игры перестали быть «событием», а стали частью социальной реальности повседневности. При этом именно многопользовательские компьютерные игры отличает то не вполне очевидное обстоятельство, что значительная часть игровых правил (основа для аналогии права и игры), определяющих взаимодействие между участниками, зафиксирована на уровне программного кода и (или) программируется организаторами или участниками игрового процесса. В некотором смысле аналогия права и игры, по всей видимости, должна развиваться вслед за самими играми, поскольку сейчас, на примере современных игр, в дополнение к предыдущим основаниям аналогии, отчетливо видна и проблематика обоснования «метода фактической возможности» (по выражению Н. А. Дмитрика) как метода социального регулирования. Кроме того, в контексте аналогии сложно обойти вниманием и то обстоятельство, что современные компьютерные игры (и частично уже упоминавшиеся настольные) в большей степени ориентированы на моделирование физической и (или) социальной реальности, что усиливает роль аналогии в исследованиях и позволяет продолжать ставить вопрос о виртуальных пространствах как пространствах для социального моделирования и эксперимента, в том числе для целей юридических наук.

Согласно комментарию Дж. Аллена, «на наиболее базовом уровне, аналогия права и игр возможна, поскольку оба явления относятся к областям социальной реальности, конституируемым правилами» [Allen, 2019: 272]. И в этом контексте, как раз и следует подчеркнуть, что в современных (или, как уже можно отметить, «современных» в специальном историческом смысле слова) многопользовательских ролевых онлайн-играх появляется дополнительный уровень технологических правил, которых нет в обычной реальности [Idem]. Хотя следует отметить, что с этим мог бы поспорить Л. Лессиг, проводивший четкую параллель между «кодом» в его широком понимании и архитектурой реального мира [Lessig. *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*]. Многие аспекты виртуальных пространств лишены прямого императивного упорядочивания, если не принимать во внимание правила игры, жестко закрепленные программным кодом, или, можно сказать, скрытые в нем [Allen, 2019: 275]. Взаимодействие в онлайн-среде

через аватары особым образом ставит вопросы субъектности — участвуя в виртуальном взаимодействии, мы действуем уже посредством двух «персон»: к нашей обычной «маске» (исходное значение слова) добавляется еще один посредник в виде аватара цифрового мира [Allen, 2019: 275–277]. Наконец, не менее важны аспекты комплексной технической опосредованности юридически значимых действий в виртуальном мире [Allen, 2019: 278–281], а также ряд других вопросов, затронутых автором, связанных с переосмыслением проблем действительности норм, нормативности и более весомой возможной аргументации в пользу восприятия права и современных игр как «вымышленных миров» с точки зрения концепции фикций [Idem].

Заключения автора довольно интересны, и не все из них были ожидаемы. В частности, он приходит к выводу, что в случае со сравнением с современными играми речь в меньшей степени должна идти об аналогии, и в большей — «о юридически интересной нормативной социальной практике, которая привлекает внимание сама по себе» [Allen, 2019: 288]. С другой стороны, идеи о том, что виртуальные миры в специальном понимании статьи предшествуют развитию «серьезной» цифровой реальности, а также о методологических последствиях для теории права в том смысле, что право все больше должно осмысливаться как социотехнический феномен, связанный с правовым плюрализмом, а также что для многопользовательских игр характерно устранение жесткого варианта «магического круга» [Allen, 2019: 289], вероятно, можно считать менее новыми в свете ранее высказывавшихся идей, в том числе в контексте отечественной теории права. Тем не менее, такого рода оценка, как представляется, не лишает освещение данных аспектов ценности как раз в контексте обозначения направления развития аналогии права и игры в юридическом образовании и науке — как с позиций общего значения, так и для развития отдельных моделей регулирования, в том числе в отношении самой игровой индустрии и отношений, развивающихся в цифровых многопользовательских средах.

* * *

С учетом всего сказанного можно заключить, что аналогия права и игры обоснованна, что она представляет собой уже

вполне легитимированный инструмент для прояснения природы права и поиска дальнейших направлений для исследования, и при этом такие направления могут определяться анализом многих современных игр и игровых практик. Помимо этого, стоит подчеркнуть, что история развития аналогии при этом подсказывает много разных направлений, которые еще не были исследованы, и не все из них обязательно должны быть связаны исключительно с цифровой реальностью, хотя этот аспект представляется крайне интересным и актуальным. Так, например, позиция Й. Хейзинги о необходимости различать серьезные и несерьезные практики, особенно в контексте вызовов «игрового поворота» в целом (в котором цифровые игровые практики выступают только в качестве обстоятельства, ведущего к экспансии игровой составляющей в ранее не «освоенные» им социальные практики, что может иметь разные и не всегда положительные последствия), может обозначить необходимость обоснования серьезности как таковой как имманентного свойства права, которое может быть интерпретировано и как принцип «внутренней моральности права» в духе Л. Фуллера, и как дополнение к «притязанию на правильность» Р. Алекси. Представляется, что это лишь одно из многих возможных направлений, в которых творческое мышление исследователей может получить отдельное вдохновение от обращения к рассматриваемой аналогии.

Библиография к главе 6:

1. *Архипов В. В.* Семантические пределы права в условиях медиально-го поворота: теоретико-правовая интерпретация: дис. ... д-ра юрид. наук. Санкт-Петербургский государственный университет. СПб., 2019. 403 с.
2. *Бахтин М. М.* Автор и герой в эстетической деятельности // Бахтин М. М. Эстетика словесного творчества. М.: Искусство, 1979. С. 67–68.
3. *Витгенштейн Л.* Философские исследования (1953) // Витгенштейн Л. Философские работы. Часть I / пер. с нем. М. С. Козловой, Ю. А. Асеева; сост., вступ. статья, примеч. М. С. Козловой. М.: Гнозис, 1994. 612 с.

4. *Очеретяный К. А.* Тело как медиа: опыт реконструкции: дис. ... канд. филос. наук. Санкт-Петербургский государственный университет. СПб., 2015. 24 с.
5. *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. 2-е изд., испр. и доп. Т. 1. СПб., 1909. С. 87–89.
6. *Поляков А. В., Тимошина Е. В.* Общая теория права: учебник. СПб.: Изд-во С.-Петербур. гос. ун-та, Изд-во юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. 467 с.
7. *Рыженков А. Я.* Игра как юридический факт в гражданском праве // Юрист. 2022. № 7. С. 2–7.
8. *Савчук В. В.* Медиафилософия. Приступ реальности. СПб.: Изд-во РХГА, 2014. 348 с.
9. *Федотов А. Г.* Игры и пари в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2011. № 2. С. 25–74.
10. *Хейзинга Й.* Homo ludens. Человек играющий / пер. с нидерл. Д. В. Сильвестрова; коммент. Д. Э. Харитоновича. СПб.: Азбука, Азбука-Аттикус, 2022. 409 с.
11. *Allen J. G.* Law's Virtual Empires: Game Analogies and the Concept of Law // Conceptual Jurisprudence. Methodological Issues, Classical Questions and New Approaches. Cham: Springer, 2021. URL: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-78803-2>.
12. *Caillois R.* Man, Play and Games. Urbana and Chicago: University of Illinois Press, 2001. P. 57–65.
13. *Doren J. W. van.* Theories of Professors H. L. A. Hart and Ronald Dworkin — A Critique // Cleveland State Law Review. 1980. Vol. 279. P. 284–285.
14. *Jackson B. S.* Towards a semiotic model of the games analogy in Jurisprudence // Droit et société. 1991. No. 17–18. P. 99–123.
15. *Lambrow A.* The Seriousness of Play: Johan Juizinga and Carl Schmitt on Play and the Political // Games and Culture. 2021. Vol. 16 (7). P. 820–834.
16. *Lessig L.* The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach // Berkman Center for Internet & Society at Harvard University Website. URL: <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf> (accessed: 07.12.2022).
17. *Magic The Gathering Comprehensive Rules* // Wizards of the Coast. URL: <https://media.wizards.com/2022/downloads/MagicCompRules%2020220218.pdf> (accessed: 07.12.2022).
18. *Raessens J.* Homo Ludens 2.0. The Ludic Turn in Media Theory / Lecture. 2012. P. 14 // Utrecht University Repository. URL: <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/255181> (accessed: 06.12.2022).
19. *Ross A.* On Law and Justice. Clark, New Jersey, 2007. P. 12–15.

НОРМАТИВНОСТЬ ПРАВА И ОСНОВАНИЕ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ПРАВА С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ КОММУНИКАТИВНОЙ ТЕОРИИ ПРАВА*

7.1. Постановка проблемы

Вопрос об основании действительности права (или о его обязывающей силе) является вторым важнейшим вопросом теории и философии права после вопроса о том, что есть право. Основание действительности права имеет большое значение, потому что связано с пониманием самой природы права, то есть выступает одним из главных вопросов онтологии права. При этом обязывающая сила права является достаточно проблемным вопросом для исследования, так как ответ на него обусловлен различными подходами к пониманию того, что представляет собой право. С этим обстоятельством связана вариативность размещения в основание действительности права тех или иных идей, ценностей, принципов, феноменов, конструкций либо фактов. Так, представители школы естественного права под действительностью подразумевают сообразность правовых установлений высшим идеальным началам (например, природе или Богу, традиционным ценностям); сторонники юридического позитивизма ищут истоки «нормативности» права для обоснования его обязывающей силы; различные варианты психологического направления помещают в центр изучения чувство внутренней «связанности» правом; правовой реализм стремится обнаружить «эффективность» права и связывает обязывающую силу правовых норм с фактически сложившимся в обществе порядком отношений [Васильева, 2019: 283].

* Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 24-28-00976, <https://rscf.ru/project/24-28-00976/>.

В связи с тем, что право является не единственным нормативным явлением в жизни человека, не единственным регулятором его поведения, существует необходимость выявления тех специфических особенностей, которые присущи именно праву в процессе координирования им взаимодействий между людьми. Поиски этого специфического признака могут привести ученого как к идее нормативности (долженствования), так и к идее фактичности (сущности, реальности). В данной главе показан ход развития правовой мысли, ведущий от разъединения этих двух полюсов к их совмещению. Реконструируются представления об основании действительности права ученых, стоящих на позитивистских и непозитивистских позициях (Г. Кельзен, Г. Л. А. Харт, Е. В. Булыгин, А. Росс, К. Шмитт, Р. Алекси). Однако основное внимание в главе уделено коммуникативному подходу (Ю. Хабермас, М. ван Хук, А. В. Поляков)¹. Выдвигается гипотеза о том, что основанием действительности права с точки зрения коммуникативного подхода выступает принцип взаимного признания суверенитета личности, благодаря которому происходит сближение нормативности и фактичности через установление в нормативных притязаниях на значимость взаимозависимости между языком и социальным миром, побуждающей субъектов к диалогу, направленному на взаимодействие.

7.2. Разделение нормативности и фактичности с точки зрения юридического позитивизма

Обращаясь к вопросу об обязывающей силе права, представители юридического позитивизма в XIX — начале XX вв. ставили своей задачей разделить нормативность, как свойство долженствования, и фактичность, как свойство сущего. Так, для Г. Кельзена право относится к миру должного, и основание обязывающей силы правовых норм тоже необходимо искать в мире должного, например, в выводимости нормы из вышестоящей нормы [Kelsen, 1967] (в более поздних работах Кельзен ставил под сомнение саму возможность обоснования такой нормы) [Kelsen, 1986: 117; Ан-

¹ О сущности коммуникативной теории права см., напр.: [Антонов, Поляков, Честнов, 2013].

тонов, 2013а: 182–183]. То есть любое правило поведения (относящееся к любой нормативной системе) требует своего обоснования, подтверждающего его соответствие более общему правилу должного; такое обоснование может подниматься по нормативной иерархии до тех пор, пока не достигнет своеобразного нормативного «потолка», или базового нормативного основания.

Резкое различие Кельзенем порядка ценности (*Sollen*) и порядка реальности (*Sein*) не допускает перехода от одного порядка к другому. С этой точки зрения миры фактичности и нормативности не только различимы: они полностью независимы, поскольку соответствуют двум различным сферам знания [Delacroix, 2019: 22]. Как выразился профессор Полсон, «при одном прочтении... *Sein* и *Sollen* имеют объяснительную и нормативную природу; они являются модальностями *de re*, относящимися к тому, что можно сказать о вещи (которая, таким образом, либо естественна, либо нормативна по своему характеру). В другом прочтении *Sein* и *Sollen* — это модусы мысли — модальности *de dicto*, которые, как и грамматические модальности, обращаются к тому, что можно сказать не о самой вещи, а о предложениях суждений (которые, в свою очередь, обращены к вещам) [Paulson, 1998: 157].

Любая попытка вывести и объяснить обязывающую силу правовой нормы через обращение к социальным практикам, т. е. к миру сущего, с позиции Кельзена, может появиться в результате полного непонимания разницы в эпистемологическом статусе правовых норм и социальных фактов. Таким образом, пытаясь объяснить «выводимость» одной нормы права из другой, Кельзен не мог ответить на вопрос о том, почему необходимо следовать той или иной правовой норме, включая *Grundnorm*, исходя из жизненного мира человека.

Здесь нельзя не отметить важности замечания Н. В. Варламовой, которая пишет, что «разделение сфер бытия и долженствования — лишь эпистемологический прием, используемый в исследовательских целях и предопределяющий специфику интерпретации соответствующих отношений» [Варламова, 2013: 77]. И «невозможность простого логического перехода от нормативных суждений к фактическим не исключает сложной диалектической связи между сущим и должным» [Там же].

Г. Л. А. Харт также старается избежать смешения нормативности и фактичности в объяснении основания обязывающей силы норм и представляет похожую модель нормативного обоснования, в которой роль кельзеновской основной нормы играет правило признания [Hart, 1961]. При обосновании обязывающей силы права Харт не углубляется в рассуждения о различии между сущим и должным и принадлежности права к нормативным системам. Нормативность права принимается Хартом за данность. Однако, как справедливо обращает внимание Е. В. Тимошина, природа правил признания Г. Харта и основной нормы Г. Кельзена различна [Тимошина, 2011: 53]. Если у Г. Кельзена основная норма — это эмпирически неverified метафизическое понятие или априорная идея, то у Г. Харта правило признания относится к сфере сущего, и «его существование демонстрируется тем, как участники правовой системы идентифицируют конкретные правила в качестве действительных, т. е. его существование демонстрируется соответствующей юридической практикой, которую правило признания вообще делает возможной, являясь ее основанием» [Hart, 1961]. Но является ли фактическое достаточным основанием для идентификации права? Ведь и нацистская правовая система покоилась на таком правиле. Исследователь творчества Г. Харта Брайан Бикс тоже не останавливается на анализе нормативности права и провозглашает ее конвенциональный характер [Bix, 2018: 32].

Е. В. Булыгин и К. Э. Альчуррон разрабатывают оригинальную концепцию в духе юридического позитивизма, где основанием обязывающей силы нормы является ее логическая выводимость из нормативной системы, к которой она принадлежит, и применимость в судебной практике. Особенности данного подхода являются «понимание норм как лингвистических единств (высказываний, которые соотносят случаи с решениями), а нормативных систем как множеств высказываний» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 51]. При этом Е. В. Булыгин не принимает в качестве основания действительности основную норму Г. Кельзена по причине ее метаюридического характера, что противоречит позитивистской программе. Он отдает предпочтение фактическому правилу признания Г. Харта [Булыгин, 2009: 57, 59; Тимошина, 2011: 53]. Но

и данный подход оставляет без ответа вопрос о границах такой судебной применимости.

Иной позиции в отношении нормативности и фактичности придерживался Карл Шмитт. Он отрицал возможность нахождения основания действительности правопорядка в пределах сущего. Ни легитимность, ни власть суверена, ни социальная практика не могут выполнять функцию основания действительности, так как являются фактами сущего. «Они могут быть условиями эффективного осуществления права, или даже способом такого осуществления (в случае решения), но не основанием его обязывающей силы» [Кондуров, 2019: 65]. Карл Шмитт «отказывал так называемой “нормативной силе фактического” в обоснованности» [Там же], считая единственно возможным основанием действительности единые представления конкретной общности, нормальные представления и понятия [Шмитт, 2013: 319] о том, «что может рассматриваться в качестве нормальной ситуации, кто является нормальным человеком и каковыми являются — подлежащие справедливому суждению — конкретные фигуры жизни, рассматриваемые в правовой жизни и правовой мысли в качестве типичных» [Шмитт, 2013: 311]. Сам вопрос о «нормальности», тем не менее, и здесь оставался открытым.

7.3. Совмещение должного и сущего с непозитивистских позиций

Противником выведения обязывающей силы права из сущего выступает и Р. Алекси. Он выделяет три понятия действительности права: социологическое, этическое и юридическое [Алекси, 2011: 105]. Р. Алекси считает, что норму можно считать социально действительной, если ее соблюдают либо если ее несоблюдение влечет за собой применение санкций. Этическое понятие действительности означает моральную оправданность нормы. О юридическом понятии действительности Р. Алекси говорит, что оно с неизбежностью включает в себя представление о действенности (если норма не действительна, она не может быть и действительной). У него критерий — надлежащее установление. Если использовать только

данный критерий, мы останемся в рамках позитивистского представления. Непозитивистская же позиция совмещения должного и сущего предполагает включение в понятие юридической действительности также и этического элемента, то есть морального обоснования. Предельным основанием действительности права в итоге выступает «притязание на правильность». Здесь Р.Алекси следует за Г.Радбрухом, утверждая, что если нормы превышают определенный порог несправедливости, то они утрачивают свой правовой характер [Алекси, 2010: 59].

Представители социологического направления в юриспруденции, как представляется, также пытались совместить нормативное и фактическое при поиске обязывающей силы права. Так, Г.Д.Гурвич считал, что «для права характерна известная степень обобщения, которая задается совпадением ценностных ориентиров, “моральных идеалов” и их “логизации” в форме правил. Совпадение ценностных суждений проявляется во множестве “актов признания”, совокупность которых и формирует представление о справедливости, а возведенный в степень всеобщности идеал справедливости становится своеобразным кодом различения права и неправа. Так, в рамках справедливости на место полностью индивидуализированных предписаний морального идеала становится общее правило» [Антонов, 2017: 290]. О.Эрлих также связывал нормативность и фактичность, и, по его мнению, связующим звеном между фактичностью и нормативностью (в случае молчания закона (*hard cases*)) выступает социология права (социолого-исторический поиск) [Антонов, 2013b: 177].

Проблему дуализма должного и сущего пытался преодолеть и такой представитель скандинавского правового реализма, как А.Росс. «Право одновременно действительное и фактическое, идеальное и реальное, метафизическое и физическое — однако не как соединение этих двух вещей, а как манифестация действительности в реальности, которая только таким образом квалифицируется как право» [Ross, 1946: 20]. А.Росс предпринимает попытку очистить понятие действительности права от метафизики посредством интерпретации его через факты. Такими фактами выступают определенные психофизические переживания, лежащие в основе права. Осмыслением таких переживаний является дей-

ствительность права. А. Росс использует понятие «переживание действительности» и считает, что «именно существование этих особых переживаний породило веру в объективное существование такого свойства права, как действительность» [Васильева, 2018: 101–102].

7.4. Взаимообусловленность нормативности и фактичности с точки зрения коммуникативной теории права

Следует признать, что теории всегда упрощают реальность, они редуцируют ее к какому-то единственному основанию. «Они конструируют реальность, исходя только из одной специфической перспективы: правовая реальность становится “нормативной системой”, или “социологическими интеракциями”, или “воплощением идеи справедливости”, или “поиском защиты субъективного права”, или “языком”, или “психологическим феноменом” и т. д.» [Хук, 2012: 17]. Представляется, что такое положение способна преодолеть только интегральная теория права. Такая теория права, которая попытается взглянуть на право не с одной стороны, а в его 3D-измерении, многоединстве. Это пытается сделать коммуникативная теория права, которую в России разрабатывает А. В. Поляков. Коммуникативная теория права успешно соединяет коммуникативные идеи Ю. Хабермаса и феноменолого-коммуникативное наследие русской дореволюционной правовой мысли (Л. И. Петражицкий, П. И. Новгородцев, Н. Н. Алексеев, И. А. Ильин).

С точки зрения коммуникативного подхода, целью права является «организация человеческого взаимодействия» [Хук, 2012: 33]. Подчеркнем, не человеческого поведения, а человеческого взаимодействия, интересубъективного взаимодействия. Правовая коммуникация — это коммуникация именно межсубъектная, а не исключительно институциональная². В процессе межсубъектной коммуникации происходит определение Я через Другого. И вне соотносительности себя с Другим коммуникация состояться не

² Об институциональной коммуникации подробнее см.: [Луман, 2004].

может³. Требование поместить себя на позицию Другого, чтобы коммуникация была эффективной, лежит в основе любого коммуникативного действия. По мнению Ю. Хабермаса, такое требование имплицитно содержится в том, что нормативные притязания на значимость отражают взаимозависимость между языком и социальным миром, подталкивающую участников дискурса к диалогу, направленному на взаимодействие [Мелкевик, 2018: 243].

С первого взгляда может показаться, что здесь есть сходство между принципом взаимности и кантовским категорическим императивом. Однако Б. Мелкевик подчеркивает принципиальное различие между концепциями категорического императива И. Канта и концепцией Ю. Хабермаса (о требовании поместить себя на место Другого), отсылая к Томасу Маккарти, сформулировавшему это отличие следующим образом: «Вместо того, чтобы предписывать всем остальным в качестве обязательной некую максиму, которую я хотел бы сделать всеобщим законом, я должен предложить свою максиму всем остальным для дискурсивной проверки ее притязания на универсальность. Акцент при этом перемещается с того, что каждый (в отдельности) может, не встречая возражений, желать в качестве всеобщего закона, на то, что все, в согласии друг с другом, желают признать в качестве универсальной нормы» [McCarthy, 1978: 326]. Принцип универсальности у Ю. Хабермаса в целом носит формальный характер и главным образом направлен на коммуникативную «процедурность», ведущую к консенсусу. Осмысление Ю. Хабермасом «двусторонности» права (права как института и права как средства) позволяет рассматривать право в качестве посредника (соединительного звена/моста), с помощью которого система (нормативность) соединяется с жизненным миром (фактичностью). Символическое воспроизведение жизненного мира проходит через рациональное осмысление и взаимное понимание и признание.

Ю. Хабермас, пытаясь понять напряжение и одновременно тесную связь, существующие между нормативностью и фактично-

³ Нет необходимости в организации деятельности гипотетического Робинзона Крузо на необитаемом острове при помощи права, потому что там нет других людей. А право всегда предполагает соотносительность своих действий с действиями других людей.

стью, выстраивает прочный мост между ними. Это очень хорошо видно на примере рассуждений Ю. Хабермаса о правах человека [Habermas, 2010: 470]. Он называет человеческое достоинство «моральным истоком», который по содержанию питает все базисные права. От самого начала в права человека имплицитно записана «нормативная субстанция равнодостоинства людей». Не будет преувеличением утверждать, что ценность человеческого достоинства является ценностью, которую по праву можно считать традиционной и универсальной для всех без исключения обществ. Идея человеческого достоинства — это и есть тот понятийный мост, который соединяет «мораль равного уважения к каждому с позитивным правом и демократическими правовыми декларациями» [Idem]. Итогом такого соединения становятся политический порядок и правовая система, базирующиеся на правах человека. Надо отметить, что и Р. Алекси в этом следует за Ю. Хабермасом, он настаивает на том, что права человека как моральные права (моральные требования) «принадлежат исключительно идеальному измерению права» [Алекси, 2010: 150]. Однако «их преобразование в конституционные права, т. е. в позитивные права, представляет собой попытку соединить идеальное измерение с реальным» [Там же]. Как отмечает Д. И. Луковская, «институциональные процедуры создания права Р. Алекси соединяет с дискурсивными. При этом он ориентируется на критерии рациональности дискурса и соответствия правовой системы претензии на правильность как моральную обоснованность основных прав человека» [Луковская, 2019: 22]. Права человека «объемлют ту часть просвещенной морали, которая переведена на язык принуждающего права и может стать политической действительностью через грубо выраженное содержание базисных прав» [Хабермас, 2012].

Таким образом, права человека связывают воедино рожденные из естественно-правового симбиоза факта и нормы внутреннюю мораль, укорененную в субъективной совести, и позитивное право. И эта связь осуществилась посредством понятия человеческого достоинства.

Развивая эти идеи, А. В. Поляков подчеркивает, что основой любого правового общения и коммуникации выступает суверенитет личности. Под суверенитетом личности профессор по-

нимает «независимость субъекта права от любого неправового вмешательства в сферу его правомочий», «способность самостоятельно свои права и обязанности реализовывать» [Поляков, 2017: 14]. Для конституирования в качестве субъекта права необходима организация на двух онтологических уровнях: 1) на уровне самоорганизации и 2) на уровне организации отношений с другими субъектами [Там же]. Это очень созвучно позиции А. Хоннета, который приходит к выводу о том, что «субъект и индивидуальность формируются через практическое отношение к себе, самопонимание, которое, в свою очередь, развивается в отношениях признания» [Honneth, 1995]. Парадигма признания предлагает закрепление в общественных институтах и практиках взаимного признания достоинства личности, посредством чего будет обеспечиваться социальная, нравственная и правовая независимость (автономия) индивидов.

И если для нормального функционирования общества необходимо признание достоинства личности, то для нормального функционирования права в обществе необходимо признание суверенитета личности. Именно в признании суверенитета личности лежит основание действительности права. К этому выводу можно прийти разными путями, в том числе и через применение к праву феноменологической редукции. Последовательно отбрасывая все то, что свойственно не только праву, а и иным феноменам (нормы характерны не только для права, но и для морали; воля — не всякая воля имеет отношение к праву; принуждение может быть не только правовым, но и неправовым и т. д.) [Поляков, 2004: 281], мы приходим к коррелятивным (взаимопризнанным) правам и обязанностям, которые составляют «эйдос» [Поляков, 2017: 282] права, его исключительно правовой смысл. Когда же мы говорим об обязывающей силе права, то основанием действительности права будет нечто, что побуждает субъектов действовать самим и не препятствовать действовать другим в целях реализации своих прав и обязанностей. И этим «нечто» является имплицитно существующий и эксплицитно выражаемый в правовом поведении и его теоретическом осмыслении принцип взаимного признания суверенитета личности (правосубъектности).

Таким образом, на уровне самоорганизации нам необходимо признание нашей идентичности (обретение личностного «я»). А на уровне организации отношений с другими субъектами — признание суверенитета личности, то есть автономии в осуществлении своих прав и обязанностей. Я выстраиваю свое поведение таким образом, чтобы оно не нарушало суверенитет Другого. При этом я желаю, чтобы Другой поступал так же (и ожидаю этого).

При этом принцип признания суверенитета личности имеет как нормативное, так и фактическое измерение. Если я признаю, что Другой имеет автономию реализовывать свои правомочия, то я не только признаю за личностью эту автономию, но и выражаю позитивное отношение к ней как обладающей этой автономией. Такое признание подразумевает, что я имею обязательство относиться к данной личности определенным образом, то есть я признаю определенный нормативный статус человека как свободного и равного. В этом, по Полякову, заключается нормативное измерение и первый (базовый) уровень легитимации права как права, неотъемлемого от природы человека⁴. Становление идентичности человека во многом зависит от обратной связи, даваемой другими субъектами и обществом в целом. Если человеку не удастся получить адекватное признание, ему очень сложно воспринимать себя и свои действия как ценные. Таким образом, непризнание препятствует как отношению к самому себе (на уровне самоорганизации), так и взаимодействию с другими (на уровне организации отношений с другими субъектами). Право невозможно в отсутствие признания человека не вещью, не средством, не объектом, а уникальным духовным существом, самоценность которого презюмируется. Признание, таким образом, представляет собой «жизненную потребность человека» [Taylor, 1992: 26], укорененную в его психическом сознании. В этом состоит фактическое измерение. Признание присутствует в праве как сущее и как должное одновременно. Позитивируясь в официальном праве и легитимируясь в правоотношениях, данный принцип находит свою реализацию⁵.

⁴ О понятиях имплицитной и эксплицитной легитимации см.: [Поляков, 2019b].

⁵ Мы оставляем в стороне такие вытекающие из данного принципа философские идеи (требующие специального освещения), как правовая свобода, пра-

Если правовые тексты (включая законодательство) работают таким образом, что побуждают (убеждают/стимулируют) людей соотнобразовывать свое поведение согласно принципу взаимного признания суверенитета личности, то такие тексты получают обязывающую силу фактически и оправдываются теоретически, то есть они являются действительными и «порождают» право.

Проверка на действительность по Ю.Хабермасу осуществляется в ходе практического дискурса, который представляет собой особую процедуру коммуникации, в рамках которой может быть удовлетворено притязание на значимость предлагаемых или предполагаемых норм [Мелкевик, 2018: 236]. Это является основанием действительности всего правопорядка. Действительность отдельной нормы, по Ю.Хабермасу, определяется следующим образом: «Мы говорим, что норма существует или имеет социальную значимость (*soziale Geltung*), если она признана действительной (*gültig*) или легитимной ее адресатами». «То, что норма действует, в идеальном плане означает, что она заслуживает согласия всех заинтересованных лиц, поскольку она регулирует связанные с действием проблемы в их общих интересах. То, что норма фактически существует, означает, что содержащееся в ней притязание на значимость признается всеми заинтересованными лицами, и это интерсубъективное признание обосновывает социальную действительность нормы» [Мелкевик, 2018: 235]. Таким образом, действительность нормы является продуктом взаимно-рефлексивной коммуникации, включающей в себя три этапа: 1) «значение» и «действительность» в рамках нормативной перспективы, присутствующей языковой коммуникации; 2) «универсальность» и «когнитивность» в качестве показателей достижения действительности; 3) «консенсус», вокруг которого крутится установление действительности правовых норм [Мелкевик, 2018: 236]⁶.

В перспективе норм и действий, соединяя нормативность и фактичность, развивал свою теорию и В.Кравиц. В частности, он писал: «Моим центральным тезисом является то, что в совре-

вовое равенство, правовое достоинство, правовая ответственность, правовая солидарность, правовая справедливость. Напр., см.: [Поляков, 2019a].

⁶ О проблемах, возникающих вокруг понятия консенсуса норм, см.: [Поляков, 2019b].

менном научно-информационном обществе всякое действие, и особенно действие юридическое, базируется на информационно сопряженных интенциональных способах поведения, в которых сочетаются в трудно различимых масштабе и пропорциях как нормативные, так и фактические компоненты, ориентирующие поведение субъектов. Я вполне намеренно говорю об информационно сопряженной правовой коммуникации, но не о некоей “воле” законодателя или сторон договора» [Кравиц, 2011: 15]. И далее: «в центре правовой коммуникации всегда стоит отношение между правовым установлением и правовым последствием. Существующая корреляция между нормами и фактами, которая находит здесь время от времени свое воплощение, не может поэтому сводиться только к нормативистской или к позитивистской системе представлений, что нередко случается в методологии юридической науки и в общей теории права» [Кравиц, 2011: 17].

* * *

Таким образом, коммуникативный подход к поиску основания действительности права имеет ярко выраженный антропологический характер. Вместо мотивирующей силы потенциальных санкций коммуникативная теория выдвигает на первый план непреложную ценность человеческой личности, обладающей суверенитетом в реализации своих прав и обязанностей, притязание на значимость которой имеет непреложный характер, укорененный в морали, с одной стороны, и получающий рациональную мотивирующую силу гарантий в процессе позитивации и легитимации, с другой стороны. Легитимация в этом случае (по А.В.Полякову) также представляет собой многоуровневый процесс, в основе которого находится принцип взаимного признания, а конкретизация — в процедурах правильного установления норм и их фактической действительности. В рамках коммуникативной теории не только преодолевается разрыв между нормативностью и фактичностью (и то, и другое не может рассматриваться как объективная данность, а только как результат определенного восприятия действительности участниками рационального дискурса или правовой коммуникации), но и между основополагающими

идеями юснатурализма, юспозитивизма и социологической юриспруденции (находя исток в морали, принцип признания суверенитета личности находит закрепление в позитивном праве, легитимируется в сознании субъектов и реализуется в правоотношениях). В отличие от самореферентного представления о праве, где возникновение права обрисовывается как выведение правовой нормы из вышестоящих норм вплоть до некоей исходной или основной нормы, с точки зрения коммуникативной перспективы, основание действительности права укоренено в самом человеке, в его коммуникативной природе, предполагающей взаимное признание автономии личности в осуществлении своих правомочий и правообязанностей, что способно создать фундамент для формирования традиционных ценностей общества.

Право в коммуникативном ракурсе представляется как многогранное явление, которое нельзя свести только лишь к воле законодателя, к норме, к духу или разуму, к психике или любым социальным взаимодействиям. Преодолевая монизм одномерных правовых теорий (юснатурализм, юспозитивизм, социологическая юриспруденция), коммуникативный подход в его российской интерпретации предстает интегральной концепцией, принимающей во внимание возможность существования права в различных ипостасях. «Право одновременно представляет собой идею и реальный факт, нормы и правоотношения, индивидуальные эмоции и социальные ценности, текст и деятельность по его интерпретации и реализации. Ни одно из этих положений не истинно в своей отдельности и отвлеченности, только в рамках целостного восприятия права они обретают свой смысл» [Поляков, Тимошина, 2005: 58].

Преимущество коммуникативного подхода к праву заключается в том, что он позволяет взглянуть на право как на необходимое средство и условие человеческого взаимодействия, а не как на порядок, представляющий собою самоцель и навязываемый человеку извне. С точки зрения подхода А. В. Полякова, право обнаруживается и творится человеком для человека. Оно создает рамки для реализации человеческой свободы. В онтологическом смысле право представляет собой такую систему отношений, субъекты которой на основе интерпретации различных социально легитими-

рованных правовых текстов нормативно взаимодействуют между собой путем реализации принадлежащих им прав и обязанностей [Поляков, 2004: 294–295]. Таким образом, в структуру права входят следующие взаимообусловленные и взаимосвязанные элементы: 1) субъекты права; 2) социально признанные и общеобязательные правила должного поведения (нормы); 3) коррелятивные права и обязанности [Там же]. Ни один из этих элементов в отдельности не представляет собою право. Оно усматривается только в их совместном «звучании». В их совместном «звучании» и соединяются нормативность и фактичность как две ипостаси права, порождающие основание его действительности.

Библиография к главе 7:

1. *Алекси Р.* Дуальная природа права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2010. № 2. С. 138–152.
2. *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., 2011. 192 с.
3. *Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В.* Нормативные системы / пер. с англ. М. В. Антонова // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / под ред. Е. Н. Лисанюк. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2013. С. 44–210.
4. *Антонов М. В.* (а) Об Основных элементах чистого учения Г. Кельзена о праве и государстве // Труды Института государства и права РАН. 2013. № 4. С. 182–183.
5. *Антонов М. В.* (б) Ойген Эрлих: живое право против правового плюрализма? // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 1(306). С. 157–180.
6. *Антонов М. В.* Теория государства и права: учебник и практикум для академического бакалавриата. М.: Юрайт, 2017. 497 с.
7. *Антонов М. В., Поляков А. В., Честнов И. Л.* Коммуникативный подход и российская теория права // Правоведение. 2013. № 6. С. 78–95.
8. *Булыгин Е. В.* Основана ли философия права (ее часть) на ошибке? // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 53–62.
9. *Варламова Н. В.* Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 4. С. 76–115.

10. *Васильева Н. С.* Альф Росс о понятии и действительности права: реалистический подход // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2018. № 1. С. 84–177.
11. *Васильева Н. С.* Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса: дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2019. 224 с.
12. *Кондуров В. Е.* Политическая теология Карла Шмитта: дискурс и метод // *Труды Института государства и права РАН.* 2019. Т. 14. № 3. С. 49–78.
13. *Кравиц В.* Юридическая коммуникация в современных правовых системах (теоретико-правовая перспектива) // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2011. № 5. С. 8–26.
14. *Луковская Д. И.* Действительность права в современном теоретическом дискурсе // *Теоретическая и прикладная юриспруденция.* 2019. № 2. С. 20–26.
15. *Луман Н.* Общество как социальная система. М.: Логос, 2004. 232 с.
16. *Мелкевик Б.* Заметки по истории правовых понятий / пер. с фр. Е. Г. Самохиной; отв. ред. М. В. Антонов. СПб.: Алеф-Пресс, 2018. 255 с.
17. *Поляков А. В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: курс лекций. СПб.: Изд-во С.-Петербург. гос. ун-та, 2004. 832 с.
18. *Поляков А. В.* Эффективность правового регулирования: коммуникативный подход // *Эффективность правового регулирования: монография / под общ. ред. А. В. Полякова, В. В. Денисенко, М. А. Беляева.* М.: Проспект, 2017. С. 11–25.
19. *Поляков А. В.* (а) Чистое учение о праве Ганса Кельзена, идея естественного права и справедливость: взгляд коммуникативиста // *Мир человека: нормативное измерение — 6. Нормы мышления, восприятия, поведение: сходство, различие, взаимосвязь: сборник трудов международной научной конференции. Саратов, 27–29 июня 2019 г.* Саратов, 2019. С. 205–224.
20. *Поляков А. В.* (б) Легитимность как свойство права // *Легитимность права: коллективная монография / под ред. Е. Н. Тонкова, И. Л. Честнова.* СПб.: Алетейя, 2019. С. 60–66.
21. *Поляков А. В., Тимошина Е. В.* Общая теория права: учебник. СПб.: ИД С.-Петербург. гос. ун-та, Изд-во юридического факультета С.-Петербург. гос. ун-та, 2005. 472 с.
22. *Тимошина Е. В.* Концепция нормативности Л.И.Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2011. № 5. С. 46–71.

23. *Харт Г.Л. А.* Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина, С. В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. 302 с.
24. *Хук М. ван.* Право как коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонова, А. В. Полякова. СПб.: ИД С.-Петерб. гос. ун-та, ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. 288 с.
25. *Шмитт К.* О трех видах юридического мышления // Шмитт К. Государство: право и политика / пер. с нем. и вст. ст. О. В. Кильдюшова; сост. В. В. Анашвили, О. В. Кильдюшов. М.: ИД «Территория будущего», 2013. С. 307–356.
26. *Bix B.* Kelsen, Hart and Legal Normativity // *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law.* 2018. No. 34. P.25–42.
27. *Delacroix S.* Understanding normativity // *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law.* 2019. No. 37. P.17–28.
28. *Habermas J.* The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human rights // *Metaphilosophy.* 2010. Vol. 41. No. 4. P.464–480.
29. *Honneth A.* The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts. Cambridge, UK, 1995. 215 p.
30. *Kelsen H.* Pure theory of law. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967. 356 p.
31. *Kelsen H.* The Function of Constitution // *Essays on Kelsen.* Oxford, 1986. P.109–119.
32. *McCarthy T.* The Critical Theory of Jurgen Habermas. Cambridge, Mass; London: The MIT Press, 1978. 466 p.
33. *Paulson S.* Four phases in Hans Kelsen's legal theory? Reflections on a periodization // *Oxford Journal of Legal Studies.* 1998. No. 18 (1). P.153–166.
34. *Ross A.* Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law / Transl. from the Danish by A. I. Fausbell. Copenhagen, 1946. 304 p.
35. *Taylor C.* The Politics of Recognition // *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition* / ed. by A. Gutmann. Princeton: Princeton University Press, 1992. P.25–73.

Раздел III

**СООТНОШЕНИЕ НОРМАТИВНОСТИ
И ФАКТИЧНОСТИ ПРАВА**

НОРМАТИВНОСТЬ ПРАВА: МЕЖДУ ДОЛЖНЫМ И СУЩИМ

Диалектика нормативности и фактичности в правовом регулировании имеет особую философско-правовую значимость и требует внимательного анализа [Антонов, 2018с: 25–26]. При этом данная проблематика не исчерпывается обсуждением ситуаций, когда фактически сложившиеся практики и социальные установки оказывают влияние на действие позитивных правовых предписаний, их реализацию в правоприменительной практике. Гораздо интереснее проследить соотношение нормативности и фактичности в самом понимании права, а точнее — должествования и фактичности в понимании правовой нормативности.

Нормативность — инвариант социального бытия. Социальные отношения представляют собой относительно устойчивую структуру общественных связей, упорядоченное взаимодействие, подчиненное некоторым правилам — социальным нормам. Поэтому неудивительно, что с определенных позиций общество вообще отождествляется с нормативным порядком: «Люди принадлежат обществу в той мере, в какой их поведение урегулировано... нормативным порядком — предписано, уполномочено или положительно позволено. Когда говорят, что общество конституировано нормативным порядком, регулирующим поведение некоторого множества людей по отношению друг к другу, то следует ясно сознавать, что порядок и общество — это не две разные вещи, а одно и то же, что “общество” и есть не что иное, как этот порядок, и что если социум называется “общностью”, то “общее” у этих людей — именно порядок, регулирующий их поведение по отношению друг к другу» [Кельзен, 2015: 114].

Социальные нормы обычно определяются как требования должного поведения человека. При этом исходят из того, что само

понятие долженствования не может быть точно определено. Оно в своей противоположности бытию непосредственно дано нашему сознанию¹. Акцент здесь делается именно на противоположности, расчлененности сущего и должного, невозможности логического перехода от одного к другому, т. е. вывода нормативного суждения (требования должного) из фактической посылки, равно как и формулирования утверждений о фактическом состоянии (сущем) на основании имеющихся нормативных предписаний (установленных требований должного)². Однако это не исключает сложной диалектической связи между сущим и должным. Любая соционормативная система принадлежит и миру должного, и миру сущего. Разделение сфер бытия и долженствования — лишь эпистемологический прием, используемый в исследовательских целях и предопределяющий специфику интерпретации соответствующих отношений³. Социальная норма — это не просто требование должного, но и отражение социально типичного («нормального») сущего. Г. Еллинек называл это «нормативной силой фактического» [Еллинек, 2004: 336–342]: «То, что постоянно окружает человека, что он непрерывно воспринимает и делает, он рассматривает не только как факт, но и как норму, в соответствии с которой он оценивает, судит то, что от нее отклоняется» [Еллинек, 2004: 336]. По

¹ «К понятию долженствования, — поясняет Г. Кельзен, — относится то же, что Джордж Эдуард Мур говорит о понятии “хорошее”: “Хорошее” — простое понятие в том же смысле, что и “желтое” (*Moore G. E. Principia Ethica. Cambridge, 1922. P. 7 ff.*). Простое понятие не поддается определению и, следовательно, анализу». При этом речь идет именно о долженствовании как таковом, а не о содержании требования должного [Кельзен, 2015: 15].

² Этот логический постулат известен как закон Юма, хотя существуют различные интерпретации соответствующего фрагмента из его «Трактата о человеческой природе» [Юм, 1996: 510–511; Финнис, 2012: 60–67].

³ Так, Г. Кельзен подчеркивал, что «отношения между людьми можно, но не необходимо истолковывать как нормативные отношения, т. е. как конституируемые объективно действительными нормами обязанности, полномочия, права, компетенции и т. д. ... Такие отношения можно истолковывать и беспредпосылочно, без постулирования основной нормы: как властные отношения, т. е. взаимоотношения приказывающих и подчиняющихся (или неподчиняющихся) людей, иначе говоря, социологически, а не юридически». А его основная норма при этом «является трансцендентально-логическим условием этого нормативного истолкования и выполняет “эпистемологическую функцию» [Кельзен, 2015: 274–275].

мнению Г. Еллинека, «первые представления о нормативном исторически развились... непосредственно из фактического» [Там же].

Источник социальной нормы всегда кроется в сущем: она выражает и закрепляет социально-целесообразные модели поведения и устанавливается и/или обеспечивается авторитетной инстанцией (фактически признаваемой таковой, даже если она считается трансцендентной). Нормативность любого социального регулятора, в том числе и права, следует понимать как совокупность требований должного, обусловленных сущим и легитимированных им⁴.

Все известные трактовки права явно (социологические учения) или имплицитно (эмпирическая конструкция суверена у Дж. Остина [Austin, 1885: 220–224]⁵, действенность нормы как одно из условий ее действительности у Г. Кельзена [Кельзен, 2015: 21–22, 263–269]⁶, окончательное правило признания у Г. Харта

⁴ Дж. Финнис, например, обосновывает императивность (обязательность) международно-правовых обычаев посредством целой серии взаимосвязанных суждений о должном и сущем (в его терминологии — практических и эмпирических суждений) [Финнис, 2012: 298–307].

⁵ Г. Кельзен подчеркивал, что остиновский «суверен», понимаемый как лицо или группа лиц, «не поддающиеся юридическому ограничению», не может быть найден в нормах позитивного права [Кельзен, 2009: 448]. С. Л. Полсон отмечает, что Дж. Остин осуществил редукцию концепции нормативности права к социальным фактам, а именно к привычке (повиноваться определенному лицу или группе лиц) и страху (перед тем злом и страданиями, которые могут быть причинены в случае неподчинения команде) [Полсон, 2011: 34–39].

⁶ С. Л. Полсон характеризует нормологическую концепцию нормативности Г. Кельзена, основанную на доктрине вменения, как правовой позитивизм без натурализма, в отличие, например, от позитивизма Дж. Остина и Г. Харта, где нормативность права объясняется через естественные (социальные) факты [Полсон, 2011: 41–49]. Однако, предложив «особую методологическую форму» для правоведения и освободив его тем самым от необходимости обращения к психологизму и натурализму [Полсон, 2011: 48–49], Г. Кельзен не отрицал возможности иной интерпретации правовых отношений, точнее, признавал, что его «чистое учение о праве» является лишь специфической (собственно юридической) интерпретацией фактических отношений власти и подчинения. М. В. Антонов замечает, что «чистое учение о праве означает у Кельзена чистоту именно учения, а не самого права, которое совмещает в себе как фактические (реальные), так и идеальные (интеллектуальные) аспекты» [Антонов, 2012: 185]. По убеждению Г. Кельзена, «своеобразие социальных структур, которые представляют собой предмет социологического познания — таких как государство, нация, класс и т. п. — заключа-

[Харт, 2007: 104–121]⁷) вынуждены учитывать взаимообусловленность должного и сущего⁸ и сталкиваются с неразрешимыми проблемами при интерпретации права как системы норм, если пытаются делать это путем сугубо логических построений в категориях долженствования.

Диалектическая связь сущего и должного в понятии нормативности проявляется в том, что в качестве нормы всегда устанавливается такое правило, которое объективно допускает возможность как нарушения, так и исполнения: «Норма, предписывающая нечто, что, как заранее известно, в силу закона природы только так и может произойти, была бы столь же бессмысленна, как и норма, предписывающая нечто, что, как заранее известно, в силу закона природы вообще не может произойти» [Кельзен, 2015: 21]. Данный подход можно считать общепринятым (практически общим местом), из него исходят различные интерпретации права. Так, М. ван Хук постулирует: «Норма не имеет смысла, когда: а) совершенно невозможно вести себя так, как она предписывает, или б) полностью исключена возможность девиантного поведения (например, норма, предписывающая людям дышать). Норма имеет смысл только тогда, когда индивид может выбирать, следовать ему норме или нет» [Хук, 2012: 126]. Принцип «долженствование предполагает возможность» (или «без возможности нет долженствования») воспринимается в философии как прямое и безусловное требование практической рациональности [Henderson,

ется в дуализме между идеологией, через которую эти структуры предстают в сознании составляющих данные структуры людей, и так называемой реальностью, которая предстает как действительные фактические отношения между составляющими социальные общности людьми» (*Kelsen H. Demokratie. Vortrag auf dem Fünften Deutschen Soziologentag. Oktober, 1926*) [Антонов, 2012: 185]. И именно «в обнаружении этой реальности Кельзен видел основную задачу своего правового учения, которое под данным углом зрения не только не исключает, а наоборот предполагает некую социологическую основу» [Там же].

⁷ По мнению Дж. Раза, «Харт является защитником социальной нормативности» права (Цит. по: [Полсон, 2011: 42]).

⁸ Р. Алекси, разделяя все позитивистские понятия права на две группы: те, в основе которых лежит социальная действенность права, и те, которые основаны на его надлежащем установлении, специально оговаривал, что каждый из указанных элементов в понятиях той или иной группы является именно основным, т. е. другой элемент не исключается полностью [Алекси, 2011: 16].

1966]. Даже в этике, где возможность совершения определенных действий и достижения их результатов не является абсолютным критерием для признания наличия или отсутствия нравственной ответственности, на уровне установления общих нормативных положений применение данного принципа сомнению не подвергается [Прокофьев, 2003: 70].

Отсюда следует, что действенность нормы в случае необходимости должна обеспечиваться принудительно. Норма всегда предполагает (включает в себя) санкцию — необходимость претерпеть определенные неблагоприятные последствия в случае ее нарушения⁹. Эти неблагоприятные последствия выражаются в конкретных лишениях личного или имущественного характера (так называемые карательные санкции) либо в невозможности достижения цели нормонарушающего поведения (принудительное исполнение возложенной нормой обязанности или непризнание нормативным порядком совершенных действий, например, осуждение формально похвального поступка, в основе которого лежат аморальные мотивы, юридическая недействительность сделки, совершенной в ненадлежащей форме, и т. п.).

Санкции могут иметь самый разный характер (содержание, происхождение, способ реализации), но всегда сопряжены с принуждением. Г. Кельзен убедительно показывает социологическую и логическую невозможность нормативных порядков без санкций [Кельзен, 2015: 41–43], но различает принудительные нормативные порядки (право) [Кельзен, 2015: 48–50] и порядки, не связанные с принуждением (мораль) [Кельзен, 2015: 83–84]. Однако при этом принуждение им фактически отождествляется с социально организованным применением физической силы [Кельзен, 2015: 50, 83–84], что на самом деле является лишь одним из возможных видов принуждения. Санкция, как неблагоприятное последствие, наступающее независимо от воли и желания нарушителя нормы, всегда предполагает (включает в себя) принуждение того или иного характера или, по крайней мере, возможность обращения

⁹ Как подчеркивает Р. Алекси, социальную действительность норм (так он называет их действенность. — *Н. В.*) «можно установить с помощью двух критериев: соблюдения [норм] и применения санкций за [их] несоблюдение» [Алекси, 2011: 106].

к нему, сколько бы незначительным (осуждение окружающих) или трансцендентальным (пребывание в аду в загробной жизни) оно ни было. Поэтому абсолютно верное утверждение Г. Кельзена, что «существенное различие между социальными порядками состоит не в том, что одни устанавливают санкции, а другие нет, но в том, какого рода санкции они устанавливают» [Кельзен, 2015: 43], одновременно означает, что существенное различие между социальными порядками заключается не в наличии или отсутствии их связи с принуждением, а в характере принуждения, которое они предполагают.

Достаточно распространены, в том числе и в теории права, представления о возможности обеспечения нормы не только санкцией, но и стимулом (поощрением, наградой). Такие позитивные санкции (в отличие от негативных)¹⁰ направлены не на запрещение социально нежелательных актов, а на стимулирование общественно полезных действий [Bobbio, 1977: 8]. Многие исследователи признают возможным замещение санкции поощрением в социальном регулировании вообще [Парсонс, 2000: 436, 588; Пэнто, Гравитц, 1972: 41] и в правовом регулировании в частности [Киселева, 2000: 25; Мирошник, 1997: 11; Общая теория государства и права, 2002: 277–282; Тихомиров, 1989: 77]. При этом в целом не отрицается, что санкция является более распространенным и эффективным средством поддержания любого нормативного порядка. Г. Кельзен, например, подкрепляет такой вывод ссылкой на то, что в любом социальном порядке, от правового до религиозного, включая его цивилизованные и первобытно-примитивные варианты, система санкций разработана гораздо лучше (детальнее, нагляднее), чем система поощрений [Кельзен, 2015: 45].

На самом же деле норма вообще не может обеспечиваться поощрением, только санкцией. Норма фиксирует «нормальный» порядок взаимодействия (сложившийся, социально типичный или должный стать таковым), следование которому не требует по-

¹⁰ Понятие санкции может использоваться и как родовое, объединяющее и наказание, и поощрение, и как подразумевающее только неблагоприятные последствия деяния. Второй подход более распространен и именно в таком значении данный термин и будет далее употребляться. Общим понятием для санкции и поощрения может быть, например, воздаяние [Кельзен, 2015: 39].

ощрения, а нарушение предполагает санкцию. Только санкция делает норму обязательной, а значит и собственно нормой. Стимул по определению допускает свободный отказ от поощряемого варианта поведения, который уже в силу этого никак не может рассматриваться как норма. Неслучайно исследователи, отстаивающие существование особых поощрительных норм, указывают, что они выражают «призыв совершить желательный для общества и государства поступок, но не обязательный для каждого отдельного субъекта (поощрение жестко не предписывает тот или иной вид социально ценного поведения, а оказывает непринужденное влияние благодаря привлекательности и выгоды обещанных в установленной норме последствий)» и являются формой одобрения и вознаграждения добровольного поведения, связанного со «сверхисполнением» субъектом своих обязанностей либо с достижением им общественно признанного полезного результата» [Малько, 2003: 71–72].

Стимул отнюдь не обеспечивает норму. Он либо направлен на ее формирование (и, следовательно, на разрушение уже реально существующей нормы), либо (что бывает гораздо чаще) отмечает и вознаграждает уникальное, из ряда вон выходящее социально полезное поведение, которое по определению не может быть нормой (героизм, выдающиеся достижения в литературе, науке, искусстве и т. п.). Если же стимулируемое поведение становится нормой, то и предоставление соответствующего поощрения также является нормой, а вот его лишение выполняет функцию санкции. В советском трудовом праве, например, так называемые премиальные системы заработной платы предполагали, что выполнение показателей и условий премирования было нормальным (должным), и обеспечивалось лишением премии (по сути — части заработной платы).

Игнорирование такого элемента нормативности, как фиксация социально типичного сущего, приводит к обоснованию индивидуальных норм — требований должного, адресованных конкретному, персонально определенному лицу [Петражицкий, 2000: 124; Кельзен, 2015: 134, 151; Поляков, 2004: 703–705]. Такие индивидуальные требования должного поведения, обеспеченные санкцией, действительно возможны в рамках практически любого

социального порядка, но они не образуют норм — социально типичных правил поведения для данного порядка, а являются либо исключениями из него (индивидуальные привилегии или обременения), либо результатом реализации нормы, ее применения к конкретному лицу. Норма же — всегда общее, непersonифицированное правило, адресованное лицам, определяемым общими родовыми признаками, даже если в ряде случаев такой адресат и представлен в единственном числе (Президент Российской Федерации).

В истории правовой мысли предпринимались многочисленные попытки построения модели правопорядка как упорядоченной системы принудительно обеспечиваемых правил поведения, и все они сталкивались с проблемой бесконечного регресса санкций (*regressus in infinitum*), когда обязательность n -ной нормы обеспечивается $n + 1$ -нормой, предусматривающей применение санкции в случае ее нарушения, что, в свою очередь, требует наличия $n + 2$ -нормы, устанавливающей санкцию за нарушение правила, выраженного в $n + 1$ -норме, и так до бесконечности. Аналогичные проблемы возникают и с установлением действительности n -ной нормы, когда она увязывается с ее созданием в порядке, установленном $n + 1$ -нормой, и так далее, опять-таки до бесконечности. На эту логическую безысходность обращали внимание многие теоретики (в России одними из первых — Б. Н. Чичерин [Чичерин, 2006: 32] и Л. И. Петражицкий [Петражицкий, 2010: 283–284, 288–289]).

В XX в. обоснование действительности права в плане преодоления описанной выше дурной бесконечности стало едва ли не главной теоретической проблемой (прежде всего в юридическом позитивизме)¹¹. Все попытки выхода из тупика путем разнообразных логических ухищрений привели лишь к «замораживанию» проблемы, что равнозначно имплицитному признанию ее нерешаемости.

Так, Г. Кельзен подчеркивал, «что “запрещенность” или “предписанность” определенного поведения означает “должность” не этого или противоположного ему поведения, но “должность” по-

¹¹ Блестящий анализ различных вариантов обоснования действительности правопорядка см.: [Тимошина, 2011].

следствия этого поведения, т. е. санкции. Предписанное поведение не есть должное поведение, должное — это санкция. Предписанность поведения означает, что противоположное поведение есть условие “должности” санкции. Исполнение санкции предписано, т. е. составляет содержание правовой обязанности в том случае, если ее неисполнение обуславливает другую санкцию. Если же это так, санкция может считаться только уполномоченной, но не предписанной. Поскольку такой регресс не может быть бесконечным, то и последняя санкция в этом ряду может быть только уполномоченной, но не предписанной» [Кельзен, 2015: 40].

Таким образом, Г. Кельзен разводит проблемы действительности правовых норм и их принудительного исполнения (что обеспечивает их действенность). И если для первой он предлагает решение в виде своей основной нормы (о ней чуть позже), то вторую элегантно обходит, что, однако, порождает новые вопросы. Во-первых, как подметила Е. В. Тимошина, в его теоретической конструкции вновь возникает тень якобы устраненного «суверена», на усмотрение которого, очевидно, отнесено применение последней санкции [Тимошина, 2011: 59]. Во-вторых, «уполномоченность» последней санкции ставит под сомнение «предписанность» (обязательность) и всех предшествующих, а отсюда — и принудительность правопорядка в целом. Наконец, «разведение» проблем действительности и действенности (само по себе весьма продуктивное, как будет показано ниже) не снимает проблемы их сопряжения, которую Г. Кельзен также оставляет без внимания. Объяснения права «из самого себя», сугубо нормологически, без обращения к сфере сущего, — принципиальная позиция Г. Кельзена (в чем, собственно, и заключается оригинальность его учения), но саму проблему это не снимает.

Не помогают избежать *regressus in infinitum* и самореферентные правила (*self-referring rules*) Г. Харта. Он полагает, что санкция за нарушение установленного законом правила не обязательно должна предусматриваться в другом правиле. По его мнению, правило может устанавливать санкцию за нарушение как других правил, так и его самого. Такое правило Г. Харт назвал самореферентным. Оно может быть сформулировано следующим образом: «Орган сообщества (судья) должен наказать каждого,

кто нарушит любой закон, включая данный». Такое правило предполагает бесконечную серию обязанностей, но это будут именно обязанности и нарушения обязанностей, но не правила [Hart, 1983b: 170–173].

В качестве реального примера самореферентных правил Г.Харт называет положения конституций, устанавливающие порядок ее изменений (более сложный по сравнению с обычным законодательным процессом), который распространяется в том числе и на сами эти положения. Такие «укрепленные» положения являются гарантией от изменения конституции в ином (упрощенном) порядке, своего рода санкцией в виде признания их недействительными [Hart, 1983b: 173–178]. Однако в данном случае скорее прав А. Росс (с которым полемизирует Г.Харт), считающий, что признание политиками, находящимися у власти, того, что конституция должна изменяться в установленном ею порядке, и следование соответствующим процедурам на практике, является «просто социально-психологическим фактом» [Ross, 1958: 81–83], поскольку реальная санкция за нарушение этого порядка отсутствует, что подтверждается многочисленными случаями неконституционного изменения конституций. Кроме того, конституция, устанавливающая порядок ее изменения, предопределяет действительность пересмотренной в данном порядке конституции (ее отдельных положений), но что является основанием действительности ее самой?

Представляется, что в рассуждениях Г.Харта место дурной бесконечности занимает порочный круг, когда действительность нормы проистекает из нее самой. И здесь опять маячит «суверен», но уже не произвольно (по Г.Кельзену) решающий вопрос о применении санкции, а по Г.Еллинеку, обязывающий себя к этому [Еллинек, 2004: 359–365, 458–466].

Безуспешность попыток обосновать действительность права исключительно в рамках его нормологической структуры, без «выхода» в мир сущего, провоцирует обращение в этих целях к проблеме социальной легитимации права в процессе правовой коммуникации. Так, М. ван Хук полагает, что восходящий к Г.Кельзену линейный процесс легитимации права, когда правило обосновывается другим правилом более высокого иерархического уровня,

более или менее правдоподобно описывает публичное право XIX в., но для современных правовых систем характерна циркулярная, сетевая структура [Хук, 2012: 152–153, 156–157]. «Циркулярность» (в терминологии М. ван Хука) — это взаимозависимость и взаимодействие «между лицами и органами внутри правовой системы в процессе производства и легитимации права» [Хук, 2012: 153]. В рамках такой модели структура правовой системы не образует иерархию, «где высшие элементы определяют низшие. Ее следует рассматривать как сеть взаимоотношений, производящих значения с большей или меньшей вероятностью “истины”» [Хук, 2012: 157]. Соответственно, юридическая действительность правовых норм (в традиционном, кельзеновском смысле) при таком подходе оказывается несущественной. Правовая система нуждается в социальной легитимации, т.е. признании со стороны внешних ей систем. При этом такая легитимация имеет «плюралистическое измерение», т.е. «различные типы (совокупности) правил и принципов будут требовать различных типов легитимации: моральной, политической, экономической и т.п. Некоторые будут требовать содержательную легитимацию, для других может оказаться вполне достаточно формальной легитимации» [Хук, 2012: 251].

Таким образом, у М. ван Хука, в отличие от Г. Кельзена, юридическая действительность и социальная действенность практически не расчлняются, причем приоритет однозначно принадлежит действительности (предопределяемой социальной легитимацией), а значение юридической действительности минимизировано. Безусловно, современные правовые системы не могут быть представлены в виде примитивных линейных иерархий и, пожалуй, действительно адекватнее описываются терминами «сеть» и «циркулярность». Однако это не снимает проблемы их упорядоченности и сугубо юридического обоснования действительности образующих их норм. М. ван Хук и сам подчеркивает, что правовой системе должна быть присуща «высокая степень когерентности». Когерентность же «в первую очередь означает *логичность* или отсутствие противоречий. Не должно быть несовместимых норм, а если они и будут, то такие случаи должны быть исключительными, а сама система обязана предлагать способы разрешения подобных несоответствий, например, посредством толкования.

Кроме того, “когерентность” апеллирует к определенным структурным связям, к некоему внутреннему *единству* среди элементов правовой системы» [Хук, 2012: 160]. В частности, «судебная власть должна контролировать совместимость норм, утверждаемых высшими и низшими органами, и в случае конфликта отменять или изменять нормы, занимающие более низкое место в иерархии права» [Хук, 2012: 163].

В случае отказа от собственно юридического обоснования действительности правовых норм (что отнюдь не тождественно жесткой иерархии) нарушается один из важнейших, основополагающих принципов права — принцип правовой определенности, предполагающий стабильность правового регулирования и существующих правоотношений, что позволяет их участникам быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, приобретенных прав и обязанностей. При этом принцип правовой определенности является первоосновой и социальной легитимации права, как средства обеспечения порядка в его противоположности произволу и хаосу. М. ван Хук же отдает предпочтение «*конкретизированной справедливости*, учитывающей специфические характеристики конкретного случая, а не общей справедливости, дающей широкие и всегда одинаковые определения во всех случаях, поддерживая “равенство” и “юридическую определенность”» [Хук, 2012: 279]. При таком подходе нормативность права просто исчезает, растворяясь в фактических, психологических, социально-экономических, моральных и политических доводах, которые «могут быть употреблены с пользой в зависимости от типа казуса» [Там же], она уступает место «индивидуальной справедливости», а фактически — произволу правоприменителя¹².

Несмотря на то, что пренебрежение традиционным подходом к определению действительности правовой нормы не является общей тенденцией, конечные основания действительности правопорядка, как правило, оказываются метаюридическими. Они

¹² На опасности, которые таит в себе апелляция к легитимности в теоретическом и практическом юридическом дискурсе, неоднократно обращал внимание М. В. Антонов [Антонов, 2018a: 48–81; Антонов, 2018b: 118–124; Антонов, 2018с: 24–49].

обычно ищутся в сфере фактического (например, эмпирическая интерпретация государственной власти в духе остиновской конструкции суверена, которую развивали Г. Ф. Шершеневич и марксистско-ленинская теория права, окончательное правило признания Г. Харта, этические эмоции Л. И. Петражицкого, социальная общность Г. Д. Гурвича, в которой «процессы конституирования посредством права и создания права совпадают» [Гурвич, 2004: 147]) или метафизического (естественный закон как основание правопорядка, идея которого восходит к Дж. Локку и И. Канту).

Общую идею, а, пожалуй, и результат таких поисков выразил А. Росс: «Обязанность перед системой не может проистекать из самой этой системы, но должна следовать из правил или принципов, находящихся за рамками системы» [Росс, 2009: 464]. В связи с этим предлагается различать две теоретические модели действительности правопорядка: аналитическую модель Г. Кельзена и эмпирическую модель Г. Харта и А. Росса [Тимошина, 2011: 55–56], а также три понятия действительности права (социологическое, этическое и юридическое) [Алекси, 2011: 105–108] и три вида основной нормы (аналитическую, нормативную и эмпирическую) [Алекси, 2011: 117–154] как инструмента преодоления отмеченной тавтологичности в определении действительности. Представляется, что в данных случаях имеет место смешение понятий действительности, основания действительности, действительности, проблем определения действительности конкретной правовой нормы и правопорядка в целом¹³, а также некорректное использование кельзеновской терминологии в другом смысловом контексте.

Проблема действительности правовой нормы, как ее формулирует Г. Кельзен, сводится к ответу на вопрос, почему она является обязательной (обязывающей), почему человек должен себя вести так, как она предписывает. Основание действительности нормы Г. Кельзен усматривает в другой норме, вышестоящей по отношению к данной, которой она должна соответствовать. Далее,

¹³ Необособленность указанных проблем и понятий проявляется и у М. ван Хука, который пишет о формальной, социологической и профессиональной институционализации правовой системы [Хук, 2012: 34–42]. Правда, его спасает термин «институционализация», имеющий весьма широкое и разноплановое семантическое поле.

в зависимости от того, какой смысл вкладывается в это требование соответствия, он различает два типа нормативных систем: статические и динамические. В рамках первых нормы являются действительными в силу своего содержания, т. е. его соответствия содержанию вышестоящей нормы (выводимости из него при помощи логической операции перехода от общего к частному). В динамических нормативных системах норма действительна, если она создана надлежащей инстанцией в надлежащем порядке, т. е. в соответствии с компетенцией, установленной для данной инстанции вышестоящей нормой. Право, согласно Г. Кельзену, — динамическая нормативная система. Отсюда правовая норма действительна не потому, что ее содержание может быть выведено из содержания вышестоящей нормы, а потому, что она создана в установленном вышестоящей нормой порядке [Кельзен, 2015: 240–256].

Проблема действительности права (причем именно в ее кельзеновском варианте) в философии права иначе называется тестом на происхождение. Принято считать, что впервые эта проблема была осознана и решена Дж. Остином. Согласно его теории, право — это приказ суверена. Соответственно систему правовых норм образуют такие требования должного, снабженные санкцией, которые, в конечном счете, исходят от суверена, т. е. установлены непосредственно им или уполномоченными им (опять-таки, в конечном счете, что допускает наличие множества опосредующих звеньев) инстанциями. Тест на происхождение считается одним из самых оригинальных и важных в юридическом позитивизме [Murphy, Coleman, 1990: 22]¹⁴. Именно он позволяет отграничить правовое требование от любого иного, предъявляемого под угрозой неблагоприятных последствий (знаменитый пример с грабителем, требующим отдать ему деньги, весьма популярный

¹⁴ «Не является правом то, что не дает ответа на вопрос о происхождении своего нормативного характера и не способно к такому ответу!» — утверждал Г. Радбрух [Радбрух, 2004: 47]. Собственно остиновского варианта решения данной проблемы придерживался А. С. Яценко: «Правовой строй предполагает, что существует в обществе высшая организованная власть, которая окончательно и без возможности дальнейших юридических апелляций решает вопрос, что право и что не право; иначе нужно признать, что каждый вправе самостоятельно решать вопрос о праве» [Яценко, 1999: 156].

в истории правовой мысли [Петражицкий, 2010: 339; Петражицкий, 2000: 268; Кельзен, 2015: 18; Харт, 2007: 27–33]). Причем уже в конструкции Дж. Остина просматривается разведение обоснования действительности норм в рамках данного правопорядка (их производность, в конечном счете, от суверена) и действительности самого правопорядка, которая фактически сводится к его действительности и легитимности как условию действительности (эмпирическая модель идентификации суверена).

Этот подход в более завершенном виде выражен и у Г. Кельзена. Его основная норма, замыкающая иерархическую структуру правопорядка, решает проблему действительности норм, относящихся к данному правопорядку, а не самого этого порядка. Основная норма — это не предельное основание действительности правопорядка в фактическом или метафизическом смысле, а лишь логический прием (гносеологическое допущение), позволяющее преодолеть *regressus in infinitum* при структурировании правопорядка. Основная норма просто пресекает дурную бесконечность в обосновании действительности норм данного правопорядка [Кельзен, 2015: 240–242, 250–256]¹⁵. Соблюдая чистоту своего учения, от обсуждения проблемы конечного источника обязательности норм, образующих правопорядок, т. е. действительности самого правопорядка в целом, которое неизбежно ведет в мир сущего, Г. Кельзен уходит. Однако интенционно действительность правопорядка в концепции Г. Кельзена также отождествляется с его действительностью. «Чтобы понять сущность основной нормы, — писал он, — необходимо прежде всего помнить о том, что она непосредственно соотносится с некоторой реально установленной конституцией, созданной на основании обычая или посредством законодательной деятельности и в общем и целом действенной; а опосредованно основная норма соотносится с созданным в соответствии с этой конституцией и в общем и целом действенным правопорядком» [Кельзен, 2015: 250]. Основная норма, пояснял Г. Кельзен

¹⁵ О смысле основной нормы в учении Г. Кельзена и эволюции ее трактовки см.: [Антонов, 2013: 172–195]. В связи с этим кажется абсолютно неуместной трактовка А. Россом кельзеновского понятия действительности как «нравственного качества, заложенного в правовую систему» [Росс, 2009: 471], а его «чистого учения о праве» как «квазипозитивизма» [Росс, 2009: 469–471].

далее, «может быть только мыслимой нормой, а именно нормой, которая мыслится как предпосылка, когда в общем и целом действенный порядок принуждения истолковывается как система действительных правовых норм» [Кельзен, 2015: 255].

Хотя Г.Кельзен формально и утверждал, что «действенность правопорядка, так же как и факт его установления, не является основанием его действительности» [Кельзен, 2015: 267], его «основная норма соотносится лишь с действенной конституцией, созданной посредством законодательного акта или обычая» [Кельзен, 2015: 262]. А «конституция действенна, если созданные в соответствии с ней нормы в общем и целом применяются и соблюдаются» [Там же]. Таким образом, «основная норма обуславливает действительность установлением и действенностью; действенностью — в том смысле, что она должна наступить вслед за установлением, чтобы правопорядок в целом и отдельная правовая норма не утратили своей действительности... Нормы позитивного правопорядка действительны *потому*, что предпосылается действительность основной нормы, являющейся основным правилом их создания, а не потому, что они действенны; но они действительны лишь *тогда*, т. е. до тех пор, пока действенен этот правопорядок. Как только конституция и созданный на ее основе правопорядок как целое утрачивает свою действенность, этот правопорядок и каждая отдельная его норма перестают быть действительными» [Кельзен, 2015: 267–268]. Действительность отдельной нормы также увязывается с ее хотя бы минимальной действенностью [Кельзен, 2015: 21–22, 268] или потенциально возможной действенностью (например, установленная в конституции процедура ее изменения, которая еще ни разу не применялась и, возможно, никогда не будет использована, является действительной до тех пор, пока конституция не будет изменена другим образом).

Г.Кельзен специально подчеркивал, что «действенность есть условие действительности, а не сама эта действительность» [Кельзен, 2015: 269], и предостерегал от смешения данных понятий [Кельзен, 2015: 263–267]. Это, безусловно, правильно, особенно если речь идет об отдельных нормах в рамках данного правопорядка. Неотдифференцированность их собственно юридиче-

ской действительности от действенности¹⁶ (социальной эффективности и социальной легитимации¹⁷) приводит (как это было показано на примере коммуникативной интерпретации права М. ван Хука) к элиминации принципа правовой определенности. Однако обосновать действительность правопорядка в целом без апеллирования к его действительности невозможно. Основная норма Г. Кельзена — не решение данной проблемы, а уход от нее.

Подход Г. Харта кажется более продуктивным. Его окончательное правило признания, определяющее действительность всего правопорядка (и обеспечивающее «критериями юридической действительности систему правил» [Харт, 2007: 114]), как и основная норма Г. Кельзена, «не похоже на другие правила этой системы» [Харт, 2007: 113]. Оно «существует только в сложной, но обычно согласованной деятельности судов, официальных и частных лиц по выявлению права через обращение к некоторым критериям. Его существование — это вопрос факта» [Харт, 2007: 114]. Поэтому окончательное правило признания Г. Харта — аналог не основной нормы Г. Кельзена, а его концепция действительности правопорядка, которая является условием (а мы вслед за Г. Хартом скажем и основанием) его действительности¹⁸.

¹⁶ Это имеет место во многих социологически ориентированных концепциях права; помимо уже рассмотренной коммуникативной теории М. ван Хука, например, у А. Росса [Росс, 2009: 458–473; Антонов, 2011: 454–457; Hart, 1983a].

¹⁷ Г. Кельзен называет легитимностью «принцип, согласно которому норма правопорядка действительна до тех пор, пока ее действительность не будет прекращена предусмотренным правопорядком способом или заменена действительностью другой нормы этого порядка» [Кельзен, 2015: 260], фактически отождествляя ее с действительностью. Однако в более привычной для нас терминологии в данном случае лучше говорить о легальности, законности или собственно действительности нормы в рамках данного правопорядка. Легитимность же — это оправданность одного порядка (в том числе и образующих его норм) с точки зрения другого порядка, внешнего ему и занимающего более высокий иерархический уровень; в нашем случае — оправданность правопорядка с точки зрения иных соционормативных систем. В этом смысле здесь и далее используется термин «социальная легитимность».

¹⁸ Как верно подметил М. ван Хук, «не только Харт, но и Кельзен, в конечном счете, должен был опираться на *социальную эффективность* правовой системы, чтобы получить возможность определить ее как независимую и действительную» [Хук, 2012: 142].

Искать основания действительности правопорядка надо в сфере фактического, акцентируя взаимообусловленность сущего и должного. Любая система требований должного призвана конституировать и обеспечивать определенное состояние сущего, будучи, в свою очередь, содержательно зависимой от его природы¹⁹.

Наиболее очевидна эта зависимость требований должного от состояния сущего в так называемых технических нормах. Под техническими нормами принято понимать правила взаимодействия человека с искусственными или природными объектами. Обеспечивающие их санкции всегда носят, если можно так выразиться, предельный характер. Нарушение установленного порядка взаимодействия (само по себе возможное) автоматически влечет за собой уничтожение субъекта или объекта либо исключает само взаимодействие. Чтобы автомобиль тронулся с места, надо выполнить определенные манипуляции с педалями, рычагами и т. п.; действовать по-другому, в принципе, можно, вот только машина не поедет. Собаку нельзя дразнить, иначе она укусит (и ведь действительно укусит). Технические нормы не требуют искусственного

¹⁹ Весьма примечательно обоснование обязательности естественного права, утвердившееся в философском богословии к началу XVII в.: что является правильным (надлежащим, должным), а что неправильным, зависит от природы вещей, а не от предписаний Бога, однако «обязательность норм относительно правильного и неправильного напрямую зависит от наличия предписаний, выражающих волю Бога, которая состоит в том, что правильное надо делать (в порядке обязанности), а неправильного избегать (аналогично)» [Финнис, 2012: 69]. В частности, такая модель рассуждений присутствует у Г. Гроция: «Право естественное есть предписание здравого разума, коим то или иное действие, в зависимости от его соответствия или противоречия самой разумной природе, признается либо морально позорным, либо морально необходимым; а, следовательно, такое действие или воспрещено, или же предписано самим богом, создателем природы. Действия, к которым относится подобного рода предписание, суть сами по себе должные или недозволенные, и от того они с необходимостью признаются предписанными или же воспрещенными самим богом... Естественное право... столь незыблемо, что не может быть изменено даже самим богом. Хотя божественное всемогущество и безмерно, тем не менее можно назвать и нечто такое, на что оно не распространяется, поскольку то, что об этом говорится, только произносится, но лишено смысла, выражающего реальный предмет, ибо само себе противоречит. Действительно, подобно тому, как бог не может сделать, чтобы дважды два не равнялось четырем, так точно он не может зло по внутреннему смыслу обратить в добро» [Гроций, 1994: 71–72].

(специально социально организованного) обеспечения (принуждения к исполнению). Обеспечивающая их предельная санкция из мира сущего, а не из мира волеустановленного должного; она являет собой естественную и неизбежную реакцию сущего на нарушение объективно необходимых правил взаимодействия с ним.

В определенном смысле по модели технических норм функционируют нормы морали, если отличать их от нравственности [Гегель, 1994: 194; Нерсесянц, 2006: 104–105; Поляков, 2004: 363–364] и рассматривать как сугубо личностные, индивидуальные, автономные, интимные требования, адресуемые человеком самому себе. Они обеспечиваются таким не до конца понятным психологическим феноменом, как совесть, реакция которой автоматическая (муки совести) и в какой-то мере предельная (если муки совести удастся преодолеть, то система моральных императивов человека меняется). Подлинно социальны лишь нормы нравственности — правила должного поведения, сложившиеся в рамках определенной общности и поддерживаемые, главным образом, силой общественного мнения (в качестве санкции здесь выступает общественное осуждение, в предельном случае — социальное отторжение нарушителя нормы)²⁰.

Представляется, что мононормы первобытного общества во многом еще были не социальными нормами в собственном смысле слова, а естественными (аналогичными техническим) правилами взаимодействия человека с живой и неживой природой и себе подобными. Мононормы, предписывающие порядок действий при охоте, сборе плодов, обработке шкур, распределении пищи, защите территории рода и т.п., не порождали у первобытного человека сомнений в необходимости им следовать, ибо не существовало объективной возможности их нарушения. Так должно быть, потому что так было, потому что только так и могло быть. За любое отступление от «установленного порядка» с неотвратимостью мстила сама природа.

Свойственные мышлению первобытного человека фетишизм и анимизм (одушевление объектов неживой природы)

²⁰ Хотя индивидуальная мораль, безусловно, формируется в том числе, возможно, в основном под влиянием социальных факторов (той же нравственности), функционируют мораль и нравственность по-разному.

и проистекавшее непосредственно из этого соционормативное истолкование природы, когда все значимые для человека или общества явления представлялись как наказание или награда за соответственно плохое или хорошее поведение, были следствием не просто интеллектуальной неразвитости человечества, но и его объективной невыделенности из мира природы, неотдифференцированности социологического и естественно-биологического бытия. «То, что для современного научного сознания есть природа, для древнего человека было частью его общества как нормативного порядка, элементы которого связаны по принципу вменения. Первобытному сознанию был совершенно чужд дуализм природы как каузального порядка и общества как нормативного порядка, ему было чуждо представление о двух различных способах соединения данных в опыте элементов между собой» [Кельзен, 2015: 111–112]²¹. Причем здесь не столько природный порядок объясняется через уподобление его социальному, сколько сами эти порядки реально еще очень мало различимы.

Переход к производящей экономике, рост производительности труда, доставлявшего человеку продукта больше, чем было необходимо для поддержания его биологической жизнедеятельности, поставил перед ним и проблему выбора способа организации дальнейшего социального взаимодействия. Теперь уже (в известных пределах, разумеется) «могло быть» по-разному. Пожалуй, именно тогда окончательно и завершилось выделение человека из мира природы, произошло утверждение подлинно человеческих (искусственных, т. е. преимущественно социально, а не биологически обусловленных) форм существования.

Первым проявлением «социализации» мононорм первобытного общества стала их сакрализация, свидетельствующая о том, что они утратили качество самоисполнимости и для их поддержания уже необходимо специальное социально организованное принуждение. Примитивные языческие верования и явились таким первым собственно социальным способом обеспечения установленного социального порядка. Предельная санкция в виде вымирания рода при его нарушении не исчезла, она просто приоб-

²¹ Подробнее см.: [Kelsen, 1946; Антонов, 2012: 191–192].

рела, так сказать, отложенный характер, что и вызвало необходимость собственно социальных (снабженных социально организованными санкциями) норм, призванных не допустить реализации предельной санкции.

Социальной санкцией, максимально приближенной к предельной (предельной для того лица, к которому она применена), является исключение из системы отношений в рамках данного социального порядка (изгнание из рода (общины, города), отлучение от церкви, лишение гражданства, наконец, смертная казнь). Она призвана защитить порядок от разрушительного воздействия лиц, которых социально организованная система санкций не может заставить соотносить с ним свое поведение²². Данная санкция для конкретного лица выполняет роль предельной постольку, поскольку оно заинтересовано в своей принадлежности к данному социальному порядку.

Именно предельная санкция, понимаемая как выход за рамки данного нормативного порядка, разрушение его, и есть то, что, в конечном счете, обеспечивает обязательность установленного нормативного порядка. Она принадлежит миру сущего (и не является санкцией в собственном (юридическом) смысле), демонстрируя взаимосвязь сущего и должного: требования должного установлены для обеспечения определенного состояния сущего, которое с тех или иных позиций легитимировано как должное. «Отложенность», не автоматичность, но, в конечном счете, неизбежность предельной санкции делает необходимой систему искусственных (социально организованных) санкций, чтобы ее избежать, предотвратить разрушение установленного нормативного порядка.

Ш. Л. Монтескье, обосновывая необходимость разделения властей в государстве, писал, что иначе «свободы не будет» [Монтескье, 1999: 138–139], определяя таким образом предельную

²² Поэтому вызывает удивление, что М. ван Хук приводит такие санкции ряда нормативных порядков (исключение из спортивного клуба, разрыв дипломатических отношений) в качестве примера «слишком слабых» санкций [Хук, 2012: 51], в то время как в другом месте своей работы он подчеркивает, что «одной из самых жестких санкций может быть исключение из группы» [Хук, 2012: 32].

санкцию (разрушение правопорядка, гарантирующего свободу в обществе), которая призвана удерживать все ветви власти от выхода за пределы своих полномочий. Но «свободы не будет» не сразу и не автоматически при осуществлении каким-либо из государственных органов не свойственных ему функций, отсюда — необходимость целого комплекса специальных норм, снабженных собственно юридическими санкциями (в данном случае известных как система сдержек и противовесов).

Предельная санкция предопределяет предельное основание действительности правопорядка. В конечном счете, основанием действительности всей нормативной системы является ее легитимность — признание значимости данного порядка [Вебер, 1990: 636] и стремление избежать предельной санкции. «Если, с позиции Кельзена и Харта, — указывает М. ван Хук, — правовые системы для своей идентификации, в конечном счете, опираются на социальную эффективность, то это означает, что данные *нормативные* системы базируются на *факте* общественного признания» [Хук, 2012: 143]. Таким образом, предельная санкция и конечное основание действительности правопорядка взаимосвязаны и демонстрируют неизбежный «выход» системы права в мир сущего, что лишней раз подтверждает социальность (социальную обусловленность) права.

Легитимация нормативного порядка — это процедура его объяснения и оправдания (с точки зрения нормативного порядка более высокого уровня), обеспечивающая согласие подчиняться ему (в том числе согласие претерпевать реализуемые в его рамках меры принуждения). Легитимность — внутреннее субъективно-эмоциональное отношение к порядку. Однако оно, как правило, не является сугубо аффективным или религиозным, а имеет под собой рациональную основу — признание непреложной значимости ценностей, на поддержание которых порядок направлен [Вебер, 1990: 639–641].

Ценности высшего уровня, на основании которых легитимируется нормативный порядок, могут быть разными. Они акцентируются различными концепциями права. Признание самоценности порядка (любого по содержанию образующих его норм) в его противоположности хаосу характерно для нормологических

интерпретаций права (легистского неопозитивизма Г.Кельзена и Г.Харта), абсолютизация ценности нормоустанавливающей инстанции лежит в основе классического легизма (таковой здесь будет государство, суверен), социологического позитивизма (определенный социум), теологических вариантов естественно-правовой школы (Бог)²³. Содержательное определение ценностей, на обеспечение которых должен быть направлен порядок, присуще этическим трактовкам права (те или иные нравственные принципы) и либертарной концепции (индивидуальная свобода и формальное равенство в свободе).

При этом во всех аксиологических интерпретациях права имплицитно присутствует ценность порядка как такового (упорядоченности, определенности социального взаимодействия) и, более того, она является интенционно первичной. Неслучайно правовая определенность — важнейший принцип права. Все иные ценности либо абсолютизируют субъекта, обеспечивающего установление и поддержание порядка (суверен, социум, Бог), либо выражают притязание на определенное качество порядка (справедливость, свобода).

В терминологии Г.Харта легитимность — это «внутреннее» отношение к правопорядку, когда (в отличие от «внешней» точки зрения) образующие его нормы воспринимаются не просто как требования, за нарушение которых с большой долей вероятности последуют предусмотренные санкции, а как стандарты надлежащего, должного, правильного поведения, которые именно в силу своей «правильности» (необходимости) могут поддерживаться с помощью принуждения [Харт, 2007: 93–95]. «...Для того, чтобы

²³ Неслучайно Л.Фуллер проводил аналогию между католической правовой доктриной и позитивизмом: «в трудах представителей Римско-католической церкви теория естественного права рассматривается не просто как поиск принципов, которые позволят людям успешно сосуществовать, а как поиск того, что может быть названо “высшим законом”. Это отождествление естественного права с правом, стоящим выше людских законов, кажется, входит в число требований всякой доктрины, которая настаивает на возможности авторитетного провозглашения требований естественного права. Там, где высказаны подобные заявления, конфликт между римской католической доктриной и противоположными взглядами представляется мне конфликтом между двумя формами позитивизма» [Фуллер, 2005: 149–150].

система правил могла быть силой навязана кому-либо, должно быть достаточное количество тех, кто принимает ее добровольно. Без их добровольного сотрудничества, тем самым создающего *власть*, принудительная сила закона и правительства не может быть установлена». Поэтому «существование правовой системы есть социальное явление, всегда имеющее два аспекта... Они включают в себя отношения и поведение, характерные для добровольного принятия правил, и более простые отношения и поведение, связанные с простым повиновением или смирением перед ними» [Харт, 2007: 202]. Если в неразвитых децентрализованных правовых системах, где нет официальных лиц, уполномоченных применять нормы, «внутреннее» признание правопорядка должно быть достаточно широко распространено и устойчиво, то в современных правопорядках «внутреннее» отношение к праву в экстренных случаях может быть ограничено только официальными лицами. «В такой более сложной системе только официальные лица могут принимать и использовать имеющиеся в данной системе критерии юридической действительности. Общество, в котором так происходит, может быть прискорбно напоминающим стадо овец; овцы могут закончить на бойне. Но есть мало оснований думать, что оно не может существовать или отрицать его право называться правовой системой» [Харт, 2007: 120–121]. Оставив пока в стороне утверждение Г. Харта о возможности называть такой порядок правовым (оно типично для позитивизма), заметим, что вряд ли возможно его длительное и устойчивое существование. «На бойне» обычно заканчивает свою жизнь и сам порядок, а не только подчиненные ему «овцы». Легитимация всегда предполагает внутреннее признание существующего порядка не только властвующими, но и подвластными (по крайней мере, значительной их частью).

Идея легитимности правопорядка как конечное основание обязательности норм позитивного права имеет давнюю традицию в истории правовой мысли. Ее прямым аналогом является теория общественного договора как следствия осознания необходимости перехода из естественного состояния в гражданское (политическое), чтобы обеспечить гарантии своих естественных прав²⁴.

²⁴ Схожую аналогию проводит Р. Алекси [Алекси, 2011: 146].

Теории общественного договора весьма разноплановы в зависимости от того, как интерпретируется исходное естественное состояние и какие ценности в конце концов оказываются базовыми для легитимации политического состояния и позитивного права. Интересно, что каждая из указанных выше легитимирующих ценностей имеет свою классическую теорию общественного договора. Так, у Т. Гоббса в качестве такой ценности, в конечном счете, оказывается суверен [Гоббс, 2001], у Ж. Ж. Руссо — народ (социальная общность) [Руссо, 2000], у И. Канта — собственно правопорядок [Кант, 1965], у Дж. Локка — индивидуальная свобода [Локк, 2009], у Дж. Ролза — справедливость [Ролз, 1995].

С указанными ценностными основаниями легитимации некоторым образом коррелируют знаменитые веберовские типы легитимного господства. В политологии вслед за М. Вебером принято различать три «чистых» способа легитимации власти [Липсет, 1972: 205–213]. (1) Традиционный, когда существующая власть признается, потому что была таковой «всегда». Данный тип легитимации основан на привычке, обычае, приверженности установленному издревле порядку и предполагает безусловное доверие к институтам власти, но не к персонифицирующим их лицам. (2) Харизматический, когда лидеру приписываются выдающиеся личные качества — моральное, физическое, интеллектуальное превосходство, а часто даже магические способности. Харизма предполагает безусловное доверие и слепое подчинение, базирующееся на обожании и страхе. (3) Рационально-правовой, когда повиновение управляющим основано на соблюдении ими установленных правил обретения и осуществления власти. С известной долей условности и допущения можно сказать, что легитимация в силу традиции предполагает первичность ценности социума, в рамках которой таковая утвердилась, рационально-правовая легитимация базируется на самоценности рационального порядка, а харизматическая — властвующего субъекта (порядок здесь ценен лишь в своей производности от его творца).

Безусловно, веберовские способы легитимации нигде не функционируют в выделенном им чистом виде. Признание власти всегда проистекает из сложного переплетения множества трудноуловимых факторов экономической, правовой, моральной, психо-

логической, религиозной природы, и речь идет лишь о доминировании того или иного способа. Обычно такое доминирование прослеживается и во многом предопределяет характер политической власти. Точно так же и легитимация правопорядка имеет «плюралистическое измерение» [Хук, 2012: 251] и осуществляется по различным основаниям [Хук, 2012: 260–269], но одно из них является ведущим, что и обуславливает тип правопорядка (доминирующей системы социальной регуляции).

Отдельные социальные нормы (в нашем случае правовые), обеспечиваются не предельной санкцией (угрозой разрушения легитимного правопорядка), а волеустановленной, и их действительность требует обоснования в рамках данного нормативного порядка, т. е. посредством логических операций с установленными правилами должного поведения.

Если легитимность правопорядка базируется преимущественно на ценностях, воплощающих требования к его содержанию, то проблема действительности образующих правопорядок норм (в ее кельзеновском смысле) существенно усложняется. Одних формальных (динамических по Г. Кельзену) оснований (установление надлежащей инстанции в надлежащем порядке) оказывается недостаточно. Установленные правила должны содержательно соответствовать (по меньшей мере — не противоречить) ценностям, лежащим в основе легитимации порядка (материальные (статические по Г. Кельзену) основания действительности или этическое понятие действительности в терминологии Р. Алекси [Алекси, 2011: 107]). Возникающие при этом трудности разноплановы и до конца непреодолимы. Неслучайно позитивизм остается господствующим направлением правовой мысли.

Во-первых, сама легитимация порядка на основе содержательной ценности достаточно проблематична, особенно в современных, социально неоднородных, мультикультурных, многоконфессиональных обществах. В этом, кстати, одна из причин отказа Г. Кельзена от содержательной интерпретации его основной нормы, т. е. «выработки твердых критериев, в соответствии с которыми правопорядок можно оценить как справедливый и потому действительный или же как несправедливый и потому недействительный» [Кельзен, 2015: 273]. Такую задачу ставят перед собой естествен-

но-правовые теории, однако решить ее им не удастся, поскольку «представители этого учения провозглашали не *одно* естественное право, но множество разных, противоречащих друг другу естественных прав... Всякое позитивное право, которое соответствует естественному праву в одном учении и поэтому оценивается как справедливое, противоречит естественному праву другого учения и поэтому оценивается как несправедливое. Естественно-правовое учение, как оно фактически развивалось (а иначе развиваться оно и не может), весьма далеко от выработки того твердого критерия, которого от него ожидают» [Кельзен, 2015: 277].

Во-вторых, большинство легитимирующих ценностей (этических принципов) неоперациональны, т.е. не поддаются эмпирической интерпретации, не могут быть развернуты в систему правил поведения, однозначно следующих из того или иного принципа (ценности), являющихся их конкретизацией. Г. Кельзен убедительно показал это, проведя своеобразную теоретическую ревизию различных естественно-правовых трактовок справедливого порядка. При попытке их практического применения, т.е. перевода в юридико-догматические категории и формулирования исходя из их постулатов правил поведения в конкретных ситуациях, неизбежно обнаруживается либо невозможность конституирования единого (общеобязательного) социального порядка, поскольку решающим для оправдания тех или иных норм оказывается субъективный критерий, либо необходимость признания действительности некоего (фактически любого) позитивного порядка, в рамках которого надлежащая инстанция уполномочена решать, что, согласно предложенного понимания справедливости, будет справедливым для каждого конкретного случая [Кельзен, 2015: 84–92, 431–536]. Таким образом, любая естественно-правовая трактовка справедливости на деле оказывается крайне неопределенной и, в конечном счете, сводится к личному или институционально оформленному произволу, поскольку справедливым является то, что полагает таковым конкретное лицо или надлежащая властная инстанция, учрежденная в рамках существующего позитивного правопорядка.

Неслучайно представители естественно-правовой школы обычно придерживаются слабой (мягкой) модели этической дей-

ствительности права, восходящей к знаменитой формуле Г. Радбруха: когда действующее позитивное право оказывается столь вопиющим образом несовместимо со справедливостью, что полностью отрицает ее, оно как неправовое по своей природе не должно применяться, «ибо право, включая и позитивное, нельзя определить иначе, чем порядок и совокупность законов (Satzung), призванных по сути своей служить справедливости» [Радбрух, 2004: 234].

Такова, например, позиция Р. Алекси в рамках его версии инклюзивного (мягкого) непозитивизма [Алекси, 2009]. «До определенного порога крайней несправедливости, — полагает он, — противоречие с моралью не приводит к тому, что сомнительная норма или спорное решение теряют правовой характер, то есть не являются правом... Противоречие ведет только к тому, что они представляют собой юридически ошибочную норму или ошибочное решение» [Алекси, 2011: 99–100]. Объясняется это тем, что нельзя представить развитую систему моральных правил, «которые в каждом отдельном случае позволяют с уверенностью сказать, нарушает ли их определенная правовая норма или определенное решение судьбы. В то время как за чертой крайней несправедливости в целом достигается консенсус по поводу того, что является несовместимым с моралью²⁵, ниже указанного порога многое продолжает оставаться спорным» [Алекси, 2011: 100]. По мнению Р. Алекси, «только случаи крайней несправедливости в силу их относительно четкой распознаваемости могут перевесить аргумент правовой определенности и стабильности» [Алекси, 2011: 82]; «просто несправедливая норма может быть юридически действительной» [Алекси, 2011: 115].

Причем критерий крайней несправедливости должен применяться только по отношению к отдельным нормам правовой системы, а не к правопорядку в целом: «...Правовая система может продолжать свое существование в качестве таковой, хотя в общем и целом ее нельзя оправдать с точки зрения морали. Она терпит

²⁵ Это тоже далеко не очевидно, и примеры из нацистского законодательства, приводимые автором [Алекси, 2011: 5–8, 34–37] тому свидетельство, ведь в нацистской Германии практически был консенсус относительно их моральной оправданности.

крах только тогда, когда по причине крайней несправедливости приходится отказывать в правовом качестве и тем самым в правовой действительности такому количеству отдельных норм, что для функционирования правовой системы уже не остается необходимого минимального количества норм» [Алекси, 2011: 114]. «Однако, — подчеркивает Р. Алекси, — это является не следствием применения аргумента несправедливости к правовой системе в целом, а результатом, связанным с последствиями применения аргумента несправедливости к отдельным нормам» [Алекси, 2011: 113]. Более того, «в силу моральных преимуществ функционирования правовой системы правовая действительность отдельной нормы, принадлежащей к данной системе, может обладать минимальной способностью морального оправдания даже в том случае, когда сама норма, будучи несправедливой, ее не имеет» [Алекси, 2011: 115–116]. Таким образом, формальные и материальные основания действительности норм не равнозначны, а иерархизированы: «надлежащее установление в рамках социально действенной правовой системы является доминирующим критерием действительности отдельных норм» [Алекси, 2011: 116; Алекси, 2009: 30].

Наконец, в-третьих, возможен конфликт между самими материальными основаниями действительности норм. Справедливость находит свою конкретизацию в совокупности различных моральных требований (принципов), которые могут вступать в противоречие друг с другом [Алекси, 2009: 27; Алексу, 2002: 44–110]. Разрешение такого конфликта происходит путем сопоставления значимости каждого из пришедших в столкновение принципов (их «взвешивания») ²⁶, а фактически (несмотря на сложные математизированные построения «формулы веса» Р. Алекси [Алекси, 2010] или конструкцию гипотетического идеального судьи Герку-

²⁶ «Принципы обладают особенностью, отсутствующей у норм, — они могут быть более или менее весомыми или важными. Когда два принципа приходят в столкновение..., те, кому приходится разрешать этот конфликт, должны учитывать относительный вес каждого из этих принципов. Здесь нельзя, конечно, произвести точного измерения, и решение в пользу большей важности какого-то конкретного принципа или стратегии часто вызывает споры. Тем не менее, в самом понятии принципа содержится указание на то, что у него есть такая особенность и что имеет смысл говорить о том, насколько он весом или важен» [Дворкин, 2004: 51].

леса Р.Дворкина [Дворкин, 2004: 152, 166, 175, 178, 183]) отнесено на усмотрение правоприменителя.

Представляется, что трудности обоснования действительности норм при содержательной легитимации правопорядка существенно минимизируются в рамках либертарной концепции права. Сама ценность индивидуальной свободы может оказаться наиболее приемлемым основанием легитимации, поскольку в силу своей формальности допускает (и гарантирует) возможность для отдельных лиц и групп ориентироваться и на другие ценностные системы. Формальные и материальные основания действительности норм не должны находиться в противоречии, ибо базируются на общем принципе формального равенства как равенства в свободе, равной меры взаимного признания свободы друг друга участниками правового общения, а значит, и ее соразмерного ограничения.

Принцип формального равенства операционален, так как предполагает индикаторы (критерии) правопорядка, поддающиеся верификации и фальсификации. Применительно к той или иной ситуации (отношению) он может быть конкретизирован и «развернут» в непротиворечивую систему формально определенных правил поведения — правовых норм (позитивного права). Таким образом, на его основе могут быть идентифицированы в качестве правовых или неправовых как отдельные нормы, так нормативные порядки в целом.

Формальное равенство как базовый принцип правовой регуляции универсален. Он комплексно и всесторонне определяет правопорядок: воплощает в себе требования как к содержанию позитивного права, так и к формам и способам его установления и защиты. Другими словами, формальное равенство является принципом социального взаимодействия между членами общества, обеспечивающим их свободу, принципом организации государства как институциональной формы защиты свободы и принципом его деятельности по установлению и применению права (принципом правотворчества и правоприменения). Таким образом, формальные основания действительности перестают быть сугубо формальными. Нормативные юридические тексты, образующие позитивное право, должны не только содержать правила,

регулирующие те или иные отношения, исходя из признания автономии и равной меры свободы всех их участников, но и создаваться в рамках специфических процедур, обеспечивающих формальное равенство участников правоустановительного процесса, что является необходимой гарантией от произвола, монополии на правоустановление, а следовательно, и гарантией правового характера позитивируемых правил. Проявление принципа формального равенства в процедурах, предполагающих установление различных видов (форм) нормативных юридических текстов, имеет свои особенности. Причем определенный вид юридического текста должен создаваться посредством адекватной ему правоустановительной процедуры, в рамках которой в соответствующих формах реализуется принцип формального равенства. Правоустановительные процедуры, соответствующие принципу формального равенства, образуют институциональные и процессуальные гарантии надлежащего правоустановительного процесса применительно к созданию определенных видов нормативных юридических текстов (источников права в формальном смысле), которые, с одной стороны, закрепляют нормативы правового взаимодействия, а с другой — сами являются его результатом [Варламова, 2011].

Отсутствие у нормы формального основания действительности определяется достаточно просто и однозначно, так как это увязывается с нарушением конкретных норм, предписывающих их установление. С материальными основаниями действительности дело обстоит сложнее, ибо они проистекают не из норм, а из принципов, которые, в свою очередь, не предписывают определенное решение, а только склоняют к нему [Дворкин, 2004: 63]; они «не указывают юридических следствий, автоматически вытекающих из них при наличии соответствующих условий» [Дворкин, 2004: 49]. Принцип «формулирует основание для рассуждения в определенном направлении, но не диктует конкретного решения» [Дворкин, 2004: 50]. Поэтому нарушение материальных оснований действительности всегда представляет собой дискуссионную проблему, и здесь можно говорить лишь о том, насколько определяющие их принципы ограничивают судебское усмотрение. Представляется, что принцип формального равенства в силу своей операциональности лучше справляется с этой задачей.

Кроме того, в контексте либертарной теории речь не идет о «взвешивании» принципов правовой определенности и справедливости [Алекси, 2009: 27, 29–30], ибо правовая определенность здесь не является сугубо формальным принципом [Алекси, 2009: 27]. Принцип правовой определенности раскрывает как формальные (инструментальные), так и содержательные (сущностные) стороны социального назначения права, ибо право выступает способом упорядочения общественных отношений (привнесения в них определенности) и обеспечивает установление и поддержание порядка специфического (собственно правового) качества. Правовая определенность не противостоит справедливости, а включает ее в свое содержание. Справедливость, понимаемая как формальное равенство в свободе, не реализуема вне правопорядка, который, в свою очередь, является таковым (собственно правопорядком) только будучи справедливым, т. е. формально равным для всех участников социального взаимодействия.

* * *

В целом правопорядок предполагает: (1) юридическую действительность образующих его норм, определяемую как формальными (создание надлежащим (установленным) образом), так и (при позитивистских интерпретациях права) материальными (соответствие содержательному принципу правопорядка — справедливости в ее этическом (неопределенном) или либертарном (формальное равенство в свободе) понимании) основаниями и (2) их действенность как фактическую реализуемость, обеспечиваемую санкциями, а в конечном счете обусловленную действительностью правопорядка в целом, поддерживаемой его легитимностью, заинтересованностью в его сохранении. Такая конструкция правопорядка представляется более корректной, чем выделение Р.Алекси социологической, этической и юридической действительности норм [Алекси, 2011: 103–154], поскольку у него происходит смешение, во-первых, действительности и действенности (ее Р.Алекси называет социологической действительностью), а во-вторых, собственно действительности нормы и ее оснований — формальных (юридическая действительность по Р.Алекси) и материальных (этическая действительность по Р.Алекси).

Библиография к главе 8:

1. *Алекси Р.* Дуальная природа права // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009 / под ред. А. В. Полякова. СПб.: ИД СПбГУ, 2011. С. 19–33.
2. *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера под ред. Т. Ф. Яковлевой. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 192 с.
3. *Алекси Р.* Формула веса // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010 / под ред. А. В. Полякова. СПб.: Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2011. С. 208–228.
4. *Антонов М. В.* Альф Росс о проблеме действительности (валидности) права // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009 / под ред. А. В. Полякова. СПб.: ИД СПбГУ, 2011. С. 454–457.
5. *Антонов М. В.* (а) Легитимность и действие права // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2018. Т. 13. № 3. С. 48–81.
6. *Антонов М. В.* (б) Легитимность, признание, действительность и отмена правовых норм в юридическом словоупотреблении // Российский журнал правовых исследований. 2018. № 2 (15). С. 118–124.
7. *Антонов М. В.* Об основных элементах чистого учения Ганса Кельзена о праве и государстве // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 4. С. 172–195.
8. *Антонов М. В.* (с) Нормативность и фактичность в защите религиозных свобод // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 24–49.
9. *Антонов М. В.* Социологические мотивы учения о праве Ганса Кельзена // Юридический позитивизм и конкуренция теорий права: история и современность (к 100-летию со дня смерти Г. Ф. Шершеневича). Материалы VI Международной научно-практической конференции. В 3 ч. Ч. 2. Иваново: Ивановский государственный университет, 2012. С. 184–198.
10. *Варламова Н. В.* Источник права как единство нормативного юридического текста и надлежащей процедуры позитивации // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 / под ред. А. В. Полякова. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. С. 84–127.
11. *Вебер М.* Основные социологические понятия // Вебер М. Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990. С. 602–643.
12. *Гегель Г. В.* Лекции по истории философии / пер. с нем. Кн. 2. СПб.: Наука, 1994. 423 с.

13. *Гоббс Т.* Левиафан. М.: Мысль, 2001. 478 с.
14. *Гроций Г.* О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняется естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М.: Ладомир, 1994. 868 с.
15. *Гурвич Г.Д.* Идея социального права // Гурвич Г.Д. Философия и социология права: Избранные сочинения / пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. СПб.: ИД С.-Петербург. гос. ун-та; Изд-во юрид. ф-та С.-Петербург. гос. ун-та, 2004. С. 41–212.
16. *Дворкин Р.* О правах всерьез / пер. с англ. М.Л. Лахути, Л.Б. Макеевой. М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2004. 392 с.
17. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб.: Юридический центр — Пресс, 2004. 742 с.
18. *Кант И.* Метафизика нравов // Кант И. Сочинения в 6 т. Т. 4. Ч. 2. М.: Мысль, 1965. С. 107–438.
19. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве / пер. с нем. М.В. Антонова, С.В. Лезова. 2-е изд. СПб.: АЛЕФ-Пресс, 2015. 542 с.
20. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009 / под ред. А.В. Полякова. СПб.: ИД СПбГУ, 2011. С. 432–453.
21. *Киселева О.М.* Поощрение как метод правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. 38 с.
22. *Липсет С.М.* Политическая социология // Американская социология. Перспективы. Проблемы. Методы. М.: Прогресс, 1972. С. 203–219.
23. *Локк Дж.* Два трактата о правлении // Локк Дж. Два трактата о правлении / пер. с англ. М.: «Канон+» РООИ «Реабилитация», 2009. С. 67–397.
24. *Малько А.В.* Стимулы и ограничения в праве. 2-е изд. М.: Юристъ, 2003. 248 с.
25. *Мирошник С.В.* Правовые стимулы в российском законодательстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 1997. 26 с.
26. *Монтескье Ш.Л.* О духе законов. М.: Мысль, 1999. 672 с.
27. *Нерсесянц В.С.* Философия права: учебник для вузов. 2-е изд. М.: Норма, 2006. 848 с.
28. Общая теория государства и права. Академический курс в 3 т. Т. 3. 2-е изд. / под ред. М.Н. Марченко. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. 528 с.
29. *Парсонс Т.* О структуре социального действия. М.: Академический проект, 2000. 880 с.
30. *Петражицкий Л.И.* Очерки философии права (1900–1903) // Петражицкий Л.И. Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред.

- Е. В. Тимошина. СПб.: Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2010. С. 245–379.
31. *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Лань, 2000. 608 с.
 32. *Полсон С. Л.* О сущности идеи правового позитивизма // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 4. С. 32–49.
 33. *Поляков А. В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: курс лекций. СПб.: ИД С.-Петербурга. гос. ун-та, 2004. 864 с.
 34. *Прокофьев А. В.* Долженствование и возможность // Вопросы философии. 2003. № 6. С. 69–85.
 35. *Пэнто Р., Гравитц М.* Методы социальных наук / пер. с фр. М.: Прогресс, 1972. 607 с.
 36. *Радбрух Г.* Философия права / пер. с нем. Ю. М. Юмашева. М.: Международные отношения, 2004. 240 с.
 37. *Ролз Дж.* Теория справедливости / пер. с англ. В. В. Целищева, В. Н. Карповича, А. А. Шевченко. Новосибирск: Изд-во Новосиб. ун-та, 1995. 536 с.
 38. *Руссо Ж. Ж.* Об общественном договоре, или принципы политического права // Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре: трактаты / пер. с фр. А. Хаютина, В. Алексеева-Попова. М.: ТЕРРА-Книжный клуб; КАНОН-пресс-Ц, 2000. С. 195–322.
 39. *Росс А.* Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009 / под ред. А. В. Полякова. СПб.: ИД СПбГУ, 2011. С. 458–473.
 40. *Тимошина Е. В.* Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71.
 41. *Тихомиров Ю. А.* Закон. Стимулы. Экономика. М.: Юридическая литература, 1989. 270 с.
 42. *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права / пер. с англ. В. П. Гайдамака, А. В. Панихиной. М.: ИРИСЭН; Мысль, 2012. 554 с.
 43. *Фуллер Л. Л.* Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.
 44. *Харт Г. Л. А.* Понятие права / пер. с англ. Е. В. Афонасина, М. В. Бабака, А. Б. Дидикина, С. В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербурга. гос. ун-та, 2007. 302 с.
 45. *Чичерин Б. Н.* Общее государственное право. М.: Зерцало, 2006. 505 с.

46. Хук М. ван. Право как коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонова, А. В. Полякова. СПб.: ИД С.-Петербург. гос. ун-та; ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. 288 с.
47. Юм Д. Трактат о человеческой природе / пер. с англ. С. И. Церетели // Юм Д. Сочинения в 2 т. Т. 1. М.: Мысль, 1996. 799 с.
48. Яценко А. С. Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России; Алетейя, 1999. 252 с.
49. *Alexy R.* A Theory of Constitutional Rights. Oxford: Oxford University Press, 2002. 506 p.
50. *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. 5th ed. / ed. by R. Campbell. In two volumes. Vol. 1. London: John Murray, 1885. 507+xxiii p.
51. *Bobbio N.* Delle Struttura alla Funzione: Nouki Studi di Teoria del Diritto. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. 278 p.
52. *Hart H. L. A.* (a) Scandinavian Realism // Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. New York: Oxford University Press, 1983. P. 161–169.
53. *Hart H. L. A.* (b) Self-referring Laws // Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. New York: Oxford University Press, 1983. P. 170–178.
54. *Henderson G. P.* “Ought” Implies “Can” // Philosophy. The Journal of the Royal Institute of Philosophy. 1966. Vol. XLI. No. 156. P. 101–112.
55. *Kelsen H.* Society and Nature. A Sociological Inquiry. London: Routledge, 1946. 400 p.
56. *Murphy J. G., Coleman J.* Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence. Boulder: Routledge, 1990. 260 p.
57. *Ross A.* On Law and Justice. London: Stevens & Sons, 1958. 377 p.

ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ, ДЕЙСТВЕННОСТЬ И ЛЕГИТИМНОСТЬ ПРАВА: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКОЕ ОБОСНОВАНИЕ ВЗАИМОСВЯЗИ*

9.1. Постановка проблемы

Проблема понятия, оснований и соотношения действительности и действенности права имеет теоретический и прикладной характер.

В теоретическом аспекте понятие действительности права отсылает к основаниям «юридического», источнику долженствования в праве, понятие действенности указывает на социальную фактичность права. Проблематика действительности и действенности права обращает к фундаментальным вопросам правовой онтологии: 1) почему необходимо следовать правилу, иными словами — каковы основания действительности права; 2) что представляет собой обязывающая «сила» права, отличающая право от морали и других нормативных порядков; 3) какова роль принуждения в праве; 4) как идентифицировать действительное право в конкретном правопорядке; 5) что происходит с действительностью и действенностью права в ситуации революционной смены правопорядка и др.

Прикладной характер рассматриваемой проблематики связан с тем, что в качестве одного из аспектов действенности норм права может быть рассмотрена их юстициабельность — в судебных актах правовые нормы тестируются на действительность и действенность. По словам М.Вебера, судья «не просто скрепляет печатью

* Глава подготовлена в рамках научного проекта РФФИ № 18-011-01195 «Действительность и действенность права: теоретические модели и стратегии судебной аргументации».

уже достигнутый путем согласия... действующий порядок, а... оказывает воздействие на отбор того, что выживает как право» [Вебер, 2018: 125]. Доктринальные модели действительности и действенности права могут также использоваться в качестве инструмента, позволяющего интерпретировать основания действительности и действенности конституционного и международного права.

Различные ответы на вопросы, охватываемые проблематикой действительности и действенности права, обуславливают фундаментальные расхождения между главными школами правоведения — естественно-правовой и позитивистской (в широком смысле — включая социологический и психологический подходы к праву, ориентированные на изучение права как факта). Первая связывает действительность с соответствием права какому-либо моральному стандарту, объективным моральным принципам и т.п.; вопросы действенности права зачастую остаются за рамками ее внимания. Юридический позитивизм ищет основания действительности права в сфере юридического, призывая к отказу от метафизики и разграничению права и морали, а также обращаясь к вопросам специфики принуждения в праве; при этом в центре его внимания — вопросы действенности, эффективности права.

Вместе с тем противостояние естественно-правового и юридико-позитивистского подходов в вопросах действительности и действенности права превращает дискуссию в своеобразное «движение по кругу» вследствие существенных методологических и онтологических расхождений авторов, исследующих данную проблему, — от требования моральной обоснованности права к надлежащему установлению права как основаниям его действительности, от признания невозможности выведения должного из сущего к признанию «нормативной силы фактического» [Еллинек, 2004: 338] и т.д. Проблематика действительности и действенности права очевидно нуждается в каком-то новом взгляде — «поверх барьеров» и методологических ограничений, налагаемых соответствующими подходами.

В российской научной литературе интерес к проблематике действительности права проявился сравнительно недавно [Тимошина, 2011; Честнов, 2012; Варламова, 2013; Краевский, 2015; Васильева, 2016; Кондуров, 2018; Тимошина, 2018 и др.]. Во многом

он был инициирован переводами работ А. Росса, Е. В. Булыгина, Г. Кельзена, М. Тропера, выполненными Михаилом Валерьевичем Антоновым, а также его исследованиями соответствующего круга идей [Антонов, 2011; Антонов, 2016]. Проблемы действительности, ответственности, легитимности права уже долгое время находятся в центре научных интересов М. В. Антонова [Антонов, 2018а; Антонов, 2018б]. Авторы настоящей главы благодарят уважаемого коллегу за возможность опереться на полученные им надежные результаты и поделиться своим видением этих фундаментальных проблем юриспруденции, составляющих предмет нашего общего интереса.

В основе нашего исследования лежит гипотеза о том, что проблема понятия, оснований и соотношения действительности и действительности права может быть осмыслена в рамках более широкой правовой онтологии по сравнению с онтологиями, задаваемыми естественно-правовым и юридико-позитивистским подходами. Исходя из данной гипотезы можно предположить, что на основе такой правовой онтологии, интегрирующей идеально-нормативный (ценностный), психический и поведенческий аспекты бытия права, можно разработать более сложную, но вместе с тем и более точную теоретическую модель действительности и ответственности права, по сравнению с моделями, предлагаемыми конкурирующими школами. Поиску такой модели, в том числе через обращение к основным моделям действительности и действительности права, и посвящено наше исследование.

9.2. Классические концепции действительности: несовместимость или различие акцентов?

9.2.1. Многообразие моделей действительности права

Многообразные ответы на вопросы, охватываемые проблематикой действительности и действительности права, могут быть систематизированы на основании двух критериев: 1) основание действительности, 2) соотношение действительности и действительности, и таким образом выделены соответствующие теоретические модели.

В соответствии с первым критерием основания действительности могут быть разделены на *нормативные* и *метанормативные* (рис. 1).

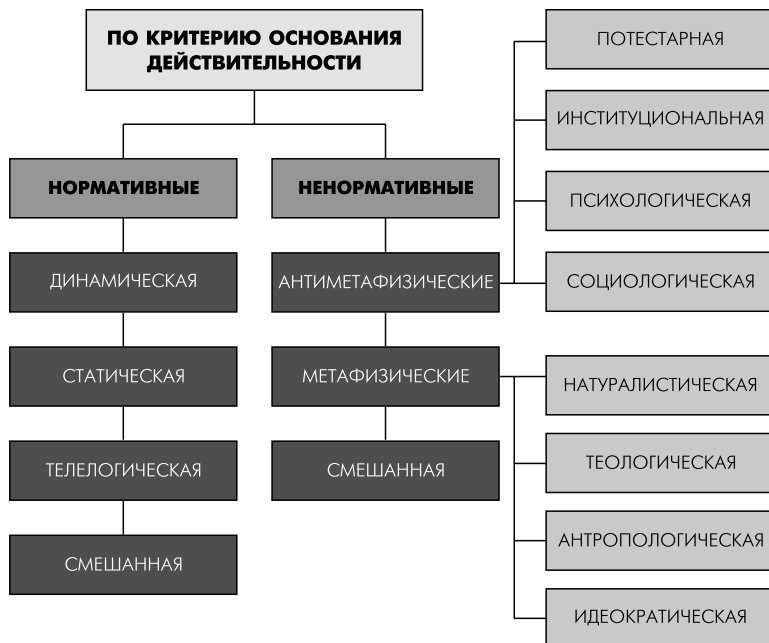


Рис. 1. Классификация моделей действительности права по критерию основания действительности

По критерию *нормативных* оснований выделены четыре теоретические модели действительности права:

- 1) *динамическая* модель, в которой основанием действительности является вышестоящая уполномочивающая норма либо норма, санкционирующая те или иные источники права (Г.Кельзен, Г.Харт, Е.В.Булыгин (применительно к системной действительности), представители инклюзивного юридического позитивизма);
- 2) *статическая* модель, предполагающая, что основанием действительности является обладающая прескриптивным, нормативным значением идея (норма), из которой

все иные нормы выводятся как ее логические следствия (И. Кант, Р. Дворкин);

- 3) *телеологическая* модель, предполагающая, что основание нормы — вышестоящая норма, средством для реализации которой является нижестоящая норма (используется при аргументации позиций Конституционного Суда РФ);
- 4) *смешанная* модель, в которой возможны различные сочетания указанных оснований (Е. В. Булыгин и К. Э. Альчуррон, институциональный юридический позитивизм (О. Вайнбергер), некоторые представители современного юснатурализма (Г. Радбрух, Л. Фуллер, Р. Алекси)).

По критерию *метанормативных* оснований могут быть выделены три модели действительности права с дальнейшей дифференциацией:

- 1) *антиметафизическая*, в которой основанием действительности является факт;
- 2) *метафизическая*, предполагающая, что основанием действительности права являются метафизические понятия (природа сущего, природа человека, разум, божественная воля и т. п.);
- 3) *смешанная*, объединяющая оба основания.

В рамках *антиметафизической* модели в зависимости от факта, обуславливающего действительность, могут быть выделены:

- 1) *потестарная* модель — факт власти (правовой этатизм, М. Тропер);
- 2) *институциональная* — фактически существующий институт (классический правовой институционализм, С. Романо);
- 3) *психологическая* — психологический факт самообязывания (психологический правовой реализм, М. Вебер [Вебер, 2016: 90]);
- 4) *социологическая* — факты человеческого поведения (Е. В. Булыгин — применительно к действительности как юстициальности [Булыгин, 2016: 193–194]).

Метафизическая модель в зависимости от сущности, обуславливающей действительность права, включает в себя следующие модели:

- 1) *натуралистическая* — природа сущего (представители античной версии юснатурализма, с определенными оговорками Спиноза и Гоббс);
- 2) *теологическая* — божественная воля (Аквинат, Иоанн Дунс Скотт);
- 3) *антропологическая* — природа (разум) человека (Гроций, Локк и др. представители рационалистической версии юснатурализма);
- 4) *идеократическая* — идея, не имеющая нормативного значения (М. Ориу, К. Шмитт).

Смешанная модель, объединяющая как метафизическое, так и антиметафизическое основания действительности, представлена в концепции Дж. Финниса.

В соответствии со вторым критерием (соотношение действительности и действенности) предлагается выделить две теоретические модели:

- 1) *монистическая*, или модель тождества действительности и действенности, обычно отождествляемая с идеями скандинавских правовых реалистов, что, однако, не вполне корректно: она прежде всего представлена социолого-правовыми теориями, такими, как концепция О. Эрлиха [Эрлих, 2011];
- 2) *дуалистическая*, предполагающая разделение понятий действительности и действенности права и невозможность редукции одного к другому (рис. 2).

В рамках *дуалистической* модели могут быть выделены три модели:

- 1) *модель независимости действительности от действенности* (юснатурализм, классический правовой институционализм);
- 2) *модель зависимости действительности от действенности* (действенность является условием действительности)

сти) (Г. Кельзен, институциональный юридический позитивизм);

- 3) *модель взаимообусловленности действительности и действительности* (Упсальская школа, А. Росс), в которой, в отличие от первых двух, основанных на разделении должного (действительность) и сущего (действенность), действительность и действительность отнесены к реальности сущего.

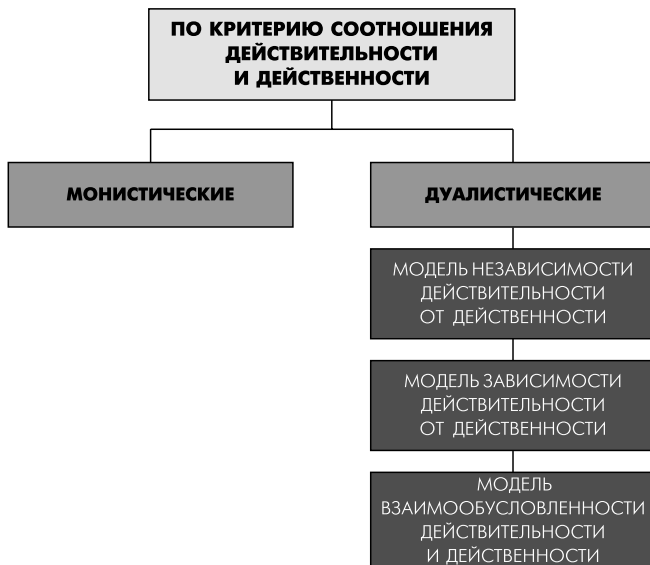


Рис. 2. Классификация моделей действительности права по критерию соотношения действительности и действительности

Кроме того, принята во внимание позиция Е. В. Булыгина, в соответствии с которой общая модель соотношения действительности и действительности не может быть построена ввиду необходимости отказа от единого понятия действительности и/или действительности.

С логической точки зрения необходимо также допустить еще две модели: 1) модель зависимости действительности от действительности (действительность является условием действительности) и 2) модель независимости действительности от действительности.

Однако выделение таких моделей представляется избыточным, так как, во-первых, в определенном смысле действительность всегда является условием действенности, а, во-вторых, тезис о независимости действенности от действительности свидетельствует не о теоретической позиции, а об определенной ограниченности предмета исследования.

9.2.2. Три типа моделей действительности права

Многообразие моделей действительности и действенности права, продемонстрированное с помощью рассмотренных выше классификаций, заставляет нас обратиться к методу типологии.

Как пишет Дж. Ст. Милль: «Тип есть образец того или иного класса... рассматриваемый как преимущественно обладающий отличительными признаками данного класса. Все виды, имеющие больше родства с этим типичным видом, чем с каким бы то ни было другим, образуют род и группируются вокруг этого вида, то более, то менее уклоняясь от него в разных направлениях» [Милль, 2011: 537; Джевонс, 2018: 673–674]. Метод типологии имеет большое значение для биологии [Любищев, 2020], лингвистики [Успенский, 1962] и социальных наук [Вебер, 2012; McKinney, 1966].

Представленные выше модели действительности и действенности права могут быть далее типизированы в зависимости от того, на каком аспекте бытия права делается акцент. Возможно выделить три типа: *идеально-нормативный*, *психологический*, *поведенческий* (рис. 3).



Рис. 3. Типы моделей действительности права

К идеально-нормативному типу принадлежат концепции, делающие акцент на идеях в широком смысле, в том числе нормах,

понимаемых как идеальные объекты. К данному типу относятся нормативистские теории Г. Кельзена, Г. Харта, Е. В. Булыгина, а также все естественно-правовые концепции. К этому же типу примыкает подход институционального юридического позитивизма, основанный на понятии особого рода институциональных фактов. К психологическому типу относятся теории, акцентирующие внимание на восприятии норм (нормативных фактов) индивидуальной психикой и чувстве связанности правом (континентальный (психологический) правовой реализм). Поведенческий тип образуют теории, делающие акцент на эмпирически воспринимаемых фактах (регулярностях) человеческого поведения (все антиметафизические модели действительности, за исключением психологических).

Возможность такой типологии представляется не случайным фактом, а следствием различия в том, на каком элементе единого процесса создания, осуществления и изменения права делает акцент та или иная теория. Ни одна концепция юридической действительности не отрицает полностью иные аспекты бытия права, но считает их имеющими второстепенное значение по сравнению с тем аспектом, на котором она концентрируется. Более того, многие теории прямо отмечают значение нескольких или даже всех трех аспектов (например, институциональный юридический позитивизм).

Данная типология открывает возможность построения синтетической модели действительности и действительности права. Основная идея такой модели состоит в том, чтобы, с одной стороны, учесть все три модуса существования права (идеально-нормативный (ценностный), психический и поведенческий) и тем самым интегрировать исследования действительности и действительности права, основанные на различных методологических установках, а с другой — оставить ее открытой для различных интерпретаций и акцентов.

Методологическими основаниями такой модели выступают теория трех миров К. Поппера и ряд более ранних философских концепций, в частности, теория трех царств Г. Фреге, а также идея Г. Кельзена о том, что действительность права представляет собой его существование.

9.3. Теория трех миров (царств)

Мысль о существовании универсума, отличного от физической или психической реальности, имеет долгую историю развития и восходит, по крайней мере, к учению Платона об идеях. Эта мысль различным образом находила свое отражение в теориях Г. Гегеля, Б. Больцано, Г. Фреге и К. Поппера [Поппер, 2002: 123–129, 149–154, 156, 158]. В учении Платона мир идей вечен, неизменен, предшествует материи. Идеи даже более реальны, чем материальные предметы. Цель научного познания состоит в том, чтобы открыть эти вечные и неизменные идеи. Учение Г. Гегеля (который испытал большое влияние платонизма) об абсолютном духе и об объективном духе отличается от учения Платона в первую очередь тем, что:

- 1) идеи у Платона объективны («не имеют ничего общего с идеями сознания в субъективном мышлении») [Поппер, 2002: 126], в то время как идеи у Гегеля находятся в некотором божественном сознании;
- 2) Объективный дух и Абсолютный дух подвержены изменению (развитию).

В учении Б. Больцано сочетаются объективность предложений в себе (хотя все они известны Богу, они существуют независимо от него, и в их понятии не предполагается, что они кем-то мыслятся) [Больцано, 2003: 68–69] с тем, что они могут быть истинными (истинны в себе) и ложными. Предложения в себе могут воплощаться в мыслях какого-либо конкретного субъекта. Аналогично представление в себе «не нуждается ни в каком субъекте, которым бы оно представлялось», но может воплощаться в субъективном представлении [Больцано, 2003: 82].

Однако в целях нашего исследования интереснее рассмотреть идеи К. Поппера и Г. Фреге. Традиционно считалось, что логика является наукой о мышлении, изучает законы мышления. По-видимому, это основная причина того, что Г. Гегель называл свою философскую теорию развития диалектической логикой [Поппер, 1995; Фреге, 2000а: 289]. В настоящее время многие философы связывают логику не с изучением мышления, а, скорее, с построением

искусственных языков [Popper, 1947], однако в XIX в. зарождающаяся наука психология стремилась связать законы логики и математики с субъективным процессом мышления. В частности, Дж. Ст. Милль полагал, что логика «изучает наши умственные операции» [Милль, 2011: 64], похожей точки зрения придерживался основатель экспериментальной психологии В. Вундт. Предполагалось, что, изучив субъективное мышление отдельного человека, удастся познать и законы мышления. Немецкий логик Г. Фреге выступал с резкой критикой подобных идей. Отчасти реализуя идею Лейбница о *characteristica universalis* — универсальной символической системе, состоящей из знаков (характеров), выражающих наиболее первичные человеческие мысли, на которые можно разложить любую другую мысль [Лейбниц, 1984: 502; Майоров, 1984; Субботин, 1984; Бирюков, Кузичева, 2000: 383–384], он создал искусственный язык — *Begriffsschrift*, название которого сложно точно перевести на русский язык [Бирюков, Кузичева, 2000: 379–380]. На борьбу с психологизмом Г. Фреге вдохновляло понятие истины (истинности). Логика является в первую очередь наукой об истине: «То, что истинно — истинно независимо от нашего признания» [Фреге, 2000а: 287]. Хотя «предметы, рассматриваемые логикой, носят... внечувственный характер — с этой точки зрения они похожи на предметы, изучаемые психологией», «между этими двумя науками пролегает резкая граница, и она обозначается словом “истинно”» [Фреге, 2000а: 288]. Соответственно, «то, что истинно — не есть... продукт наших душевно-психических процессов или активности нашего внутреннего мира; ибо продукт внутренней активности одного человека не есть продукт внутренней активности другого» [Там же]. К сфере логики относится то, что может подлежать истинностной оценке. В реальном человеческом мышлении психологическое и логическое смешивается, и «задача логики состоит в постоянной борьбе с психологическим обрамлением мысли и отчасти с языком и грамматикой, поскольку они не выражают логическое в чистом виде» [Фреге, 2000а: 291].

Для обозначения трех универсумов К. Поппером были введены термины «*мир 1*» (*Welt 1*), «*мир 2*» и «*мир 3*», Г. Фреге же использовал соответственно «внешнее царство», «внутреннее царство», «третье царство» (или империя, *Reich*).

Разграничивая *мир 1* и *мир 2*, Г. Фреге отмечает следующие различия:

- 1) объекты внутреннего царства «нельзя ни воспринимать зрительно, ни осязать, их нельзя ни слышать, ни обонять, ни ощущать на вкус»;
- 2) внешнее царство существует независимо от отдельного человека, в то время как внутреннее царство «имеет в качестве предпосылки того, чьим внутренним миром он является»;
- 3) каждый объект внутреннего царства имеет только одного носителя, «никакие два человека не могут обладать одним и тем же представлением» [Фреге, 2000b: 333–334].

Является ли мысль (или «суждение» в традиционной терминологии) объектом внутреннего царства? Г. Фреге рассматривает этот вопрос на примере теоремы Пифагора. Если мысль, которую какой-либо человек выражает в теореме Пифагора, признается истинной как им, так и другими людьми, то она не принадлежит к содержанию его сознания, и тогда этот человек не является ее носителем, однако может признать ее истинной. Но если бы содержание теоремы Пифагора два человека сочли бы совершенно разными мыслями, то «нельзя было бы говорить “теорема Пифагора” — надлежало бы говорить “моя теорема Пифагора”, “его теорема Пифагора”, и это были бы различные предложения; ибо смысл с необходимостью принадлежит именно предложению. Тогда моя мысль может быть содержанием моего сознания, а мысль другого человека — содержанием его сознания. Может ли в этом случае смысл моей теоремы Пифагора быть истинным, а его — ложным? Ранее я говорил, слово “красный” применимо только в сфере моего сознания — при условии, что оно не указывает на некоторое свойство вещей, а служит для того, чтобы характеризовать какие-то из моих чувственных впечатлений. Так и слова “истинный” и “ложный”, как я их понимаю, оказались бы применимыми только в сфере моего сознания. Тогда истина была бы ограничена содержанием моего сознания, и можно было бы сомневаться в том, что в сознании другого человека вообще происходит что-либо похожее» [Фреге, 2000b: 334–335]. По мнению Г. Фреге, «если каждая мысль нуждается в носителе, к содержанию сознания которого она при-

надлежит, то это — мысль лишь данного носителя». Последнее сделало бы невозможным какое-либо развитие науки и бесполезным всякий спор об истине [Фреге, 2000b: 335]. Поэтому мысли не могут относиться ни к внешнему царству, ни к внутреннему царству.

Согласно семантической теории Г. Фреге [Фреге, 2000c], необходимо различать знак, смысл знака и значение знака. Первым может выступать имя, словесный оборот, письменный знак и т. д. [Фреге, 2000c: 231], например, собственное имя «Аристотель Стагирит», понятийное слово «книга» или предложение «Вильгельм Стейниц был первым чемпионом мира по шахматам». Значением является некоторый объект, на который указывает знак; в наших примерах это в первом случае — сам человек из плоти и крови, носивший имя Аристотель, родившийся в Стагире, бывший прославленным философом и т. д., во втором случае — класс [Карнап, 2007: 185–205; Чёрч, 2009: 17–20, 341–346] всех книг, в третьем — истинностное значение (истина или ложь, т. е. в данном случае — истина). Смыслом является способ мысленного задания значения знака, в первом случае — смысл собственного имени («индивидуальный концепт» в терминологии Р. Карнапа [Карнап, 2007: 81–82]), во втором случае — свойство (книжности), в третьем — суждение (Г. Фреге чаще употреблял термин «мысль») [Фреге, 2000b: 328–329]. Что же является смыслом и значением предложений, которые не представляют собой описания и, соответственно, не могут оцениваться с точки зрения истинности? К таким предложениям относятся, в частности, вопросы, приказы, просьбы, нормы. По словам Г. Фреге, «такое предложение не имеет значения, а имеет лишь смысл» [Фреге, 2000c: 238]. Стоит отметить, что некоторые философы и логики, например, Р. Карнап, вообще рассматривали подобные предложения как бессмысленные (в первую очередь из-за узкой трактовки осмысленности) [Крафт, 2003: 194–195]. Вполне последовательно Фреге не распространяет на смысл этих предложений термин «мысль», однако отмечает, что «хотя приказание и вопрос не являются мыслями, они все же стоят с мыслями на одной ступени» [Фреге, 2000c: 238]. К сожалению, интересуясь иными проблемами, Г. Фреге не развивал свои идеи о предложениях, не имеющих значения, но имеющих смысл. Однако, несмотря на то, что они не обладают истинностным значением, вряд

ли Г. Фреге исключил бы нормы, вопросы и т. д. из третьего царства. Их сходство с мыслями столь велико, что, по-видимому, нет оснований не распространять на подобные смысловые образования большинство результатов рассуждений о мыслях (в связи с третьим царством). Отметим, что в своей более поздней работе «Отрицание» Фреге действительно трактовал мысль уже более широко, относя к мыслям не только суждения, но и, по крайней мере, вопросы [Фреге, 2000d: 343–355].

Сам Г. Фреге явно не называл нормы в числе «обитателей» своего третьего царства. Этот дальнейший шаг был сделан австро-британским философом К. Поппером, включавшим в *мир 3* любые смысловые образования [Поппер, 2002: 222; Поппер, 2008]. Он полагал, что явления, относимые им к *миру 3*, вопреки мнению некоторых философов, представляют собой нечто большее, нежели «средства коммуникации» [Поппер, 2002: 109]. *Мир 3* в значительной степени независим от *мира 2* и *мира 1*. В качестве одного из аргументов К. Поппер приводит множество фактов влияния *мира 3* на *мир 1* через *мир 2*, из которых наиболее очевидным примером является научное знание и его развитие, а также влияние идей христианства или марксизма [Поппер, 2005: 296–299]. *Мир 3* является своеобразным «незапланированным продуктом человеческих действий» [Поппер, 2002: 158–161], точнее, человеческого языка, вследствие его дескриптивной и аргументативной функции. Благодаря первой из этих функций возникает регулятивная идея истины как соответствия фактам, а благодаря второй — идея содержания, истинностного содержания и правдоподобности [Поппер, 2002: 121–123; Поппер, 2004]. Так, натуральные числа являются подобным продуктом человеческой мысли, однако «таких чисел бесконечно много, больше, чем когда-нибудь будет произнесено людьми или использовано компьютерами. И существует бесконечное число равенств между этими числами, как истинных, так и ложных, — больше, чем мы когда-либо сможем объявить истинными или ложными» [Поппер, 2002: 159–160]. Создание новых теорий приводит к появлению новых проблемных ситуаций и других объектов *мира 3*.

Возможны различные интерпретации природы *мира 3*. В числе таких интерпретаций не только платоническое понимание

идей (такую интерпретацию можно назвать объективно-идеалистической), но и понимание *мира 3* как указания на общее коммуникативное пространство членов общества (интерсубъективная интерпретация).

9.4. Три царства права

Необходимым условием применения теории трех миров к праву является обращение к общей философско-правовой мысли Г. Кельзена (с которой, по-видимому, было согласно большинство последующих авторов) о том, что действительность права представляет собой его существование [Кельзен, 2015: 20; Kelsen, 1991: 2, 28, 171–172, 278–279].

Сообразно трем мирам К. Поппера или трем царствам Г. Фреге можно говорить о трех мирах (царствах) права, в каждом из которых оно по-своему существует, т. е. действительно. Предлагаемая модель основывается на идее о трех взаимосвязанных аспектах бытия права: в мире физических (пространственно-временных) явлений (*мир 1*), в мире субъективных психических состояний (*мир 2*) и в мире идей (*мир 3*). Данная концепция позволяет соединить исследования, относящиеся к нормам (ценностям), рассматриваемым в качестве идеальных сущностей (*мир 3*), к психологическому пониманию права, рассматривающие действительность права как его обязывающую силу, а нормы права — как мотивы поведения (*мир 2*), и исследования фактической реализации правовых норм в поведении (*мир 1* и частично *мир 2*).

9.4.1. Внешнее царство (*мир 1*): *право как регулярность человеческого поведения*

Первый модус существования права (*мир 1*) в нашей трехчастной модели относится к фактическому человеческому поведению. В традиционном социально-психологическом смысле понятие поведения охватывает не только относящиеся к внешнему царству (*миру 1*) телесные (физические) действия людей, но и психологическое отношение к ним, включая цели, мотивы и т. п. [Юдин, 2010: 253], т. е. явления, относящиеся к внутреннему царству (*миру 2*), хотя и здесь имеются важные исключения, в част-

ности, такое направление в социально-психологических науках, как бихевиоризм. Вместе с тем, следуя идеям психологического правового реализма, представляется необходимым сузить понятие поведения, разграничивая внешние (наблюдаемые) действия людей в физическом мире и их психологическую характеристику.

Главная характеристика права как социального явления состоит в том, что оно проявляется в массовом человеческом поведении. Кроме того, очевидно, что не всякое поведение может быть охарактеризовано как «право в действии», а только такое, которое обладает признаком регулярности. Вопрос о том, предшествует ли такому поведению норма или она, напротив, есть следствие социальных регулярностей, не имеет общего решения. Нормативистски-ориентированные авторы часто исходят из первичности нормы как четко сформулированного предписания по отношению к такому поведению. Некоторые социологически ориентированные авторы, напротив, подчеркивают первичность социальных регулярностей, из которых лишь впоследствии формулируются правовые нормы [Гревцов, 2019: 33–46]. Данный спор, отдаленно напоминающий спор номинализма и реализма, по нашему мнению, не имеет общего решения. Фактически временное соотношение такой социальной регулярности и правовой нормы может быть различным (причины данного различия мы рассмотрим ниже). Возможны ситуации, когда социальная регулярность существует до нормы (практика, предшествующая формированию обычая), вместе с нормой (правовой обычай) или после ее установления (ординарное законодательство).

Вместе с тем, как верно отмечает А. Росс, простого указания на социальную регулярность (совокупность фактов поведения) недостаточно для описания правовых явлений и отделения их от других социальных феноменов [Ross, 1968: 78–92].

При этом мотивация, исходящая из сознания обязанности, свойственна всем этическим эмоциям — как моральным, так и правовым. Однако, в отличие от моральных, правовая обязанность переживается как то, исполнения чего может потребовать управомоченный субъект, что сообщает императивному переживанию дополнительную мотивационную силу, отсутствующую в эмоциях морали.

9.4.2. Внутреннее царство (мир 2): право как явление индивидуальной психики

В *мире 2* право существует как явление индивидуальной психики. Регулярность поведения характерна не только для людей, но и для животных, более того, в природе существует множество других физических регулярностей. Однако только человеческое поведение является разумным и мотивированным, и именно с такими его характеристиками связано право.

Основываясь на работах сторонников континентального (психологического) правового реализма, можно выделить два аспекта психологического существования права — интеллектуальный, предполагающий способность воспринимать источники права (нормативные факты) и эмоциональный, предполагающий переживание обязанности как мотива поведения.

Явление, которое мы условно назвали «переживание обязанности», может пониматься по-разному. Одни правоведы делают акцент на индивидуально-психическом восприятии нормы. Например, А. Росс пишет о психологическом импульсе к определенному поведению, связанном с одобрением или неодобрением модели такого поведения (которое Росс называет переживаниями действительности) [Ross, 1968: 84–85]. Другие авторы, например, Л. И. Петражицкий, делают акцент на самих правовых эмоциях. Так, русско-польский правовед разработал детальную классификацию эмоций (импульсий), в число которых включил особый класс правовых эмоций, имеющих императивно-атрибутивную (т. е. связанную с побуждениями предоставить нечто и ожиданиями нечто получить) природу [Петражицкий, 2000: 21–85]. Таким образом, мотивация, исходящая из сознания обязанности, свойственна всем этическим эмоциям — как моральным, так и правовым. Однако, в отличие от моральных, правовая обязанность переживается как то, исполнения чего может потребовать управомоченный субъект, что сообщает императивному переживанию дополнительную мотивационную силу, отсутствующую в эмоциях морали.

9.4.3. Третье царство (мир 3): право как идеальный объект

В своем третьем модусе (*мире 3*) право существует как совокупность определенных идеальных объектов, категории которых различаются в разных философско-правовых концепциях. Естественно-правовая философия, по крайней мере в своих классических формах, рассматривает в качестве таких объектов нормы естественного права, понимая их в духе платоновских идей. Как каждая вещь в философии Платона имеет в качестве своего совершенного прообраза некоторую идею, так каждая правовая система и правовая норма имеет свой идеальный прообраз в виде естественного права. Более поздние антипозитивистские правовые концепции часто рассматривают в качестве таких идеальных объектов не конкретные нормы (правила), а, скорее, абстрактные правовые принципы или правовые ценности. Общее понимание таких объектов, однако, у обеих групп теорий достаточно близко, их объединяет представление о независимом (или относительно независимом) от социальной практики существовании идеальной основы права.

Нормативистско-позитивистское понимание третьего модуса существования права предполагает, что речь идет об идеальных объектах — смысловых или лингвистических, имеющих определенную связь с первым и/или вторым мирами права, однако не сводимых к индивидуальной психике или фактическому поведению. Так, в чистом учении о праве Г. Кельзена норма является смыслом акта воли, направленного на поведение другого лица [Kelsen, 1991: 2, 26]. Это определение практически полностью совпадает с определением, данным во втором «чистом учении о праве» [Кельзен, 2015: 14–15]. Тем не менее, есть одно важное отличие: во втором «чистом учении о праве» в него включено следующее утверждение, смысл которого можно понимать по-разному: «следует отличать субъективный смысл от объективного. “Долженствование” есть субъективный смысл всякого человеческого акта воли, интенционально направленного на поведение другого. Но не каждый такой акт имеет этот смысл также и объективно. И только когда он также и объективно имеет смысл долженствования, это долженствование называют “нормой”. То, что “долженствование” есть также

и объективный смысл акта, проявляется в том, что поведение, на которое акт интенционально направлен, воспринимается как должное не только с точки зрения того, кто осуществляет этот акт, но и с точки зрения третьего, незаинтересованного лица. И более того: даже если воля, субъективный смысл которой есть долженствование, фактически перестает существовать, то смысл (т.е. долженствование) не исчезает вместе с ней; если долженствование остается “действительным” и после исчезновения воли, если оно действительно даже тогда, когда индивид, который, согласно субъективному смыслу акта воли, должен вести себя определенным образом, ничего не знает об этом акте и его смысле, и тем не менее он считается обязанным или уполномоченным вести себя в соответствии с долженствованием, вот тогда долженствование как “объективное” долженствование есть “действительная”, обязывающая адресата “норма”. Так бывает, если акту воли, субъективный смысл которого есть долженствование, этот объективный смысл придается нормой, если этот акт уполномочен какой-либо нормой, которая тем самым приобретает значение “более высокой” нормы». В конечном счете, по отношению ко всему правопорядку эту функцию выполняет основная норма [Кельзен, 2015: 17–19].

9.5. Три понимания действительности права и их взаимосвязь

9.5.1. Взаимосвязь трех царств (миров) права: основные модели

Нормальное существование права (правовой нормы) предполагает его одновременное существование во всех трех царствах — норма существует как идеальный объект, в правовых переживаниях множества отдельных людей и воплощается в массовом фактическом поведении. Вместе с тем, принимая во внимание позицию К. Поппера, отметим, что *мир 1* и *мир 3* не могут прямо влиять друг на друга — их взаимодействие происходит через посредничество *мира 2*. Иными словами, субъективные психические переживания (*мир 2*) служат связующим звеном между идеальной действительностью права (*мир 3*) и социальным фактом его ответственности (*мир 1*) (рис. 4).

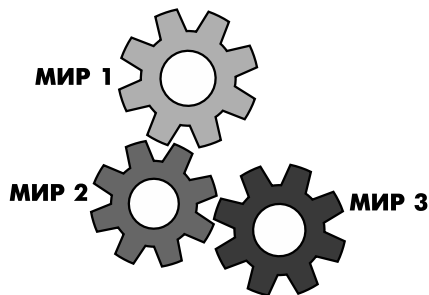


Рис. 4. Взаимосвязь трех миров права

Можно выделить следующие основные модели такой взаимосвязи.

1. «*Мир 1 → мир 2 → мир 3*». Определенное массовое поведение (поведенческий модус) вызывает чувство связанности правом (психологический модус), в свою очередь влекущее за собой существование нормы как идеального объекта (идеальный модус). Такая модель взаимосвязи соответствует правовому обычаю (по крайней мере, с позиций материалистической теории правового обычая — см. об этом § 9.2).

2. «*Мир 3 → мир 2 → мир 1*». Появление новой нормы в идеальном модусе (например, принятие нового закона) вызывает чувство связанности правом, в свою очередь влекущее за собой массовое поведение (поведенческий модус).

3. «*Мир 2 → мир 1 → мир 2 → мир 3*». Правовые переживания (психологический модус), возникающие независимо от идеально существующей нормы или массового поведения, которые можно отождествить с интуитивным правом в концепции Л. И. Петражицкого, вызывают появление некоторой идеи, претендующей на общезначимость и изменения в массовом поведении людей, после чего изменяются и правовые нормы (идеальный модус). Такую идею саму по себе нельзя назвать правовой нормой. В отличие от правовых обычаев интуитивное право не является позитивным (выраженным в конкретном источнике права), т. е. невозможно говорить о постоянном единообразном поведении на основании конкретного правила. В данном случае речь идет скорее о правовых переживаниях, вызывающих массовые, но кратковре-

менные действия, влекущие за собой появление новых норм, примером чего могут быть революционные изменения правопорядка.

Полагаем, что данный перечень моделей не является исчерпывающим и может быть продолжен. Важно отметить, что данные модели применяются как к установлению норм с новым позитивным содержанием, так и к дерогационным нормам (т. е. нормам, отменяющим или изменяющим ранее установленные нормы). Более конкретно взаимосвязь трех царств права может быть показана на примерах правового обычая и правового института.

9.5.2. Взаимосвязь трех царств (миров) права: пример правового обычая

Не останавливаясь на истории развития представлений о правовом обычае [Краевский, Тимошина, 2020], мы обратимся к тому пониманию правового обычая, которое сложилось к концу XIX в. в правовой доктрине континентальной Европы, точнее, в теории так называемого современного римского права (римского права в том виде, в каком оно сложилось в Европе с учетом канонического права, местного законодательства и обычаев). Данная теория правового обычая, как и другие концепции, разработанные в континентальной правовой доктрине XIX в., стала основой для национальных кодификаций, заменивших современное римское право. Сформулированные доктриной понятие и признаки обычного права получили непосредственное выражение в кодексах.

Теория современного римского права сформулировала ряд требований, которым должны удовлетворять правовые обычаи: 1) к действиям, из которых складывается обычай (*мир 1*); 2) к субъективному смыслу, придаваемому данным действиям самими акторами и третьими лицами (*мир 2*); 3) к содержанию обычаев (*мир 3*).

Требования к действиям, из которых складывается обычай. Обычай должен складываться из многократных, единообразных и непрерывных действий (иногда бездействия), совершаемых продолжительное время [Савиньи, 2011: 368–369; Барон, 2005: 53–54; Виндшейд, 1874: 40; Дернбург, 1906: 68–69; Пухта, 1874: 38–39], т. е. фактов, относящихся к первому царству права.

Множественность означала, что действие не должно быть однократным, однако вопрос о том, сколько раз должно повторяться составляющее обычай действие, не имел общего решения, которое предполагалось зависящим от обстоятельств конкретного спора. Взаимосвязанная с множественностью категория *продолжительности* существования обычая (*diuturnus usus*) вызывала особенно ожесточенные споры, связанные с различными толкованиями источников современного римского права (прежде всего канонического права), однако и они закончились признанием невозможности установить универсальное правило о продолжительности существования обычая. *Единообразие* и *непрерывность* обычно-правовых действий означали, что правило обычая не прекращало соблюдаться и не заменялось соблюдением противоположного правила. Вопросы оценки перерыва в действии обычая или отклонения от его соблюдения также должны решаться в зависимости от конкретных обстоятельств судебного дела. Иногда в качестве отдельного признака действий, образующих обычай, называлась их *публичность*, что, по замечанию Савиньи, является следствием понимания обычая как молчаливого согласия народа [Савиньи, 2011: 373; Пухта, 1874: 38].

Требования к субъективному смыслу применения обычая. Субъективный (психологический) признак обычая состоит в том, что соблюдение обычая вызвано убеждением в его юридической обязательности (*opinio necessitatis*). Данный признак позволяет провести различие между правовым обычаем и иными повторяющимися действиями, обусловленными нравами или приличиями [Савиньи, 2011: 370–371; Барон, 2005: 54; Виндшейд, 1874: 40–41; Дернбург, 1906: 69; Пухта, 1874: 37–38]. Соотношение психологического (*opinio necessitatis*) и поведенческого (*diuturnus usus*) аспектов в конституировании правового обычая рассматривалось в доктрине различным образом: *спиритуалистическая теория* предполагала, что совершение обычно-правовых действий не создает, а только подтверждает право, уже существующее в народном сознании [Савиньи, 2011: 370–371; Пухта, 1874: 35–36] (т. е. модель «мир 2 → мир 3 → мир 1»); согласно *материалистической концепции*, именно совершение действий формирует убеждение в юридической обязательности обычая [Барон, 2005: 55] (т. е. модель «мир 1 → мир 2 → мир 3»).

Требования к содержанию обычая — его соответствие закону, разумности (*rationabilis*), нравственности. Составлявшие основу *jus* в римском праве естественно-правовые начала, выраженные в формуле Цельса *jus est ars boni et aequi* («право есть искусство доброго и справедливого») (*Dig. 1.1.1*) [Дигесты Юстиниана], получили в каноническом праве христианскую интерпретацию, под влиянием которой в континентальной правовой доктрине получили развитие требования к этическому содержанию обычая. Согласно средневековым канонистам, обычаи «народа Божьего» как субъекта правопорядка *Respublica Christiana* не должны противоречить естественному праву — содержащимся в Декалоге и Евангелии неизменным моральным предписаниям, а противоречащие им должны быть «выкорчеваны» [Грациан, 1999: 246; Porter, 2007]. В последующем развитии континентальной доктрины требования разумности и нравственности обычая, рассматриваемые как следствие или элемент *opinio necessitatis* [Савиньи, 2011: 371–373; Барон, 2005: 54–57], как правило, не разграничивались: разумность понималась как соответствие основам государственного и нравственного порядка [Виндшейд, 1874: 40–41], предписаниям религии и нравственности, народной совести [Пухта, 1874: 40], нравственному чувству [Савиньи, 2011: 371]. Категорическую позицию в этом отношении сформулировал Пухта: «если какое-нибудь положение противоречит божественным заповедям или юридическим принципам, не допускающим никаких исключений, то мы не можем признать его юридическим положением, хотя бы можно было для него указать постоянно повторяющийся долговременный обычай» [Пухта, 1872: 36].

При этом романисты допускали возможность действия обычаев *contra legem*, полагая, что требование соответствия закону относится исключительно к местным обычаям [Савиньи, 2011: 380–381, 505–509], а также ссылаясь на то, что сама специфика обычая исключает возможность игнорировать существование обычно-правовых норм *contra legem* [Пухта, 1874: 40–41], ведь «закон не может определять, чтобы право не было правом» [Виндшейд, 1874: 45]. С господствующим мнением расходилась позиция о недопустимости признания противозаконных обычаев, оправдываемая тенденцией исторического развития права, — вытеснение обычая законом [Барон, 2005: 57–58].

Проблема требований к содержанию обычая равнозначна проблеме разрешения коллизий норм и требует рассмотрения моделей взаимосвязи трех царств права, дополняющих общую модель возникновения правового обычая.

Требование соответствия обычая разумности и/или нравственности равнозначно существованию дерогационной нормы, отменяющей соответствующую обычно-правовую норму, возникшую на основании материального и психологического признаков обычая, т. е. здесь присутствует «законодательная» модель взаимосвязи трех миров «*мир 3* → *мир 2* → *мир 1*». Аналогичное дерогационное значение имеет и законодательная норма о запрете обычая *contra legem*. Вместе с тем, действие обычаев *contra legem*, допускавшееся доктриной и некоторыми источниками римского права, описывается классической обычно-правовой моделью «*мир 1* → *мир 2* → *мир 3*» (для упрощения изложения мы будем исходить из материалистической теории обычая), последний элемент которой, помимо прочего, отменяет норму закона.

Таким образом, обычно-правовые нормы существуют во всех трех царствах права. При этом их взаимосвязь может быть описана по-разному, в зависимости от используемой доктрины правового обычая.

9.5.3. Взаимосвязь трех царств (миров) права: пример правового института

Институт представляет собой комплексное, интегрирующее явление, которое включает в себя нормативные структуры (нормы права, правовые предписания), социальные факты, органы власти, иерархию, дисциплину и т. д. Соответственно, с точки зрения институционального подхода все элементы института получают действительность от него самого: действителен порядок, а следовательно, действительно и то, что к нему принадлежит.

В связи с этим основным вопросом является не проблема действительности отдельных нормативных положений, но действительность всего правового порядка как целого. Таковую можно выводить как из относящегося *prima facie* к *миру 1* и *миру 2* социального факта порядка (С. Романо), так и из существующего в *мире 3*

идеального основания, например, идеи института или единства общих представлений о нормальном порядке (М. Ориу, К. Шмитт). Представляется, однако, что в первом случае собственно «институциональный» характер может раствориться во множественности социальных фактов, отличить которые от института в узком смысле будет проблематично. Для последнего, следовательно, необходим общий, отвлеченный критерий. Таким критерием в конечном счете не может быть социальный факт: если мы, к примеру, скажем, что институт представляет собой общность, мы сразу столкнемся с рядом вопросов: как отделить общность от иного социального образования? Всякая ли общность является институтом? И если не всякая, то что отличает именно те социальные общности, которые являются институтами, от тех, которые не являются? В конечном итоге мы рано или поздно путем последовательных рассуждений придем к необходимости выделения необходимого и достаточного критерия, имеющего идеальную природу. Таковым традиционно является либо идея института (его целевая причина; М. Ориу), либо общность представлений субъектов о нормальном содержании и структуре порядка (К. Шмитт). При этом в последнем случае речь идет не о простой совокупности идеалов индивидов, но скорее о господствующем объективированном представлении общности в конкретную эпоху.

Здесь ключевой проблемой становится отношение друг к другу двух миров: мира субъективных психических переживаний (*мира 2*) и мира идей (*мира 3*). Иными словами, мы можем спросить, что является первичным: субъективное чувство принадлежности человека к институту и личная психическая готовность исполнять нормативные предписания, действительные в пределах института, или же внешний объективный порядок. Представляется, что при институциональном взгляде на онтологию правового порядка ответ на такой вопрос может быть только один — первичен объективный порядок (*мир 3* → *мир 2*).

Сама концепция института предполагает, что основание его действительности выходит за пределы суммы субъективных переживаний индивидов (следовательно, не сводится к *миру 2*). Данное утверждение верно и в конкретно-историческом смысле: основание действительности правопорядка не сводится к сумме

переживаний субъектов как в конкретный момент времени, являя собой нечто большее, чем их совокупность, так и в течение всего периода существования института.

Будь основанием действительности одни лишь факты психических переживаний, существование порядка в *мире 3* и его обязывающая сила зависели бы от сиюминутного переменчивого состояния сознания и эмоционального статуса конкретного лица (*мир 2*). Институциональный порядок начинает существовать в тот момент, когда он обретает свою правовую действительность, которая исходит из идеального объективированного основания, а потому не может быть обусловлен индивидуальной психикой.

В связи с этим следует утверждать, что институциональный аспект правовой онтологии существует в мире идей (*мир 3*), а не субъективных переживаний (*мир 2*). Следовательно, применительно к модели действительности и действенности правового порядка мы можем сделать вывод о существовании основания института в *мире 3*, т. е. об идеальной природе такого основания, иными словами, об идеальной природе действительности в контексте институционального аспекта.

Вместе с тем, внутри самого института, применительно к его отдельным элементам, данная схема может быть вариативной. Так, норма права (*мир 3*) может получать силу ввиду устоявшихся и опривыченных социальных практик (*мир 1* → *мир 2* → *мир 3*), как это бывает в случае обычая, так и наоборот, когда норма, существуя в *мире 3*, получает дополнительное измерение через включение в устойчивые социальные практики (*мир 3* → *мир 2* → *мир 1*).

Обращаясь непосредственно к проблеме соотношения действительности и действенности, следует иметь в виду, что внутри института (правового порядка) норма может как получать действительность от действенности (социальная практика создает общую норму обычного права), так и наоборот — действенность от действительности (правовое предписание законодательной власти, реализуясь в социальных отношениях, получает дополнительную эффективность, становясь нормой обычного права).

В равной мере неоднозначны и отношения институциональных порядков друг с другом: международный правовой порядок и национальные правопорядки могут являться автоном-

ными с точки зрения основания действительности, однако условием и гарантом эффективности отдельных предписаний международного правопорядка при этом могут являться в том числе национальные порядки; в равной мере верно и обратное: в ряде случаев для более эффективной реализации норм национального порядка может быть необходим международный порядок. В этом случае один порядок обеспечивает действенность (существование) другого порядка в *мирах 1 и 2*, но не его действительность, т. е. не его существование в *мире 3*.

Вместе с тем, если мы попытаемся поставить в центр нашего внимания отдельный национальный порядок, то его действенность (его существование в *мире 1*), его эффективное существование в социальных отношениях не может быть оторвано от *мира 2*, т. е. специфических переживаний конкретных субъектов, существующих в пространстве института. Такие субъекты должны воспринимать порядок как нормальный и действительный, с тем, чтобы реализовывать его предписания в отношениях друг с другом. В связи с этим мы можем утверждать, что в институциональном аспекте онтологии правового порядка его действенность (существование в *мире 1*) будет зависеть в первую очередь от преломления идеального по природе основания действительности (*мир 3*) в психике конкретных субъектов, т. е. от *мира 2*. Таким образом, субъективные психические переживания (*мир 2*) служат промежуточным звеном между действительностью порядка (*мир 3*) и социальным фактом действенности института (*мир 1*). В виде схемы данное суждение, следовательно, могло быть представлено следующим образом: *мир 3* → *мир 2* → *мир 1*.

9.6. Действительность, легитимность, действенность и система права

Обсуждая три царства права, мы сознательно использовали для их описания нейтральный и общий термин «существование». Вместе с тем, как мы уже отмечали, при этом предполагалась высказанная еще Г.Кельзеном идея о том, что действительность права это и есть его существование. Таким образом, можно говорить о действительности (существовании) права в трех мирах

или о трех разных его «действительностях» — фактической действительности, соответствующей *миру 1*, психологической действительности, соответствующей *миру 2*, и идеальной действительности, соответствующей *миру 3*. Для разграничения трех перечисленных понятий представляется целесообразным уточнить терминологию и соотнести фактическую действительность с действительностью, психологическую действительность — с легитимностью, а сам термин «действительность» использовать для обозначения идеальной действительности (рис. 5).



Рис. 5. Действительность, действенность и легитимность права

Регулярность массового человеческого поведения может быть соотнесена с понятием действенности в том смысле, в каком оно употреблялось Г. Кельзенем или в поздних работах Е. В. Булыгина. Очевидно, что массовое человеческое поведение может иметь разную «интенсивность» — разную частоту, продолжительность и широту распространения, а следовательно, и «действенность» может иметь разную степень. Важный вопрос состоит в том, что мы понимаем под действенностью — некое актуальное свойство или некоторую совокупность фактов в прошлом. Несмотря на то, что выражения «социальная закономерность» и «социальная регулярность» скорее предполагают первый смысл, четко разграничить два понятия можем только в последнем случае, т. е. под действен-

ностью мы должны понимать совокупность уже свершившихся фактов, а не какие-либо ожидания их наступления в будущем.

Совокупность правовых переживаний участников сообщества, психологическое признание данными индивидами обязательности некоторой правовой нормы и т.п. могут быть соотнесены с термином «легитимность», который используют многие современные авторы, пишущие о «легитимности права» [Антонов, 2018а; Антонов, 2018b; Луковская, 2019; Поляков, 2020; Поляков, 2019; Легитимность права, 2019]. По справедливому замечанию М.В. Антонова, хотя большинством российских правоведов понятие легитимности права «воспринимается как указывающее на одобрение и поддержку (признание) правовой системы со стороны участников правопорядка», «внимательное рассмотрение данного термина обнаруживает множество смыслов, которые конфликтуют между собой» [Антонов, 2018b: 119].

Классическим примером использования термина «легитимность» применительно к праву считается социология права М. Вебера. Право, по Веберу, представляет собой один из видов легитимного порядка, а сама легитимность рассматривается как приписываемое порядку свойство объективного (независящего от данного лица) существования, с которым необходимо соотносить собственное поведение [Вебер, 2016: 90]. В некоторых случаях Вебер использует термины «легитимность» и «действительность» («социальная значимость», «Geltung») как взаимозаменяемые [Там же], при этом последняя достаточно ясно определяется им как представление участников социальных отношений об обязательности соответствующих моделей поведения (норм) [Там же], которое, в свою очередь, может иметь разные основания (традиция, аффективная вера и т.д.) [Вебер, 2016: 95–96]. Таким образом, использование нами термина «легитимность» для обозначения психологического представления о норме как об обязательной вполне согласуется с веберовской терминологией. Стоит также отметить, что наша концепция позволяет четко разграничить понятия действительности и легитимности, на проблему дуализма которых (в некоторых теориях, рассматривающих легитимность как критерий правомерности) обращает внимание М.В. Антонов [Антонов, 2018а: 61–64].

Легитимность права, так же, как и его действенность, может иметь разную степень, если не по интенсивности правовых эмоций (что может быть предметом дискуссии), то, во всяком случае, по степени их распространения среди субъектов.

Идеальное существование права не может быть исчерпывающим образом описано при помощи указания на нахождение в *мире 3* соответствующей нормы (здесь и далее мы для краткости пишем о нормах, но подразумеваем и иные возможные объекты юридического третьего царства — ценности, идеи и т.д.). *Мир 3* в понимании К. Поппера включает в себя все результаты интеллектуальной деятельности человечества, а третье царство в понимании Фреге включает в себя объективное содержание всех мыслей. По этой причине в широком смысле в *мир 3* входят все правовые нормы, когда-либо созданные человеческим воображением, даже если они никогда не были частью актуального права. Для выделения царства актуального права в *мире 3* возможно использование одного из двух основных критериев либо их комбинации.

Первый критерий, используемый естественно-правовой теорией, — метафизическая правильность. Данный критерий предполагает, что нормы могут быть правильными и неправильными, при этом к праву относятся только правильные нормы. Вопрос о том, какие нормы являются правильными, представляет собой отдельную проблему. Идеальную действительность, определяемую первым критерием, можно назвать *метафизической*, или *статической* действительностью. Метафизическая действительность самодостаточна и существует независимо от действенности и легитимности. Она может влиять на них, но сами они никакого влияния на нее не оказывают.

Действительность, определяемую вторым критерием, можно назвать *динамической*, или *системной* действительностью. Данный критерий состоит из двух взаимосвязанных элементов. Первый элемент — системность права. Правовая норма существует в *мире 3* не просто как отдельный объект, а как часть более сложного идеального объекта — системы норм, которая, в свою очередь, сама определяет системную связь норм. Соответственно, с каждой новой нормой, созданной на основании данных признаков системной связи, система изменяется. Однако и это пред-

ставляется недостаточным: чтобы отличить воображаемую систему (и воображаемое изменение системы) от реальной, необходим второй элемент критерия — связь с *миром 1* и *миром 2*, т. е. с действительностью и легитимностью.

Системная действительность, близкая идеям антиметафизической традиции в праве, предполагает сложную связь между разными уровнями нормативной системы и разными мирами (царствами) права.

Классическая проблема соотношения действительности и действенности в антиметафизических правовых теориях состоит в том, как одновременно объяснить две ситуации:

- 1) действительность только что изданной нормы;
- 2) утрату нормой действительности в результате неприменения.

Простые решения не позволяют решить одновременно обе теоретические проблемы, поскольку если считать действительность и действенность вполне независимыми категориями, то нельзя объяснить вторую ситуацию, а если считать, что действительность непосредственно обусловлена действенностью нормы, не получается объяснить первую ситуацию. Для правильного решения, по нашему мнению, можно использовать теорию ступенчатой структуры правопорядка, разработанную А. Мерклем и Г. Кельзенем, дополнив ее решением проблемы взаимосвязи действенности и легитимности правовых норм разного уровня. Данная теория объясняет структуру правопорядка через установление генетических связей между нормами, позволяя разделить правовой порядок на несколько взаимосвязанных уровней.

Ключевую роль в ступенчатой структуре правопорядка играют уполномочивающие нормы, устанавливающие генетические связи между нормами. Важнейшая роль уполномочивающих норм заключается в передаче системной действительности от высших норм к нижестоящим: норма, уполномочивающая создание другой нормы, является основанием ее действительности. Вместе с тем, из традиционного анализа ступенчатой структуры правопорядка выпадает проблема взаимосвязи действенности и легитимности правовых норм разного уровня.

Легитимность передается от вышестоящих норм к нижестоящим так же, как и системная действительность, по причине того, что норма, уполномочивающая властную инстанцию, логически влечет за собой и норму, изданную данной инстанцией в рамках своих полномочий, а людям свойственно мыслить логически правильно и, признавая вышестоящую норму, признавать и нижестоящую. Вместе с тем, отношение легитимности вышестоящих и нижестоящих норм является психологически-каузальным, а не логическим, поэтому данная связь двух норм слабее и подвержена влиянию иных мотивационных факторов. В связи с этим можно сформулировать гипотезу убывания легитимности норм с понижением уровня нормативной системы.

Уполномочивающие нормы выполняют в правовой системе двойную функцию. С одной стороны, они уполномочивают некоторый орган правопорядка на создание новых правовых норм, а с другой стороны, обязывают некоторый круг субъектов подчиняться нормам, созданным указанной инстанцией. По этой причине выполнение вновь созданной нормы одновременно будет и выполнением нормы, уполномочившей ее создание. Сообразно двойной функции уполномочивающих норм можно говорить о двух аспектах их действенности. С одной стороны, применение уполномочивающих норм представляет собой создание норм, соответственно, первый аспект действенности отражает именно совершение действий, направленных на создание правовых норм (осуществление полномочия). С другой стороны, из того факта, что выполнение вновь созданной нормы одновременно будет и выполнением нормы, уполномочившей ее создание, следует, что второй аспект действенности уполномочивающих норм (соответствующий функции обязывания адресатов создаваемой нормы) будет представлять собой собирательную действенность всех нижестоящих норм, созданных на ее основании.

Из изложенного можно сделать вывод об асимметрии передачи действительности и действенности норм в структуре правопорядка: действительность передается через уполномочивающие нормы от вышестоящих уровней к нижестоящим, в то время как действенность передается от нижестоящих уровней к вышестоящим. Вопрос о возможности обратной передачи легитимности

от нижестоящих норм вышестоящим, как представляется, требует дополнительного исследования.

Так, действительность акта органа конституционного правосудия может быть рассмотрена на основе теории ступенчатой структуры правопорядка, ключевую роль в которой играют уполномочивающие нормы, устанавливающие генетические связи между нормами. Важнейшая роль уполномочивающих норм заключается в передаче системной действительности от вышестоящих норм к нижестоящим: норма, уполномочивающая создание другой нормы, является основанием ее действительности. В этом смысле основанием действительности акта конституционного толкования является норма, уполномочивающая орган конституционного правосудия на принятие соответствующего акта. Вместе с тем, выход органа конституционного контроля за пределы своих полномочий, что неоднократно имело место в истории конституционной юстиции, не оказывает влияния на действительность акта конституционного толкования в силу принципа *res judicata*, хотя и может иметь определенные политические последствия. Кроме того, не только несоответствие критерию системной (динамической) действительности, но и несоответствие критерию статической действительности (метафизической правильности) также не оказывает влияния на действительность акта конституционного толкования. Такая безусловная действительность акта толкования получила осмысление в неореалистической теории толкования М. Тропера, согласно которой основанием действительности акта конституционного толкования является исключительно факт реализации органом конституционного контроля соответствующего полномочия. Вместе с тем, несоответствие акта конституционного толкования критериям системной и/или статической действительности может оказывать негативное влияние на его легитимность и тем самым на его действенность (одним из аспектов которой является юстициабельность), в особенности в правопорядках, не основанных на принципе обязательности следования прецеденту. Данный вывод может быть также распространен и на акты органов наднационального правосудия с той поправкой, что данные акты имеют иные основания системной действительности.

Подводя итог нашим рассуждениям, полагаем, что системная действительность права может рассматриваться как диспозицио-

нальное свойство норм права, отражающее их предрасположенность к применению/реализации. В основе данного диспозитивного свойства лежит местоположение нормы в системе правовых норм, при этом действительность нормативной системы как целого основана на имевшей место социальной практике применения/реализации (действенности) нормативной системы в целом, которая складывается из фактов применения отдельных правовых норм. Передача свойств системной действительности, легитимности и действенности между уровнями правовой системы происходит асимметричным образом: системная действительность и легитимность передаются от вышестоящих норм к нижестоящим при создании последних на основании первых, а действенность — от нижестоящих норм к вышестоящим при применении/реализации первых.

* * *

На основе концепции трех миров представляется возможным объединить исследования в области действительности и действенности, основанные на различных методологических подходах. Результаты исследований психологических реалистов (*мир 2*), социолого-правовые исследования фактического поведения (*мир 1*) и традиционный для юриспруденции анализ норм (*мир 3*) могут не противопоставляться, а дополнять друг друга, при этом механизм взаимосвязи трех царств права показывает, как именно происходит такая интеграция. Введение синтетического понятия системной действительности позволяет выразить общую идею действительности права как его существования во всех трех мирах — фактическом, психологическом и идеальном.

Библиография к главе 9:

1. Антонов М. В. Альф Росс о проблеме действительности (валидности) права // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009 / под ред. А. В. Полякова. СПб.: ИД СПбГУ, 2011. С. 454–457.
2. Антонов М. В. (а) Легитимность и действие права // Труды Института государства и права РАН. 2018. Т. 13. № 3. С. 48–81.

3. Антонов М. В. (b) Легитимность, признание, действительность и отмена правовых норм в юридическом словоупотреблении // Российский журнал правовых исследований. 2018 . Т. 5. № 2(15). С. 118–124.
4. Антонов М. В. Несколько вводных слов о «Действенности права Е. В. Булыгина» // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2016. № 4. С. 6–15.
5. Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб.: Юридический центр — Пресс, 2005. 1102 с.
6. Бирюков Б. В., Кузичева З. А. Комментарии // Фреге Г. Логика и логическая семантика: сборник трудов: учебное пособие для студентов вузов / пер. с нем. Б. В. Бирюкова; под ред. З. А. Кузичевой. М.: Аспект Пресс, 2000. С. 377–442.
7. Больцано Б. Учение о науке. СПб.: Наука, 2003. 518 с.
8. Булыгин Е. В. Судебные решения и правотворчество / пер. с англ. Н. И. Сатохиной // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права / под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, С. И. Максимова. СПб.: Алеф-Пресс, 2016. С. 183–199.
9. Варламова Н. В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права РАН. 2013. № 4. С. 76–115.
10. Васильева Н. С. Валидность и источники права: реалистическая концепция А. Росса // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2016. № 4. С. 41–51.
11. Вебер М. Основные социологические понятия / пер. с нем. М. И. Левиной // Вебер М. Избранное: Протестантская этика и дух капитализма / отв. ред. и сост. Ю. Н. Давыдов. СПб.: Центр гуманитарных инициатив, 2012. С. 453–482.
12. Вебер М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии: в 4 т. Т. I. Социология / сост., общ. ред. и предисл. Л. Г. Ионина. М.: ИД ВШЭ, 2016. 445 с.
13. Вебер М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии: в 4 тт. Т. III: Право / сост., общ. ред. и предисл. Л. Г. Ионина. М.: ИД ВШЭ, 2018. 331 с.
14. Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. 1. Общая часть / пер. с нем. под ред. С. В. Пахмана. СПб.: Изд-во А. Гиероглифова и И. Никифорова, 1874. 361 с.
15. Грациан Иоанн. Согласование несогласных канонов / пер. Н. С. Ускова // Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Т. II: Европа V–XVII вв. / отв. ред. Н. А. Крашенинникова. М.: Мысль, 1999. С. 240–273.
16. Гревцов Ю. И. Лекции по общей теории права: учебное пособие. СПб.: ИД СПбГУ, 2019. 452 с.

17. *Дернбург Г.* Пандекты / пер. Г. фон Рехенберга, под ред. П. Соколовского. Т. 1. Общая часть. М.: Университетская типография, 1906. 465 с.
18. *Джевонс У.С.* Основы науки: Трактат о логике и научном методе / пер. с англ. М. А. Антоновича. М.: Либроком, 2018. 744 с.
19. Дигесты Юстиниана. Т. 1. Кн. I–IV / пер. с лат., отв. ред. Л. Л. Кофанов. М.: Статут, 2002. 584 с.
20. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве / вст. ст. И. Ю. Козлихина. СПб.: Юридический центр — Пресс, 2004. 752 с.
21. *Карнат Р.* Значение и необходимость. Исследования по семантике и модальной логике. 2-е изд. М.: Изд-во ЛКИ, 2007. 384 с.
22. *Кельзен Г.* Действительность и действенность права / пер. с нем. М. В. Антонова // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права / под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, С. И. Максимова. СПб.: Алет-Пресс, 2016. С. 294–315.
23. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. 2-е изд. СПб.: Алет-Пресс, 2015. 542 с.
24. *Кондуров В. Е.* Основания действительности правопорядка и проблема юстициальности политического: К. Шмитт о границах юстиции // Труды Института государства и права РАН. 2018. Т. 13. № 5. С. 63–91.
25. *Краевский А. А.* Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 2 (319). С. 88–125.
26. *Краевский А. А., Тимошина Е. В.* Jus non scriptum: о действенности правовых обычаев и их применении российскими судами // Социологические исследования. 2020. № 12. С. 87–97.
27. *Крафт В.* Венский кружок. Возникновение неопозитивизма / пер. с англ. А. Никифорова. М.: Идея-Пресс, 2003. 224 с.
28. Легитимность права: коллективная монография / под ред. Е. Н. Тонкова, И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2019. 496 с.
29. *Лейбниц Г.-В.* Основы исчисления рассуждений / пер. с лат. Г. Г. Майорова // Лейбниц Г.-В. Сочинения: в 4 т. Т. 3. М.: Мысль, 1984. С. 501–505.
30. *Луковская Д. И.* Легитимность права: дискуссионные проблемы // Легитимность права: коллективная монография / под ред. Е. Н. Тонкова, И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2019. С. 13–43.
31. *Любичев А. А.* Значение и будущее систематики // Русский орнитологический журнал. 2020. Т. 29. № 1947. С. 3131–3148.

32. *Майоров Г. Г.* Лейбниц как философ науки // Лейбниц Г.-В. Сочинения: в 4 т. Т. 3. М.: Мысль, 1984. С. 3–40.
33. *Милль Дж. Ст.* Система логики силлогистической и индуктивной: изложение принципов доказательства в связи с методами научного исследования / пер. с англ. В. Ивановского, предисл. и прилож. В. К. Финна. 5-е изд., испр. и доп. М.: ЛЕНАНД, 2011. 832 с.
34. *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Лань, 2000. 608 с.
35. *Поляков А. В.* Коммуникативный смысл действительности права, его признания и идеи справедливости // Правовая коммуникация государства и общества: отечественный и зарубежный опыт. Сборник трудов международной научной конференции. Воронеж: Наука-ЮНИПРЕСС, 2020. С. 9–18.
36. *Поляков А. В.* Легитимность как свойство права // Легитимность права: коллективная монография / под ред. Е. Н. Тонкова, И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2019. С. 44–80.
37. *Поппер К. Р.* Знание и психофизическая проблема: в защиту взаимодействия / пер. с англ. И. В. Журавлева. М.: Изд-во ЛКИ, 2008. 256 с.
38. *Поппер К. Р.* Объективное знание. Эволюционный подход / пер. с англ. Д. Г. Лахути; отв. ред. В. Н. Садовский. М.: Эдиториал УРСС, 2002. 384 с.
39. *Поппер К. Р.* Открытое общество и его враги. Т. 1. Чары Платона; Т. 2. Время лжепророков: Гегель, Маркс и другие оракулы / пер. с англ. Киев: Ника-Центр, 2005. 800 с.
40. *Поппер К. Р.* Предположения и опровержения: рост научного знания / пер. с англ. М.: АСТ, 2004. 638 с.
41. *Поппер К. Р.* Что такое диалектика? // Вопросы философии. 1995. № 1. С. 118–138.
42. *Пухта Г. Ф.* Курс римского гражданского права / пер. с нем. проф. Рудорффа. Т. 1. М.: Тип. «Соврем. изв.», 1874. 549 с.
43. *Пухта Г. Ф.* Энциклопедия права / пер. под ред. П. Карасевича. Ярославль: Тип. Г. Фальк, 1872. 99 с.
44. *Савиньи Ф. К., фон.* Система современного римского права. Т. 1. М.: Статут, 2011. 510 с.
45. *Субботин А. Л.* Логические труды Лейбница // Лейбниц Г.-В. Сочинения: в 4 т. Т. 3. М.: Мысль, 1984. С. 41–53.
46. *Тимошина Е. В.* Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71.

47. Тимошина Е. В. Разделительный тезис либертарно-юридической теории и основания действительности права // Труды Института государства и права РАН. 2018. Т. 13. № 4. С. 57–82.
48. Успенский Б. А. Принципы структурной типологии. М., 1962. 64 с.
49. Фреге Г. (а) Логика // Фреге Г. Логика и логическая семантика: сборник трудов: учебное пособие для студентов вузов / пер. с нем. Б. В. Бирюкова; под ред. З. А. Кузичевой. М.: Аспект Пресс, 2000. С. 287–291.
50. Фреге Г. (б) Мысль. Логическое исследование // Фреге Г. Логика и логическая семантика: сборник трудов: учебное пособие для студентов вузов / пер. с нем. Б. В. Бирюкова; под ред. З. А. Кузичевой. М.: Аспект Пресс, 2000. С. 326–342.
51. Фреге Г. (с) О смысле и значении // Фреге Г. Логика и логическая семантика: сборник трудов: учебное пособие для студентов вузов / пер. с нем. Б. В. Бирюкова; под ред. З. А. Кузичевой. М.: Аспект Пресс, 2000. С. 230–246.
52. Фреге Г. (d) Отрицание // Фреге Г. Логика и логическая семантика: сборник трудов: учебное пособие для студентов вузов / пер. с нем. Б. В. Бирюкова; под ред. З. А. Кузичевой. М.: Аспект Пресс, 2000. С. 343–355 .
53. Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб.: Алеф-Пресс, 2012. 650 с.
54. Чёрч А. Введение в математическую логику / пер. с англ. под ред. В. А. Успенского. М.: Либроком, 2009. 480 с.
55. Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. 703 с.
56. Юдин Э. Г. Поведение // Новая философская энциклопедия: в 4 т. / науч. ред. совет: пред. В. С. Степин, зам. пред. А. А. Гусейнов, Г. Ю. Семигин, уч. секр. А. П. Огурцов. М.: Мысль, 2010. С. 253–254.
57. Kelsen H. General Theory of Norms / transl. by M. Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991. 465 p.
58. McKinney J. C. Constructive Typology and Social Theory. New York: Appleton-Century-Crofts, 1966. 250 p.
59. Popper K. R. New Foundations for Logic // Mind. New Series. 1947. Vol. 56. Issue 223. P. 193–235.
60. Porter J. Custom, Ordinance and Natural Right in Gratian's Decretum // The Nature of Customary Law / ed. by A. Perreau-Saussine, J. B. Murphy. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2007. P. 79–100.
61. Ross A. Directives and Norms. London: Routledge & Kegan Paul, 1968. 188 p.

НЕПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ПРАВА В ПРАВОВОМ ГОСУДАРСТВЕ

Правовое государство может быть рассмотрено как один из исторических типов государства. Некоторые российские правоведы в своих работах начала XX века именно так и понимали этот тип государства. Для этих авторов правовое государство представлялось как отрицание полицейского государства, которое предшествовало ему по времени. Этой научной позиции придерживались, например, Г. Ф. Шершеневич и Б. А. Кистяковский.

Так, Шершеневич полагал, что инстинкт политического самосохранения, которым в XVIII веке стали руководствоваться политики в развитых странах Запада, обусловил переход от полицейского государства к правовому. По мнению Шершеневича, во многом это было вызвано осознанием того, что политика попечения, присущая полицейскому государству, исчерпала себя. Шершеневич утверждал, что только «предоставленный личному эгоизму каждый индивид лучше всего найдет способ производства наибольшего количества ценностей, что вполне соответствует и общественному интересу» [Шершеневич, 1995: 208–209]. Действительно, доктрина экономического либерализма, сформулированная Адамом Смитом, принятая в ряде стран в качестве компаса в политике XVIII века, требовала новых правовых гарантий для предпринимателей, действующих на свой страх и риск. Именно Смит, с присущей ему пронизательностью, установил, что следует доверять личности, действующей в экономической сфере, и что только в этом случае существенно выигрывает все общество в целом. Результаты развития современных высокоиндустриальных стран говорят сами за себя, подтверждая правоту Смита.

Итак, правовое государство — это более **сложный** по своей организации тип государства. Правовое государство требует обе-

спечения гарантий свободы предпринимательства и гарантий неприкосновенности результатов предпринимательской деятельности. Кроме того, правовое государство — это государство, имеющее исключительно **рациональную** организацию, отличную от деспотической, патриархальной или патримониальной государственной организации. Представляется, что именно у Шершеневича мы находим яркое подтверждение понимания правового государства как рациональной организации. Так, Габриэль Феликсович писал: «Прежде всего необходимо было установление объективного права на место полицейских мер, которые из попечения легко переходили в произвол. Идея законности требовала как создания многочисленных норм права, в подробности определяющих пределы свободы каждого и разграничивающих одни интересы от других, так и приспособления государственной организации к тому, чтобы законы в точности соблюдались, — отсюда идея господства права в управлении» [Шершеневич, 1995: 209–210]. Что же еще должна была представлять собой государственная организация нового типа? Шершеневич полагает: «Чтобы новый порядок не нарушался самими органами власти, необходимо было ослабить усмотрение последних, отделив от исполнительной власти законодательную, утвердив самостоятельность судебной власти и допустив к соучастию в законодательстве выборные общественные элементы. Отсюда конституционализм» [Шершеневич, 1995: 210]. Итак, у нас появляется возможность, опираясь на результаты исследования Шершеневича, получить «юридическое изображение» правового государства. Представляется, что правовое государство — это государство, основанное на **законодательном**, а не указном праве, которое было характерно для полицейского государства. Кроме того, это законодательное право становится обязательным не только для граждан, но и для носителей государственной власти. И наконец, гарантией соблюдения законности в правовом государстве служит разделение властей, являющееся ядром конституционализма в логике положения французской Декларации прав человека и гражданина 1789 года (ст. 16 «Общество, в котором не гарантированы права человека и не проведено разделение властей, не имеет конституции»).

К проблеме правового государства обращаются и многие современные политологи и социологи, акцентируя свое внимание на разных его аспектах. Так, рассматривая соотношение правового государства и свободного рынка, признают незаменимое значение правового государства для его становления. В частности, французский политолог Д. Кола, развивая точку зрения австрийского мыслителя Ф. Хайека, пишет: «Однако важнейшая роль государства, где оно незаменимо, — это создание во имя конкуренции и для общества, где она господствует, юридической базы. Государство должно быть правовым государством (Rechtstaat). Оно формулирует безличные и универсальные юридические правила, защищающие права граждан, и устанавливает кодекс рынка (запрещая, например, при применении санкций экстернализацию — перекладывание на все общество расходов предприятий — загрязнителей окружающей среды)» [Кола, 2001: 243]. В данном случае мы видим, что правовое государство должно иметь не только законодательный, но и **этический** фундамент. Кола приводит еще одно положение австрийского ученого: «Но Хайек не довольствуется тем, что призывает к ограничению суверенитета государства, он выступает также за радикальное преобразование отношений между парламентом и правительством, чтобы сохранить саму природу закона: поскольку правительство уступает требованиям клиентелы (в том числе ради успеха на выборах), необходимо отделить его каменной стеной от парламента как универсального законодателя, чьи законы не могут зависеть от случайных и местных соображений» [Там же].

На мой взгляд, в обширной научной литературе, посвященной правовому государству, можно выделить три основных подхода.

Первый подход позволяет трактовать правовое государство как отрицание исторически предшествующих типов государства, таких как деспотическое, патримониальное, патерналистское, полицейское. В этих типах государства право было обязательным только для подданных, но не для самих носителей государственной власти. Такого подхода, например, в самом начале XX века придерживались российские правоведы Г. Ф. Шершеневич и Б. А. Кистяковский. В текстах этих авторов можно найти противопоставление правового государства государству полицейскому, практика

реализации которого в России, по словам Кистяковского, была очень хорошо известна. Заметим, что для Шершеневича важным становится указание на то, что в правовом государстве на смену **указному праву**, присущему полицейскому государству, приходит **законодательное право** (объективное право, в лексике Шершеневича). Действительно, понимание правового государства исключительно в ракурсе школы законодательного позитивизма делает все недостатки этой школы недостатками самого правового государства. Так, немецкий правовед Карл Бергбом, известный представитель школы юридического позитивизма, был вынужден признать: «Все проблемы права следует искать в самом праве и из него самого решать <...> Мы оказываемся, таким образом, в сложном положении, будучи вынужденными признать в качестве обязательного также и самое зверское, установленное законом право, уже только потому, что формально оно создано правильно» [История политических и правовых учений, 2012: 432]. В рамках этого второго подхода приобретает наибольшую остроту проблема «кровавого законодательства», которым отрицаются неотчуждаемые естественные права индивидов. Такое законодательство оказывается несовместимым с правовым государством. На этот факт обращали внимание многие, прежде всего, западные мыслители, следуя многовековой интеллектуальной традиции, которая базировалась на признании цитероновского *vera lex* (истинный закон). Проблема «истинного закона» всегда приобретала особую остроту в периоды исторических катаклизмов. Приведем лишь несколько примеров. Так, представитель школы политического либерализма Бенжамен Констан, осмысливая события Французской революции (1789–1799), сделал убедительный вывод, что юридический закон заслуживает своего настоящего названия, являясь легитимным не только по субъекту принятия, но и по содержанию. К числу законов, содержание которых выходит за справедливые границы, Констан, например, относил законы, которые противоречат морали, побуждая граждан доносить друг на друга или запрещают «укрывать изгнанников»; делают граждан ответственными не за свои собственные действия, привлекая к ответственности отцов детей-дезертиров или родителей детей-эмигрантов.

Обратимся теперь к П. А. Кропоткину (1842–1921), теоретику анархического коммунизма. Кропоткин имел возможность «по свежим следам» оценить результаты другой революции — большевистской революции 1917 г. в России. Кропоткин признал нелегитимной практику использования в построении коммунистического общества декретов, а не законов. В 1920 году Петр Алексеевич писал: «Переход обратился в переворот, совершаемый декретами небольшой группы теоретиков. Строительство и творчество народных масс были устранены так же, как это было во времена якобинской диктатуры 1793–1794 годов. Такая перестройка роковым образом ведет к неудаче» [Марченко, Мачин, 2005: 356].

Приведем еще один пример. Историческим катаклизмом для многих немцев стал приход в 1933 году к власти нацистов и его последствия — Германии предстояло пережить действие чудовищных законов. Глубокое осмысление кровавого немецкого законодательства можно найти в работе Густава Радбруха, выдающегося немецкого философа права. Нацистский режим, по мнению Радбруха, обеспечивался юридическими законами. Однако эти законы были законами «ужасными и преступными», оправдывающими произвол носителей государственной власти. Неприемлемыми законами для Радбруха были законы, которые поощряли убийство политических противников, или законы, приказывающие убивать представителей другой расы. Радбрух так же, как и Констан, искал противоядие действию такого рода юридических законов. Но если для Констан было важно поверить в существование здравомыслящих и совестливых правоприменителей, то Радбрух считал, что важнейший вопрос — это «вопрос мужества юристов не признавать правовой характер законов». В подтверждение этому приведем цитаты из работы Констан «Курс конституционной политики» и работы Радбруха «Философия права». Вышеназванная позиция Радбруха нашла свое выражение в его статье «Пять минут философии права», которая была отдельно включена в русское издание его книги «Философия права» (2004): «Если законы сознательно попирают волю справедливости, например, предоставляя тому или иному лицу права человека или отказывая в них исключительно по произволу, то в этих случаях подобные законы недействительны, народ не обязан подчиняться им, а юристы должны

найти в себе мужество не признавать их правовой характер» [Радбрух, 2004: 226]. Позиция Констанана хорошо выражена в следующем положении: «Ничего не извиняет человека, оказывающего помощь закону, который он считает несправедливым; судью, заседающего в суде, который он считает противозаконным, или выносящего решение, которое он не одобряет; министра, который применяет декрет против своей совести; сателлита, арестовывающего человека для того, чтобы отдать его в руки палачей, зная, что он невиновен» [Констан, 1999: 387].

Второй подход можно встретить у Кистяковского, который так же, как и Шершеневич, противопоставляет правовое государство государству полицейскому. Однако для него еще было важным заявить, что правовое государство основывается, прежде всего, на признании **естественного права**, которое требует безусловного осуществления неотъемлемых прав человека (свобода совести, свобода слова устного и печатного, свобода собраний и др.) и неприкосновенных прав (право на неприкосновенность личности, право на неприкосновенность жилища, право на неприкосновенность переписки). Кистяковский полагал: «Ограниченность власти в правовом государстве создается признанием за личностью неотъемлемых, ненарушимых и неприкосновенных прав. Впервые в правовом, или конституционном государстве признается, что есть известная сфера самоопределения и самопроявления личности, в которую государство не имеет права вторгаться» [Кистяковский, 1990: 144]. Рассмотрение правового государства под углом зрения фундаментальных прав человека стало преобладающим в современной научной литературе. Можно говорить, что радикальное смещение акцентов в понимании правового государства в неразрывной связи с «дискурсом о правах человека» (М. Миай) становится заметным после Второй мировой войны. Так, современный французский правовед Ж. Шевалье считает, что «субстанциональная концепция правового государства, которая будет развиваться после Второй мировой войны, выйдет на проблематику фундаментальных прав» [Chevalier, 2002: 109].

Другой французский автор, Б. Барре-Кригель, в своей статье, размещенной в «Конституционном словаре», пишет, что именно в 70-е годы XX века понятие правового государства в научной

литературе приобретает более четкие черты благодаря новому обращению к истории и философии правового государства. Отправным пунктом для исследователей стало осознание следующего факта: «Великие политические катастрофы XX века показали, что Европа была не только колыбелью правового государства, но она также стала его могилой» [Dictionnaire constitutionnelle, 1992: 417].

Осмысление отрицательного опыта тоталитарных режимов XX века привело к лучшему прояснению исторического значения правового государства. В чем же оно состоит? Барре-Кригель утверждает: «Правовое государство, появившееся в Европе: Англии, Франции, Пруссии, стало инновацией среди других государственных форм» [Там же]. В правовом государстве, по мнению французского автора, мы впервые встречаем «суверена, который в отличие от императора, располагающего правом жизни и смерти над гражданином-солдатом, должен был признать и гарантировать право на безопасность индивидов» [Там же]. Тем самым, считает Барре-Кригель, правовое государство выступает отрицанием **имперской** формы власти, и именно в этом заключается непреходящее значение правового государства в настоящее время. Итак, можно признать, что концепт правового государства меняется в зависимости от понимания права, которое использует тот или иной автор. Ведь под правом можно понимать как законодательное, так и право естественное. Заметим, что такого рода двойственность в понимании права, с точки зрения ряда авторов, снижает научную ценность концепта правового государства. Сошлемся на австрийского правоведа Ганса Кельзена и тех исследователей, которые разделяют его точку зрения. Так, в многотомном французском трактате по политической науке можно прочитать: «Кельзен справедливо отмечает научную несостоятельность этого концепта, который играет на двух смыслах слова: право позитивное и право естественное. Если правовое государство — это государство, которое «производит» позитивное право, то какова тогда ценность этого концепта, кроме как быть плеоназмом? Но если этим понятием хотят обозначать только те «государства», которые соответствуют постулатам демократии и юридической безопасности, то не является ли это отсылкой к праву естественному, содержание которого зависит от идеологических предпочтений,

являющихся относительными?» [Traite de science politique, 1985: 382]. Заметим, что с точки зрения научной логики Кельзен прав, однако это не мешает нам признать, что доктрина правового государства, реализуемая на практике, обладает огромным мобилизационным зарядом. Эта доктрина позволяет не только легитимировать действия носителей публичной власти, но и «артикулировать требования управляемых». В настоящее время в некоторых работах, посвященных правовому государству, можно встретить **уточненное** понятие правового государства, которое уже не связано с историческими катаклизмами — революциями или войнами. Речь идет о развитии гражданского общества в **мирное** время и о решении сложных проблем этого общества в формате правового государства.

Теперь мы можем говорить о **третьем подходе** к пониманию правового государства. В фокусе внимания исследователей оказывается не проблема неприменения несправедливых, драконовских законов, а **неприменение некоторых справедливых законов**, если тем самым «предотвращаются бóльшие несправедливости» [Валадес, 2009: 98].

Современному мексиканскому правоведу Диего Валадесу важно было сформулировать принципы, «которым должно соответствовать неприменение нормы, чтобы не причинить ущерб правовому государству, обязательно отразив в них соответствие уровня развития культуры общества и решения властей» [Валадес, 2009: 108]. Эту задачу он решает, и решает убедительно! Представляется очень содержательным перечень выделенных им обстоятельств, связанных с неприменением справедливого закона, но не затрагивающих самой сути правового государства. Валадес выделяет следующие обстоятельства:

- «власть, которая игнорирует применение нормы, делает это для того, чтобы избежать большего вреда, чем тот, которой мог бы случиться в случае ее применения»;
- «неприменение нормы не может быть результатом небрежности или слабоволия чиновников»;
- «власть располагает законностью происхождения»;

- «существуют законные инструменты политического контроля, оценивающие действия власти, которая не исполнила норму»;
- «в каждом случае решение о неприменении нормы должно быть обосновано разумными доводами»;
- «неприменение нормы не должно пониматься как постоянная практика»;
- «неприменение является исключением»;
- «повторное неприменение нормы должно быть объектом исследования со стороны законодательных органов с точки зрения оценки условий действия нормы или возможности ее изменения»;
- «причины неприменения нормы должны быть изучены органами политического контроля в связи с государственной политикой, которая их порождает или которая их не применяет»;
- «решение не применять норму должно всегда подлежать отмене или пересмотру» [Валадес, 2009: 108–109].

Таким образом, Валадес предлагает нам **новую репрезентацию** современного правового государства. Она связана с парадоксом «неприменения нормы внутри правовой системы». Именно неприменение норм права (например, в случае публичных протестов, приводящих к перекрытию автомобильных магистралей) характеризует толерантность носителей публичной власти по отношению к действиям протестующих. Валадес предлагает иначе посмотреть на эти протесты, признав, что ответственность за них — это, прежде всего, ответственность самих носителей публичной власти: «Проблема заключается в публичной политике, являющейся причиной протестов, решение которых уходит в нормативные прогнозы» [Валадес, 2009: 114].

* * *

Доктрина правового государства претерпела различные изменения своего содержания, начиная с момента зарождения в Германии в 30-е годы XIX века (Роберт фон Мольтке и др.) и до наших дней.

Представляется важным обратить внимание на юридический каркас правового государства — это законодательное право и право естественное.

В настоящее время в западных демократиях естественное право не только закреплено законодательным правом, фиксированным и застывшим, но и продолжает сохранять роль идеального права, требующего от действующих политиков постоянно сверять свою деятельность с идеей правды, дополняющей правовое государство на практике.

Следует говорить о парадоксе правового государства, т. е. парадоксе «неприменения норм права» в контексте практики реализации современной доктрины правового государства.

Библиография к главе 10:

1. *Валадес Д.* Конституционные проблемы правового государства. М.: Идея-Пресс, 2009. 168 с.
2. История политических и правовых учений: учебник / под ред. М. Н. Марченко. М.: ИНФРА-М, 2012. С. 432.
3. *Кистяковский Б. А.* Государство правовое и социалистическое // Вопросы философии. 1990. № 6. С. 141–159.
4. *Кола Д.* Политическая социология. М.: Весь мир; Инфра-М, 2001. 656 с.
5. *Констан Б.* Курс конституционной политики // Антология мировой правовой мысли: в 5 тт. Т. III. Европа. Америка: XVII–XX вв. М., 1999. 829 с.
6. *Марченко М. Н., Мачин И. Ф.* История политических и правовых учений: учебник. М.: Высшее образование, 2005. 496 с.
7. *Радбрух Г.* Философия права. М.: Международные отношения, 2004. 240 с.
8. *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: в 2 тт. Т. 1. Вып. 1. М.: Изд-во «Юридический колледж МГУ», 1995. 308 с.
9. *Chevalier J.* Doctrine juridique et science juridique // Droit et societe. 2002. No. 50. P. 103–119.
10. Dictionnaire constitutionnelle. Paris: PUF, 1992. 1112 p.
11. Traité de science politique. V. 1. Paris: PUF, 1985. 716 p.

МНОЖЕСТВЕННОСТЬ ИСТОЧНИКОВ НОРМАТИВНОСТИ

Любой спор о праве связан с источниками нормативности, способами определения материальных норм, которые следовало соблюдать, и выбором процессуальных правил рассмотрения спора. Для урегулирования разногласий требуется установить валидную нормативную систему, найти в ней релевантную норму и применить надлежащий процессуальный порядок рассмотрения. Разумеется, необходимо дать оценку юридическим фактам, которые стали причиной разногласий, и доказательствам, подтверждающим авторскую интерпретацию фактов [Тонков, 2021(b): 47].

Как отмечает М. В. Антонов, «поскольку суждение о действии любой нормы зависит от суждения о компетенции ее создателя и от наличия у нее иных аспектов валидности, то при квалификации нормы, как обладающей силой, интерпретатор всегда осуществляет условное суждение о том, является ли норма действующей. Это суждение можно реконструировать либо по цепочке компетенций..., либо по содержанию..., либо по форме..., либо по иным условиям, с которыми правопорядок связывает обязывающую силу норм по отношению к нормоадресатам» [Антонов, 2021: 159]. Указанная М. В. Антоновым условность норм права сопряжена с типологией правопонимания. Так, «с позиций неопозитивизма может предполагаться, что некоторые нормы права обладают действием, аналогичным безусловному действию норм морали... С точки зрения юспозитивизма, такие претендующие на универсальность предписания могут быть закреплены в нормах действующего права в допустимых правопорядком формах (включая прецеденты, священные книги, доктрину, если таковые являются источниками в конкретном правопорядке), и тогда они будут частью правопорядка — в виде норм, принципов, аксиом или иных нормативных элементов» [Антонов, 2021: 161].

В последние десятилетия различия между базовыми типами правопонимания — позитивистским и естественно-правовым — неуклонно стирались, в результате сформировались разнообразные сочетания вариантов позитивизма и непозитивизма, тяготеющие к социологической юриспруденции. Антагонизм социалистического и капиталистического миров иссяк, в том числе, по причине разнообразия правовых систем в государствах с демократическими, авторитарными и гибридными политическими режимами. Но примирение юснатурализма с юспозитивизмом не приводит к универсализации правопорядков. Право, с точки зрения релятивистской методологии, — это процесс, модерируемый акторами, «имеющими ключи» от источников нормативности. Исследование права в его многослойных проявлениях не может иметь практический эффект без учета многообразия нормативных систем, регулирующих социальный порядок в сообществах [Тонков, Тонков, 2022: 265].

Широкое понимание форм права, используемое, например, в концепции российского правового реализма, позволяет выявить все источники нормирования, рационально оценить факторы, обязывающие индивидов подчиняться воле других лиц. Согласно реалистической парадигме, право формируется из многочисленных источников, среди которых выделяют, в первую очередь, правовые обычаи, религиозные правила, нормативно-правовые акты, прецеденты (акты высших судов, вынесенные по конкретным делам, имеющие обязательную силу для нижестоящих судов по аналогичным правоотношениям), прецеденты толкования (официальные нормативные интерпретационные акты высших органов публичной власти, например, обзоры судебной практики и постановления Пленума Верховного Суда РФ, постановления Конституционного Суда РФ). Некоторые источники права становятся предметом дискуссий, не теряя при этом своих качеств нормативности. В этой связи следует обратить внимание на юридическую доктрину, юридическую практику, моральные воззрения, локальные акты муниципальных образований, корпоративные нормы, деловые обыкновения, правосознание, договоры нормативного содержания, принципы права, нормы международного права, интуитивное право (индивидуальную нормативную

систему), науку (не только юридическую), нормы политических партий, нормы освободительных движений, нормы преступных сообществ, разум [Тонков, Тонков, 2022: 203].

Особенности постсоветского правового уклада за последние четверть века приобрели устойчивые качественные характеристики, оценка которых в теоретическом плане дается нередко без учета предшествующих исторических периодов. При обосновании нетрадиционного понимания источников нормативности особое значение приобретают теоретические разработки психологического реализма Л.И.Петражицкого, который выделял несколько видов позитивного права, в том числе: законное право, обычное право, право судебной практики и право отдельных преюдиций (Л.И.Петражицкий объединял их термином «преюдициальное право»), юдициальное право (т.е. право судебных решений), книжное право, право принятых в науке мнений (*communis doctorum opinio*), право учений отдельных юристов или их групп, право юридической экспертизы, право изречений религиозно-этических авторитетов (основателей религий, пророков, апостолов, отцов церкви и т.д.), право религиозно-авторитетных примеров и образцов поведения, договорное право, право односторонних обещаний, программное право (право программ и сообщений о будущих действиях), признанное право (т.е. право, ссылающееся на признание обязанной стороны), прецедентное право, право юридических поговорок и пословиц; общенародное право («вездесуществующее» право), «неопределенно-позитивное» право [Петражицкий, 1910: 516–614]. В качестве разновидности неофициального права Л.И.Петражицкий называл «преступное право» («право преступных организаций»). Ученый полагал, что в преступных сообществах вырабатываются и беспрекословно исполняются сложные системы императивно-атрибутивных норм, определяющих, например, «организацию шайки» или распределение прав и обязанностей между ее членами. Во всех сообществах такого рода действует система наказаний за нарушение установленных норм, которая подчас сопровождается предварительным квазисудебным разбирательством.

Широкое понимание источников нормативности позволяет не только установить действующие нормативные множества,

но и выявить их иерархии и условия применения. Разнообразие представлений о нормах в профессиональной деятельности свидетельствует об обязанности человека регулярно согласовывать правовые позиции с иными людьми. Однако системы ценностей и подходов к праву у различных групп населения не всегда возможно синхронизировать, многовариантность правопонимания не удавалось устранить даже в периоды диктатур. В этом плане следует помнить об «опасности, которая проистекает от подмены основанного на нормах права дискурса ценностным нарративом», например, в случае с Третьим рейхом [Антонов, 2023: 245; Антонов, 2019]. По мнению М. В. Антонова, «выведение позитивистами ценностного дискурса из пределов науки о праве связано не с “аморализмом” позитивизма, а с опасением того, что такой дискурс может привести к построению нормативной системы, параллельной по отношению к системе позитивного права», тогда как «смещение правового регулирования и морального дискурса может иметь пагубные последствия для правопорядка» [Антонов, 2021: 167].

Таким образом, «вместо осуждения всего позитивизма за то, что его сторонники якобы отождествляют право и закон, рассматривают человека лишь как объект власти, а право — исключительно как команду суверена, отрицают неотчуждаемые права человека, превозносят формально-догматический анализ права и пытаются очистить право (не науку о праве!) от разного рода непозитивных элементов, правильнее было бы критиковать теоретические построения отдельно взятых конкретных представителей этого направления: Лэнгделла, Бергбома, Шершеневича или других, которые, возможно, и виновны в некоторых из этих “грехов”... Достаточно бросить даже беглый взгляд на историю, чтобы убедиться в том, что главенствующими направлениями в нацистской Германии и других преступных режимах XX века были какие угодно, но не позитивистские» [Антонов, 2023: 259–260].

Гуманитарные знания, в том числе исторические и правовые, зависят не только от авторов, формирующих научные, образовательные и практические паттерны, но и от спонтанно складывающихся юридических практик, способствующих созданию за-

кономерностей. Публичная презентация юридических свойств правопорядка может быть идеологически искаженной, что компенсируется многосторонними эмпирическими исследованиями, позволяющими оценить все аспекты противоречий между правом в книгах и правом в жизни. При выборе подходящей нормативной системы необходимо классифицировать набор требований, прокламированных публичной властью и признанных большинством населения. Следует обратить внимание на расплывчатые правила признания, в особенности — требующие уточнения феномены *взаимного признания и взаимного непризнания*.

Правила признания неодинаковы для разных сообществ. Например, Г. Л. А. Харт с методологической целью ввел нормативную систему Рекса I, «где только то, что он постановляет, является правом, и на его законодательную власть не накладываются никакие ограничения ни обычаями, ни конституционными документами, единственным критерием идентификации права будет простая ссылка на факт постановления Рекса I. Существование этого простого правила признания будет проявляться в обычной практике идентификации правил с помощью этого критерия как частными, так и официальными лицами» [Харт, 2007: 104–105]. Нормативная система, используемая правоприменителями, может функционировать даже в таком обществе, большинство членов которого с ней не согласны. Авторитарные способы управления за несколько веков стали настолько изощренными, что воля суверена теперь может навязываться населению не только запретом и «кнутом», но также пропагандой и «пряником». В современных обществах, «где есть множество “источников права”, правило признания, соответственно, более сложно: критерии идентификации права многочисленны и обычно включают писаную конституцию, постановления парламента и судебные прецеденты» [Харт, 2007: 105]. Правила признания не сформулированы в завершеном варианте, но их существование демонстрируется настолько, чтобы они были очевидны для всех правоприменителей и для большинства населения.

Идеи российского правового реализма в части взаимодействия нормативных систем субъектов права [Тонков, Тонков, 2022: 230–289] приводят к обязательному использованию тех

источников нормативности, которые влияют на формирование юридически значимых убеждений правоприменителей. Понятия норм и нормативных систем, предусматривающих их множественность и взаимное влияние друг на друга, удачно сформулированы Е. В. Булыгиным и К. Э. Альчурроном в книге «Нормативные системы»: нормами обозначаются «выражения (т. е. языковые высказывания), которые соотносят случаи с решениями» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 98]. Функция нормативной системы заключается в установлении связей между случаями и решениями, а для определения нормативной системы вводится критерий адекватности и используется понятие нормативного множества: «Нормативное множество — это множество высказываний, среди следствий из которого есть такие, что устанавливают связи между случаями и решениями. Всякое нормативное множество, содержащее все свои следствия, соответственно будет называться нормативной системой. Когда среди следствий множества высказываний есть такое, что связывает случай и решение, мы будем говорить, что это множество имеет нормативные следствия. Теперь нормативное множество можно охарактеризовать как множество высказываний, имеющее нормативные следствия, а нормативную систему как систему, имеющую нормативные следствия» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 91].

Представления о правовых системах и их взаимодействии к XXI веку претерпели существенные изменения, «современное понятие системы позволяет нам реконструировать значительную часть работы юриста, не впадая при этом в заблуждения, которые могут быть приписаны представителям классической правовой догматики» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 82]. С одной стороны, конфликт интересов взаимодействующих субъектов нередко приводит к противоречивой интерпретации норм и правил. С другой — правоприменители регулярно выносят решения, соответствующие их собственному представлению о рациональности, без учета доводов «проигравшей» стороны. Принцип справедливости, имманентный всем судебным системам, предусматривает учет конкретных жизненных обстоятельств тяжущихся субъектов и психологическую сторону их деяний. Этот принцип, ощущаемый субъектами изначально только на эмоциональном уровне,

в будущем может стать определяющим фактором при конструировании ими своих индивидуальных нормативных систем, в основанной на таких системах интерпретации норм официального права и, самое главное, — в нормативном обосновании активных практических действий [Тонков, Тонков, 2022: 283].

Конфликт индивидуальных нормативных систем неизбежен, для его разрешения могут использоваться правила, устанавливаемые другими лицами или коллективными органами. Урегулирование конфликтов — основная функция правового воздействия. Религия, мораль, обычай, традиция, прецедент с точки зрения динамичности нормативных систем значительно уступают нормативно-правовым актам, поскольку не поддаются быстрому изменению. Такие особенности способствуют активному использованию императивного регулирования социальных порядков со стороны субъектов публичной власти. В системах, где количество источников нормативности постоянно возрастает, «бешеный принтер» акторов силы с неизбежностью приводит к энтропии должествования.

При несовпадении индивидуального толкования нормы с официальными и доктринальными интерпретациями субъект склонен настаивать на собственных нормативных представлениях, не всегда логически обоснованных, но психологически комфортных для применения по причине их интуитивной близости и соответствия жизненному миру субъекта. Нормативная система личности находится в непрерывном развитии под воздействием многочисленных внешних факторов, в том числе других нормативных систем. Индивидуальная норма, устанавливаемая субъектом в качестве правила для своего поведения и, возможно, поведения других лиц, отражает уже существующую действительность, которая, в свою очередь, влияет на формирование будущих правоотношений с его участием [Тонков, Тонков, 2022: 230–231].

В практической жизни субъективные права одного лица не обязательно корреспондируют с обязанностями другого, их взаимодействие может быть основано как на разуме и справедливости, так и на произволе и насилии. Закон есть лишь один из источников права. Подавляющее большинство населения не изучает тексты нормативных актов, получая информацию о них из средств

массовой информации и от других лиц. В обыденной жизни человек руководствуется преимущественно «житейской логикой», опытом, традициями, деловыми обыкновениями, религиозными установками [Тонков, Тонков, 2022: 291].

С одной стороны, необходимо обратить внимание на личность составителя нормативной системы — субъекта (интерсубъекта), формирующего базовую нормативность и навязывающего ее окружающим. Особенно важным здесь становится исследование нормативной системы, создаваемой доминирующим правоприменителем, ибо от качества его правосознания, представлений о разумности и рациональности, от его интуитивных установок зависит соотношение интерпретируемого случая и итогового решения.

С другой стороны, каждый человек по мере развития формирует индивидуальную нормативную систему, складывающуюся из актуализируемых им источников права, которые обеспечивают и оправдывают его образ жизни. Так что тот тип правопонимания (включая нормативную систему личности) участника спора, с которым правоприменителю приходится иметь дело при вынесении решения, может включать в себя поведенческие установки, содержание которых не закреплено в «официальном» праве.

Следует признать, что на механизмы формирования нормативных систем оказывают влияние не только логически мыслимые экономические и политические факторы, но и разного рода иррациональные воздействия, в том числе этнокультуральные, психологические, корпоративные [Тонков, 2021(а): 364–365].

М. В. Антонов подчеркивает значимость логической корректности суждений в области права во всех направлениях: «не только позитивисты, но и представители иных, непозитивистских подходов к праву в большинстве своем не будут отрицать, что вопросы правоприменения (также и другие) должны решаться не интуитивно, а при помощи способов, отвечающих критериям рационального познания, то есть законам логики... Основным для юриста должна быть не некая религиозная или мистическая интуиция, а именно рациональное рассуждение» [Антонов, 2023: 246–247]. Если рассматривать легальные модели поведения и должностные инструкции, то, разумеется, критерии рационального

осмысления действий правоприменителя будут очевидны. Но как только независимый исследователь начнет анализировать правоприменительные решения, авторы которых исходили не из содержания и смысла закона, а руководствовались экстралегальной моделью толкования (например, коррупционной), то с неизбежностью возникнет методологическая проблема синхронизации критериев рациональности.

Нормативная система личности правоприменителя — сложный комплекс правил поведения, вырабатываемых в процессе иерархического взаимодействия с референтными группами. Человек оказывается носителем нескольких, одновременно используемых им, нормативных систем, нередко находящихся во взаимном противопоставлении. Не оспаривается то, что некоторые правоприменители (в том числе сотрудники силовых ведомств) на постоянной основе оказывают покровительство предпринимателям и лицам, занимающимся противоправной деятельностью. В отношении этой (латентной) категории правоприменителей критерии «стерильной» юридической рациональности окажутся недостаточными; для вскрытия алгоритмов их деятельности следует актуализировать нормы преступных сообществ, групповую мораль, субкультурные паттерны поведения («думай как преступник»).

Личность в структуре нормативных систем — это социальный феномен, подразумевающий дееспособного индивида, имеющего стержневые свойства, позволяющие ему самостоятельно вырабатывать правила взаимоотношений с другими людьми. К стержневым свойствам относят, в том числе, интеллект, эмоциональную стабильность, дружелюбность, ответственность, экстраверсивность. По признакам соотношения личных норм с общепринятыми (законодательство, правовая традиция, религия, мораль и т.п.) можно выделить несколько типов индивидуальных нормативных систем: индифферентный — характеризуется отсутствием собственных принципов и норм, нежеланием их вырабатывать; командный — испытывает потребность в командовании и подчинении, готов как сам выступать лидером, так и принять убедительную нормативную систему другого лидера; социализованный — стремится соблюдать максимум общественных правил,

вырабатывает собственные нормы, гармонизированные с социальной группой; отчужденный — соблюдает только собственные нормы даже при их конфликте с общепринятыми. С криминологической точки зрения лидерами преступных сообществ и организаторами преступлений преимущественно становятся личности с командным и отчужденным типами индивидуальных нормативных систем, их сообщниками — представители командного и индифферентного типов. Социализованный тип представляет большинство взрослого населения и способствует стабильности социума.

Личные нормы человека всегда будут качественно отличаться от нормативных систем социумов — в пользу индивидуума, поскольку человек склонен расширительно толковать свои права и ограничительно — свои обязанности. Многие люди вырабатывают индивидуальную систему взаимоотношений с внешним миром, которая не совпадает с общепринятой. Личные правила, корпоративные договоренности, конвенциональные соглашения и другие нормативные конструкты могут на протяжении длительных исторических периодов доминировать над нормами законов, установленных государством. «Конкретный индивидуальный актор никогда не действует только в одной роли, но имеет перед собой множество ролей и ситуаций, сложные сплетения возможностей, вариации ожиданий и состояний напряженности, объектом которых он является. Более того, существует также проблема того отрезка времени, который релевантен для анализа той или иной системы» [Парсонс, 2022: 362]. У личности не всегда имеется достаточно внутренних способностей и внешних возможностей для корреляции своего намерения с комплексом предписаний государства о должном поведении в заданных обстоятельствах. Нередко человек действует интуитивно, по наитию реализует личную нормативную систему, не соотнося ее в момент действия с нормативной системой суверена.

Все мыслимые источники субъективных прав и обязанностей преобразуются в интуитивном праве человека, самостоятельно определяющего, в каком случае можно или нельзя присвоить чужое имущество, уклониться от уплаты налога, причинить вред, игнорировать иное мнение, лишиться Другого свободы или даже

жизни. Исполняя личную волю в пределах своего интуитивного права, человек осознает наличие общественного запрета и соблюдает его либо игнорирует — в угоду собственным интересам. Можно утверждать, что каждый человек способен формировать свою индивидуальную нормативную систему из тех источников права, которые он осознанно принимает, и тех, которые он вынужден исполнять [Тонков, Тонков, 2022: 236].

Семантический аспект понимания и объяснения нормы права начинает иметь все большее значение в юриспруденции, правила и принципы которой полностью обусловлены внешними и внутренними языковыми средствами. Мы способны мыслить и рассуждать на правовые темы только текстуально, поскольку правовые феномены не могут рационально существовать и действовать безотносительно строгих дефиниций. Наше индивидуальное понимание нормы и обстоятельств ее соблюдения связано, в первую очередь, с формированием и осознанием собственной нормативности. Мы не можем выйти добровольно за пределы сложившегося типа правопонимания и детерминированного жизнью целеполагания. Только интеллектуальное, физическое, психическое принуждение заставляет человека действовать помимо своей воли [Тонков, Тонков, 2022: 305]. Неоднозначность юридического языка подчеркнута и М. В. Антоновым: «На самом деле язык не является совершенным средством для формулировки и передачи наших мыслей, желаний, приказов. Но другого средства мы не имеем... семантика не позволяет полностью выразить “идею права”, его “сущность” и иные высшие начала... она всегда оставляет возможность для различных толкований самого нормативного предписания» [Антонов, 2023: 249].

Необходимо обратить внимание на множественность источников (форм) права, каждый из которых является полноценной нормативной системой, взаимодействующей со всеми остальными. Идея множественности нормативных систем позволяет осмыслить правопорядок в эволюционирующем состоянии, спрогнозировать варианты решений, исходя из развития правоотношений. Необходимо рассматривать современные нормативные системы в дискурсе релятивизма — методологического принципа, раскрывающего возможную зависимость мнений и действий

правоприменителя от многих факторов, в том числе от профессиональной (цеховой) принадлежности и иных контекстуальных обусловленностей. Особенности политико-правового развития постиндустриальных обществ в XX–XXI вв. свидетельствуют не только об исторической детерминированности, но также о контингентности юридических доктрин и корпоративных практик. Релятивистский подход позволяет связать несколько концепций в удобных для правоприменителей пропорциях, отражая в выносимых решениях философско-правовые и прецедентно-ориентированные обоснования.

Можно согласиться с тем, что в качестве базового мировоззрения советских и постсоветских юристов используется позитивизм с учетом многообразия его форм [Антонов, 2010]. Однако в последнее десятилетие в России происходит активная интеграция эмпирических исследований в академические дискурсы, в преподавательскую практику, социологическая юриспруденция приобретает реалистические формы. Анализируя юридические факты и правоотношения, правоприменитель не всегда способен установить, какой из источников нормативности в большей степени формирует его убеждения для принятия итогового решения по делу. Формулируя текст правоприменительного акта, автор не перестает испытывать влияние разноплановых источников, среди которых не всегда основополагающим окажется закон. У каждой нормативной системы существуют индивидуальные особенности формирования и способы воздействия на социальную среду. Актуализация плюрализма источниковой базы, введение в научный оборот «неканонических» форм нормативности способствует лучшему пониманию процессов правогенеза.

Библиография к главе 11:

1. *Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В.* Нормативные системы / пер. М. В. Антонова // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / К. Э. Альчуррон, Е. В. Булыгин, П. Герденфорс, Д. Макинсон; под ред. Е. Н. Лисанюк. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2013. С. 44–210.

2. Антонов М. В. Эксклюзивный позитивизм и аргументативная теория права: к полемике между Е. В. Булыгиным и М. Атиензой // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2010. № 1. С. 226–237.
3. Антонов М. В. Правовая система Германии 1933–1945 гг.: мышление в категориях конкретного порядка // Вестник РГГУ. Серия Экономика. Управление. Право. 2019. № 2. С. 128–146.
4. Антонов М. В. Ценностный дискурс в вопросе о действии норм права // Релятивизм в праве: коллективная монография / под ред. И. И. Осветимской, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетей, 2021. С. 144–168.
5. Антонов М. В. Избыточность критики позитивизма // Критические теории права: коллективная монография / под ред. Е. Н. Тонкова, И. И. Осветимской. СПб.: Алетей, 2023. С. 240–260.
6. Парсонс Т. О социальных системах / пер. с англ.; под общ. ред. В. Ф. Чесноковой, С. А. Белановского. М.: Акад. проект, 2002. 832 с.
7. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. II. 2-е изд., испр. и доп. СПб.: Типография М. Меркушева, 1910. 768 с.
8. Тонков Е. Н. (а) Множественность нормативных систем // Как возможна логика в праве: коллективная монография / под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетей, 2021. С. 362–376.
9. Тонков Е. Н. (б) Релятивизация правоприменения в современных обществах // Релятивизм в праве: коллективная монография / под ред. И. И. Осветимской, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетей, 2021. С. 35–69.
10. Тонков Е. Н., Тонков Д. Е. Правовой реализм: монография // Серия: Рах Britannica. СПб.: Алетей, 2022. 464 с.
11. Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ. Е. В. Афонасина и др.; под общ. ред. Е. В. Афонасина, С. В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. 300 с.

КОНСТИТУЦИОННО-КОНФОРМНОЕ ТОЛКОВАНИЕ: ДОКТРИНА И ПРАКТИКА

Не будет преувеличением сказать, что чествуемый в настоящем издании ученый-юрист, известный теоретик права, профессор М. В. Антонов открыл для широкой российской аудитории ведущих французских философов и теоретиков права О. Пферсмманна и М. Тропера с их дискуссией о том, является ли толкование в конституционном праве актом познания или же актом волеизъявления. Речь идет о целой серии научных работ, переведенных М. В. Антоновым на русский язык и опубликованных в Российском ежегоднике теории права, а также о проведенной им в апреле 2012 года в г. Санкт-Петербурге международной конференции (кстати, при очном участии первого из названных ученых), также посвященной толкованию в праве. Наконец, нельзя не отметить, что основные положения этой дискуссии двух маститых французских ученых были обобщены и подвергнуты критическому анализу самим М. В. Антоновым как минимум в одной из его научных публикаций [Антонов, 2015], что значительно облегчает для читателя изучение и корректное понимание их трудов.

Ключевые положения двух современных подходов к толкованию в конституционном праве — нормативистского (О. Пферсмманн) и волюнтаристского (М. Тропер), во многом основанных на различном понимании «Чистой теории права» Г. Кельзена, могут быть суммированы следующим образом. С позиции первого подхода, «научное или доктринальное толкование есть познавательный акт, тогда как “аутентичное” толкование есть акт воли, основанный на данных познания. Очевидно, что здесь речь идет о двух совершенно разных операциях»; на первом этапе «мы имеем дело с нейтральной, объективной и научной работой», а на втором «рассуждения приобретают идеологический характер»

[Пферсманн, 2011: 239–240]. Соответственно, автор признает, что «всегда остается юридическая грань между тем, что удовлетворяет конституционным требованиям, предъявляемым к норме¹, и тем, что таким требованиям не удовлетворяет» и что может рассматриваться в качестве «ошибочной нормы» [Пферсманн, 2011: 246, 248].

Второй подход сводится к тому, что «текст не обладает иным значением, кроме того, которое определено судьей. Поэтому толкование есть исключительно функция воли», причем «институциональной основой конституционного суда² является не тезис о толковании как познании, а тезис о толковании как волеизъявлении» [Тропер, 2011: 184, 188]. Неудивительно, в связи с изложенным, что «толкование является действительным, если оно исходит от органа, правомочного на толкование. Именно при этом процессуальном и формальном условии правовой порядок устанавливает правовые последствия акта толкования независимо от содержания такого акта»; из этого с неизбежностью следует, что «не существует иного “истинного” значения, кроме того, которое было выявлено компетентным органом» [Тропер, 2011: 190]. Не пытаясь участвовать в этой дискуссии, отмечу, в качестве исходной точки дальнейшего исследования, следующее: природа такого феномена, как конституционно-конформное толкование, гораздо лучше может быть объяснена и обоснована именно с позиции неореализма М. Тропера, какой бы амбициозной она ни выглядела.

Конституционный Суд Российской Федерации (далее также — КС РФ, Суд) в своей практике широко использует прием выявления конституционно-правового смысла нормы, объясняя его цели и основания следующим образом: «если Конституционный Суд Российской Федерации установит, что неконституционный смысл придается норме в результате не адекватного Конституции

¹ В данном случае под «нормой» автором, вслед за Г. Кельзенем, по-видимому, понимается акт конкретизации основной нормы, т. е., по существу, акт «аутентичного толкования», осуществляемый законодателем, судом и т. д.

² Впрочем, автор допускает, что в основе деятельности французского Конституционного совета лежит скорее понимание толкования как познавательного акта, что обеспечивает легитимность этого органа в глазах общества.

Российской Федерации ее истолкования правоприменителем, он вправе, не устраняя саму норму из правовой системы, — поскольку это может существенно повлиять на функционирование правовой системы в целом и создать трудности в правоприменении, в частности обусловленные возникшей пробельностью в правовом регулировании и необходимостью ее устранения, — восстановить ее конституционно-правовую интерпретацию, признав не противоречащей Конституции Российской Федерации в выявленном в результате конституционного судопроизводства конституционно-правовом смысле»³. Как известно, сегодня соответствующие постановления Суда прямо названы в Конституции РФ (часть 6 статьи 125) и Законе о КС РФ (статья 79 и ряд других), иных процессуальных кодексах и уравниены в своих юридических последствиях с постановлениями о признании нормы полностью или частично неконституционной.

Из числа многих примеров такого толкования приведу следующий довольно показательный: в одном деле⁴ оспаривалось положение статьи 6 Федерального закона «О персональных данных», согласно которому обработка персональных данных лица без его согласия допускается, в том числе, когда она «необходима для осуществления профессиональной деятельности журналиста и (или) законной деятельности средства массовой информации». На основании данной нормы суды признали допустимой публикацию сетевым изданием сведений о медицинском работнике (его фамилии, образования и квалификации), а также размещение негативных комментариев о нем третьих лиц (включая анонимные). Конституционный Суд РФ согласился с тем, что в принципиальном плане такая деятельность сетевого издания, выступающего площадкой для обмена мнениями о качестве оказываемых медицинских услуг (информационным посредником), вполне допустима, снабдив этот вывод в мотивировочной и резолютивной частях постановления следующими условиями:

- ранее такие данные были размещены на основании федерального закона на официальном сайте соответствующей

³ Определение Конституционного Суда РФ от 11.11.2008 № 556-О-Р.

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 25.05.2021 № 22-П.

медицинской организации и сохраняют свою актуальность;

- редакция сетевого издания обязана не допускать наличия на его сайте исходящих от третьих лиц оценок, не относящихся к профессиональной деятельности медицинского работника, а равно очевидно противоправных высказываний (т.н. премодерация);
- редакция обязана реагировать на обращения о проверке сведений, предположительно содержащих не соответствующие действительности утверждения, порочащие доброе имя медицинского работника, с целью их изменения (удаления) либо размещения опровержения (ответа) (т.н. постмодерация);
- допускается судебный запрет на распространение персональных данных медицинского работника и (или) отзывов о его профессиональной деятельности в случае, если редакция систематически пренебрегает названными обязанностями.

При анализе данного постановления нельзя не заметить следующее: очевидно, что толкование, данное норме, являвшейся непосредственным предметом проверки, далеко выходит за рамки содержания этой нормы; такое толкование в значительной степени основывается на иных нормах, в частности, Гражданского кодекса и Закона «О средствах массовой информации», регулирующих аналогичные отношения либо более общие вопросы; в остальной части это толкование основывается непосредственно на Конституции РФ, практике КС РФ и ЕСПЧ и иных источниках. Во всяком случае, можно уверенно утверждать, что рассматриваемая норма Закона «О персональных данных» ничего не говорит об «информационных посредниках», «рейтинговых сайтах», «премодерации» и «постмодерации», поскольку, безусловно, имеет гораздо более общий характер и нацелена на регулирование более широкого круга отношений.

Такой прием, применяемый российским Конституционным Судом, как выявление конституционно-правового смысла нормы, явным образом перекликается с таким приемом, используемым

Федеральным конституционным судом ФРГ (далее также — ФКС ФРГ, Суд), как конституционно-конформное или конституционно-согласованное толкование (*verfassungskonforme Auslegung*). Как следует из системного прочтения части 1 статьи 79 Закона о ФКС ФРГ и иных его норм, рассматривая конституционную жалобу, Суд может объявить данное норме иным судом в конкретном деле толкование (*Auslegung*) несовместимым с Основным законом, что, помимо прочего, влечет пересмотр правоприменительного акта, основанного на таком толковании⁵. Соответственно, резолютивная часть такого решения содержит надлежащее (наилучшим образом согласующееся с буквой и духом Основного закона) общеобязательное толкование нормы. Причем, по мнению некоторых исследователей, в данном случае нельзя вести речь о толковании (в частности, системном) в собственном смысле слова: поскольку нормы Основного закона «в гораздо большей степени функционируют как контрольные нормы», и при этом «системное толкование как таковое является всего лишь инструментом для определения содержания закона», следовательно, «конституционное толкование... преследует более далеко идущие цели», а именно «сохранение законоположения и, тем самым, избежание правового вакуума», т. е. является толкованием, «ориентированным на последствия» [Götz, 2010: 45].

Например, в одном деле⁶ перед ФКС ФРГ стоял вопрос о конституционности статей 14 и 26 (часть 2) Закона о собраниях, которые требовали от организатора публичного собрания на открытом воздухе, а также шествия подать уведомление о планировании их проведении в срок не позднее, чем за 48 часов до объявления о таком мероприятии, а также устанавливали уголовную ответственность за нарушение этого требования. В связи с этим возник вопрос о том, не препятствует ли данная мера проведению экстренных собраний (*Eilversammlungen*), которые в силу самой их специфики не планируются заблаговременно. Суд ответил на данный вопрос следующим образом: «по своему конституционно-конформному смыслу, статья 14 Закона о собраниях требует,

⁵ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (12.03.1951).

⁶ 1 BvR 850/88.

чтобы уведомление о срочном собрании было подано так скоро, как только появится возможность для этого. Обычно это происходит примерно в то же время, когда принимается решение о проведении собрания или, самое позднее, когда о нем объявляется». Тем самым Суд своим решением по существу предусмотрел исключение из общего (недифференцированного) правила, установленного законом.

Куда менее известен отечественным исследователям такой прием, бытующий в конституционном праве США, как сохраняющее истолкование (*saving construction*), используемое Верховным Судом США (далее также — ВС США, Суд) в рамках так называемой доктрины избежания конституционного вопроса (*constitutional avoidance doctrine*). Хотя позитивное право ожидаемо не содержит упоминания об этом приеме, его можно вывести из смысла части 2 статьи III Конституции США, которая гласит, что судебная власть распространяется, в частности, на все дела, «возникающие в соответствии с настоящей Конституцией, законами Соединенных Штатов и заключенными договорами», а равно на все споры, «в которых Соединенные Штаты выступают стороной»⁷. Из этого следует, по общему правилу, что суд не рассматривает конституционных вопросов без необходимости, т. е. тогда, когда дело может быть решено на основе статута, пускай даже в новой, неизвестной ранее его интерпретации (которая, к тому же, получает ограниченную обратную силу). Ученые утверждают поэтому, что данный прием следует рассматривать не как способ толкования — это ставило бы во многих случаях вопрос о соблюдении ВС США принципа разделения властей, — а как одно из средств судебной защиты от нарушения основополагающих прав, что является безусловной прерогативой данного судебного органа [Fish, 2016].

Выразительным примером обращения к этому инструменту служит рассмотренное ВС США в 2012 году дело⁸, посвященное оценке конституционности такого пункта реформы здравоохранения

⁷ U. S. Constitution, 17 September 1787.

⁸ National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U. S. 519 (2012).

нения «Obamacare», как введение штрафной санкции (penalty), которую обязано было уплачивать в федеральный бюджет всякое лицо, которое не освобождено от медицинского страхования, но не оформило медицинскую страховку (через своего работодателя либо самостоятельно). Перед Судом встал вопрос о том, имел ли федеральный законодатель полномочия вводить подобного рода штрафы; Суд ответил на него утвердительно, сославшись на установленное в Конституции США право Конгресса «устанавливать и собирать налоги» (статья 8). Для этого Суд прибег к «функциональному подходу», позволившему ему охарактеризовать данную санкцию в качестве налога: взимался данный платеж Налоговой службой США в общем порядке одновременно с подоходным налогом; при взимании не учитывалось наличие вины плательщика в его неуплате, что характерно для штрафных санкций; по своему размеру платеж обычно заметно уступал стоимости страховки, что делало более выгодным его уплату. Таким образом, хотя оспариваемое регулирование и не подверглось изменению, в него был вложен совсем иной смысл, нежели следовавший из его буквального содержания и наименования.

С учетом изложенного, можно вполне обоснованно утверждать, что выявление конституционно-правового смысла нормы является одним из универсальных методов конституционного судебного нормоконтроля и может рассматриваться как способ конституционно-правовой корректировки нормы наряду с ее дисквалификацией. То, что выявление конституционного смысла нормы не является методом или видом толкования, а потому, строго говоря, вообще не должно рассматриваться как частный случай толкования, может быть продемонстрировано следующим образом.

Считается более или менее признанным, что в праве существуют следующие *методы* толкования: грамматический (языковой), системный (системно-логический), телеологический (целевой) и исторический (контекстуальный), которые, будучи примененными в определенной последовательности, позволяют обычно выявить действительный смысл законоположения [Васьковский, 1913]. Конституционный Суд РФ использует в своей практике все эти методы, но, поскольку исторический метод находит при-

менение реже всего, будет уместным привести соответствующий пример. В одном деле Суду предстояло определить, имел ли в виду законодатель под термином «доход», использованным в нормах антимонопольного законодательства, доход в собственном смысле или же доход в смысле прибыли (доход минус подтвержденные и обоснованные расходы). Поскольку иные методы толкования, помимо языкового, не давали удовлетворительного ответа на этот вопрос, Суд также обратился к историческому методу. Он указал, в частности: «...в ранее действовавших нормах... использовался термин “прибыль, полученная в результате нарушения антимонопольного законодательства”, т.е. законодатель целенаправленно отказался от применения данной экономико-правовой категории в актуальном регулировании». Таким образом, мы видим, что данное толкование призвано обнаружить действительный смысл нормы: оно не отвечает на вопрос о том, соответствует ли эта норма требованиям соразмерности (справедливости), что, в конечном счете, является основной задачей конституционного правосудия.

Также довольно прочно укоренилось в отечественной науке представление о том, что толкование, осуществленное с помощью одного или нескольких перечисленных выше методов, с точки зрения его результата (объема), может иметь вид буквального, ограничительного или распространительного толкования [Черданцев, 2002: 281]. Действительно, результатом выявления конституционно-правового смысла нормы может быть, в том числе, и ограничительное ее прочтение (исключение из сферы ее действия тех или иных субъектов или отношений). Например, Конституционный Суд неоднократно подтверждал, что нормы процессуального законодательства, перечисляющие основания пересмотра судебного решения по новым обстоятельствам, в числе таковых имеют в виду признание незаконным и недействующим нормативного акта, положенного в основу этого судебного решения, с момента принятия этого акта (за исключением административного истца, дело которого может быть пересмотрено по такому новому обстоятельству вне зависимости от последнего условия)⁹. Таким

⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 06.07.2018 № 29-П и др.

образом, Суд подтвердил, что общее правило — новым основанием является лишь признание незаконности нормативного акта с обратной силой — имеет конституционно-оправданное исключение. Однако в иных случаях конституционно-конформное толкование, с точки зрения его объема, вполне может быть и распространительным, и даже буквальным. Это значит, в свою очередь, что оно не может рассматриваться как один из видов толкования наряду с тремя перечисленными.

* * *

С учетом всего изложенного здесь можно сделать следующий вывод: конечно, в некоторых случаях конституционно-конформное толкование может быть обусловлено юридико-технической неопределенностью нормы (ее пробельностью, многозначностью, противоречивостью); в таком случае оно имеет своим следствием восстановление действительного смысла нормы в системе правового регулирования. Вместе с тем, данное основание и цель выявления конституционно-правового смысла нормы наличествуют далеко не всегда. Как показывает практика, такое истолкование может быть дано норме, которая с юридико-технической точки зрения безупречна, но которой в правоприменительной практике — опять же, в системе правового регулирования — придается неконституционное значение; соответственно, целью в этом случае является вовсе не выявление законодательных намерений, а такая корректировка этой нормы, при которой она будет в полной мере согласовываться с конституционным регулированием. Причем такое истолкование задействует традиционные методы толкования, но не исчерпывается ими, с неизбежностью предполагая некоторую долю правотворчества. Соответственно, рамки такого акта толкования заданы отнюдь не содержанием толкуемой нормы — как это предполагается нормативистской теорией — а содержанием весьма абстрактных норм (принципов) более высокого порядка, которые и являются единственным масштабom (критерием) истинности или ложности такого толкования.

Библиография к главе 12:

1. *Антонов М. В.* О теории конституционного толкования Мишеля Тропера и о его споре с Отто Пферсманном // Научный поиск. 2015. Т. 1. № 3. С. 17–22.
2. *Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов: для начинающих юристов. М.: Братья Башмаковы, 1913. 152 с.
3. *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании / пер. с фр. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. Т. 4. С. 218–272.
4. *Тропер М.* Свобода толкования у конституционного судьи / пер. с фр. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 273–291.
5. *Черданцев А. Ф.* Теория государства и права. М.: Юрайт, 2002. 429 с.
6. *Fish E. S.* Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy // Michigan Law Review. 2016. Vol. 114. Iss. 7. P. 1275–1315.
7. *Götz A.* Die verfassungskonforme Auslegung — zugleich ein Beitrag zu ihrer Stellung im System der juristischen Methodenlehre // StudZR. 2010. No. 1. P. 21–49.

Раздел IV

**СИСТЕМНОСТЬ ПРАВА
С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ЛОГИКИ
И АНАЛИТИЧЕСКОЙ ФИЛОСОФИИ**

АНТОНОВСКАЯ СИСТЕМНОСТЬ ПРАВА В СВЕТЕ МЕТОДИКИ НОРМАТИВНЫХ СИСТЕМ ДЛЯ ЛОГИЧЕСКОГО АНАЛИЗА ЮРИДИЧЕСКИХ РЕШЕНИЙ (НА ПРИМЕРЕ ДЕЛА «ЖЕНЩИНЫ И СУД ПРИСЯЖНЫХ»)

С Михаилом Антоновым нас познакомили «Нормативные системы» — влиятельный труд по теории и философии права Карлоса Эдуардо Альчуррона (1931–1997) и Евгения Викторовича Булыгина (1931–2021) [Альчуррон, Булыгин, 2013], опубликованный впервые в 1972 г. В 2009 г., приступив к работе над его переводом на русский язык, Михаил обратился ко мне за консультацией по логической терминологии. До этого времени мой интерес к деонтической логике был ограничен ее преподаванием студентам, а философия права вообще лежала на его периферии. Сотрудничество с Михаилом Антоновым открыло новую страницу моих научных интересов и послужило входным билетом в корпорацию правоведов и специалистов по философии права, взаимодействие с которыми расширило мои представления о границах логики и философии и в смысле направлений исследований, и в смысле того, каким образом эти исследования осуществляются в разных сообществах ученых. Одним из выдающихся представителей этой корпорации был Е. В. Булыгин, известный аргентинский философ права и замечательный представитель потомственной русской интеллигенции, «этот замечательный русский», как с легкой руки Рональда Дворкина его называли зарубежные правоведы [Moreso, 2021]. Евгений Викторович, с которым нас познакомил Михаил, к моему великому удовольствию обнулil таинственного Е. Булыгина, которого уважительно благодарил за полезные комментарии сам отец-основатель деонтической логики Георг Хенрик фон Вригт

(1916–2003) на страницах «Логико-философских исследований» [Вригт Г.Х. фон, 1986: 275, 298, 305–306]. Таким странным было первое появление имени Евгения Викторовича в русскоязычных публикациях. В наших совместных проектах мотором и зачинщиком идей неизменно выступает Михаил, без его энергии и глубоких знаний они вряд ли бы состоялись. Обширная эрудиция Михаила, тонкое чувство юмора и академическая деликатность делают наше сотрудничество плодотворным, способствуя личному развитию, львиная доля добавочной стоимости которого досталась мне, в этом у меня сомнений нет.

В ряде статей Михаил Антонов развивает идею системности права, которую далее я буду называть антоновской системностью права, по аналогии с тем, как вдохновившую ее теоретико-правовую концепцию Е. В. Булыгина можно назвать булыгинским позитивизмом, эксклюзивным [Антонов, 2010] или гуманистическим [Максимов, 2018]. Михаил Антонов основывает свою идею на логическом упорядочении норм права, в противовес представлениям о системности права в духе концептуального, объективного или генеративного единства, трактуемого в качестве его необходимого атрибута, предполагающего «герметическую» замкнутость и полноту правовой системы. Истоки критикуемого им представления об атрибутивной системности права он видит в традициях советского правоведения. Практическим следствием из атрибутивной системности выступает эмпирический и случайный характер обнаружения в правовой системе признаков бессистемности вроде коллизий или пробелов, а их устранение становится похожим на исправление неудачных или со временем ветшающих формулировок норм или иных положений права. В отличие от этого, антоновская системность права подразумевает, что изначальное состояние права характеризуется не системным единством, а скорее наоборот, бессистемностью и рассогласованностью, во многом вследствие того, что нормы права создают люди, исходя из конкретных задач в меняющихся социальных условиях. Симптомами этой изменчивости, а также рассогласованности выступают не только коллизии или пробелы, свидетельствующие о противоречивости или неполноте правовой системы, но и избыточность регулирования, необходимость кодификации, толкования права

и прочих направлений его изучения. Атрибутивная системность уподобляет труд правоведов и юристов локальным и ситуативным реставрационным работам по восстановлению идеала его системности. В отличие от этого антоновская системность права превращает его в постоянную миссию, необходимую для его систематизации, в том числе и по причине меняющейся социальной реальности. «“Системный подход” к праву в некоторой степени приводит к освобождению юристов от ответственности за некачественные нормы, которые они вводят в позитивное право: если это право есть самоорганизующаяся целостность, функциональное единство, то и вводимые в него нормы будут расставлены “народным духом” (или иным высшим началом) по местам, а системность права позволит преодолеть коллизии, противоречивость и несогласованность норм, коль скоро таковые возникнут по причине введения новых норм» [Антонов, 2016: 26].

В поддержку антоновской идеи системности права мы предлагаем методику нормативных систем и опыт ее применения к делу «Женщины и суд присяжных». Методика нормативных систем — это подход к логическому анализу юридических решений средствами деонтической логики, основанный на идеях «Нормативных систем» (далее — «НС»). Предлагаемая методика отличается от подхода К. Альчуррона и Е. Булыгина главным образом тем, что авторы «НС» реконструируют родовые случаи на основе норм права, а мы делаем следующий шаг и применяем ее для анализа индивидуального случая, реконструируя индивидуальные нормы, формулируемые из родовых для данного случая. На практике это превращает подход «НС» в технологию реконструкции случаев и их решений для ситуационного анализа. Дело «Женщины и суд присяжных» — так мы назвали историю обвиненной в убийстве Алёны Сергеевны Лымарь, жалобу которой по поводу отказа в рассмотрении ее дела судом присяжных Конституционный Суд РФ (далее — КС) удовлетворил в 2016 г. [Постановление КС № 6-П, 2016].

На примере дела «Женщины и суд присяжных» мы показываем, что коллизия права, обнаруженная КС в результате рассмотрения жалоб А.С. Лымарь и других граждан, оказавшихся в схожей ситуации, коренится в том, что К. Альчуррон и Е. Булыгин назвали аксиологическим пробелом в праве [Альчуррон, Булыгин,

2013: 136–137]. По их мнению, аксиологический пробел — это конфликт релевантности норм, или конфликт ценностей, когда имеющихся норм достаточно для вынесения обоснованного решения, однако оно оказывается неудовлетворительным или несправедливым из-за того, что не берет в расчет другие нормы или идет вразрез с ними. В деле «Женщины и суд присяжных» вынесенное судебное решение отвечало нормам Конституции РФ о равенстве в правах независимо от пола и возраста и одновременно шло вразрез с ними. Антоновская системность здесь оказывается более продуктивной идеей по сравнению с атрибутивной системностью в четырех аспектах, три из которых укажем сразу, а к четвертому вернемся в конце, после реконструкции дела «Женщины и суд присяжных».

Во-первых, антоновская системность проактивна, потому что полагается на логический способ упорядочения и переупорядочения норм, независимый от их содержаний, которые могут оставаться при этом неизменными или быть изменены законодателем. В отличие от этого атрибутивная системность ретроактивна, потому что исходит из заведомой упорядоченности системы права, и ставит ее переупорядочение в зависимость от эмпирических случаев, внесения соответствующих поправок или переосмысления действующих норм из-за изменения в понимании из словесных формулировок. Примером такого переосмысления может служить хорошо знакомое слово «мать», с недавних пор трактуемое иначе, когда речь идет о суррогатной матери. «В процессе словоупотребления происходит как бы сдвиг значения. И связано это с тем, что при раскрытии содержания понятия мы не можем знать заранее, какие признаки являются существенными, несущественными, случайными, родовыми, видовыми и т. д.» [Оглезнев, Суворцев, 2021: 244].

Во-вторых, в русле атрибутивной системности вряд ли возможно иначе, нежели эмпирически, т. е. случайно, выявить аксиологический пробел вроде того, что обнаружился в деле «Женщины и суд присяжных». Послужившая его симптомом коллизия норм возникла при переупорядочении норм, уже упорядоченных так, чтобы обосновать решение суда первой инстанции об отказе в рассмотрении дела судом присяжных. Антоновская системность,

напротив, исходит из того, что никакое упорядочение норм, будь то отраслевое, кодифицирующее или ситуационное, относительно конкретного случая, не является заданным или окончательным, а, наоборот, выступает материалом для систематизации как постоянного процесса. Начиная с 2014 г. КС издал пять постановлений по схожим жалобам и обращениям, включая жалобу А. С. Лымарь, действуя по мере их поступления. Антоновская системность позволяет устанавливать релевантность норм по тому или иному юридическому вопросу, переупорядочивать их и генерировать рекомендации по правоприменению или внесению поправок в действующее законодательство, не дожидаясь поступления жалоб и обращений.

И, наконец, в-третьих, за рамками эмпирической случайности затруднительно объяснить возникновение подобной коллизии и аксиологического пробела атрибутивной системностью, а антоновская системность находится в позиции, где вообще нет нужды давать какие-либо объяснения симптомам рассогласованности в праве, потому что она трактует ее не симптоматически, а как изначальное состояние права и объект приложения необходимых усилий правоведов.

Корни идеи атрибутивной системности права М. В. Антонов усматривает в ошибочном принятии должного за действительное: «если право должно выполнить регулирующую функцию в обществе, оно может это сделать только как системное единство». Поскольку по поводу регулирующей функции права разногласий не возникает, постольку делается заключение о необходимой системности права и «не приводится никаких доказательств тому, что «должный образ права как системного единства каким-то образом транслируется в позитивное право, т. е. действующий правопорядок, и что этот правопорядок также обладает свойствами «системности»», за исключением ссылок на то, что «право «обусловлено объективной необходимостью» и отражает системные связи окружающей действительности» [Антонов, 2014b: 47–48].

Источник живучести идеи атрибутивной системности в отечественном правоведении М. В. Антонов видит в унаследованной от советского правоведения вульгаризированной марксистской парадигме базиса и надстройки и упрощенной ленинской гносе-

ологической идее отражения реальности в сознании. Нам не кажется удачной находкой сводить стойкость идеи атрибутивной системности к советскому марксизму по нескольким причинам. Во-первых, это плохо объясняет ее с философской точки зрения, хотя и может служить историческим объяснением. Вряд ли юристы сильно отличаются от обычных людей, в большинстве своем в той или иной степени признающих сложность, изменчивость и контингентность социальной реальности, вследствие чего и требуется ее регулирование с помощью права. Отмечая схожий позитивистский настрой советского правоведения и булыгинского логического позитивизма и возражая против чрезмерной критики юридического языка первого из них, Вадим Павлов подчеркивает, что «советскую юридическую догму отличает... рассмотрение нормативных элементов права в тесной связи с социально-правовыми явлениями, главное среди которых в советском правоведении отводилось правоотношению как конструкции, построенной на базе фактического, общественного отношения» [Павлов, 2021: 53]. Если бы правовая система отражала несовершенство или изменчивость социальной реальности в онтологическом смысле или выступала бы ее гносеологическим отражением, то ей скорее приписывали бы не единство и замкнутость, а, наоборот, рассогласованность, как это делает антоновская системность. Тогда лучшим объяснением стойкости атрибутивной системности служила бы проблема сущего-должного применительно к праву, на которую справедливо указывает М. Антонов¹ и которой вторит предупреждение Е. В. Бу-

¹ Одним из источников атрибутивной системности может быть путаница между необходимостью в алетическом и деонтическом смысле, отличающихся по свойству рефлексивности. Алетическая необходимость подразумевает рефлексивность, так что если предложение *A* необходимо истинно, то оно истинно во всех ситуациях, включая ту, в которой его утверждают. Таковы предложения, выражающие научные законы или устойчивые закономерности. Вследствие слабой рефлексивности, характерной для деонтической необходимости, утверждать, что предложение *B* деонтически необходимо истинно, означает, что оно (должно быть) истинно во всех ситуациях, могущих случиться в развитие той ситуации, в которой утверждают, что *B* деонтически необходимо, т.е. во всех ситуациях за исключением настоящей, когда делают это утверждение. Так происходит с нормами права, вступающими в действие не в тот момент, когда они задуманы

лыгина, что едва ли не самой большой ошибкой является смешение логических и онтологических вопросов [Булыгин, 2010: 26].

Во-вторых, К.Альчуррон и Е.Булыгин нацеливают «НС» против идеологии, настаивающей на необходимой замкнутости и полноте права, похожей на атрибутивную идею системности. Приверженность этой идеологии они диагностируют у многих юристов и правоведов, включая своих современников, и не упоминают при этом кого-либо из советских коллег, с которыми они не были знакомы во время создания «НС».

В-третьих, и это наиболее существенно, во второй части «НС» К.Альчуррон и Е.Булыгин рассматривают свойство полноты права, с которым часто увязывают атрибутивную системность, и справедливо говорят о нем не как об абсолютном свойстве, способном характеризовать систему права вообще, а как о свойстве относительном. Полнота системы права характеризует ее относительно того или иного универсума случаев, т.е. по отношению к фактической сфере некоторого юридического вопроса, и к универсуму решений, т.е. к его нормативной сфере. Оба универсума, как мы увидим далее, образованы определенными особенностями возможных эмпирических ситуаций, которые законодатель счел необходимым регулировать посредством норм права путем закрепления в них описания свойств родовых случаев, сопоставив им соответствующие решения.

Полнота правовой системы зависит от того, содержит ли она решение — действие или описание результата его выполнения, обозначим его R , деонтически определенное как обязательное — OR , дозволенное — PR , запрещенное — PhR или факультативное, т.е. нормативно безразличное — FR , для каждого такого возможного случая, множество которых может быть конечным или бесконечным. Множество случаев является конечным, если оно образовано конечным списком их свойств, и бесконечным в противоположном случае, подразумевающим, что речь идет о множестве нормативных систем, каждая последующая из которых создана на основе предыдущей, например, внесением поправок в составля-

или сформулированы законодателем, а начиная со специально устанавливаемого момента времени, например, с момента публикации в официальном источнике.

ющие ее нормы, генерирующим обновленную систему. Подобную упорядоченную последовательность нормативных систем К. Альчуррон и Е. Булыгин называют правопорядком, оставляя термин «нормативная система» для обозначения конкретных совокупностей норм, формируемых применительно к эмпирическим ситуациям, требующим юридических решений.

Для того чтобы проверить, является ли нормативная система полной относительно решений для случаев, т. е. содержит ли она решения для каждого предусмотренного в ней случая, нужно составить список случаев и осуществить их реконструкцию вместе с их решениями. Если множество возможных случаев считается бесконечным и, стало быть, речь идет о полноте правопорядка как множества упорядоченных нормативных систем, например, во времени, то для обзора случаев и их реконструкции придется прибегнуть к специальным правилам замыкания нормативной системы. В роли таких правил выступают принципы «все разрешено, что не запрещено» или «нет наказания без преступления» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 141 и след.]. Тот факт, что обсуждение полноты системы права, ключевом аспекте системности права, невозможно без уточнения (универсума) случаев, по отношению к которым желают проверить ее полноту, или без уточнения правил замыкания, ставит под сомнение атрибутивную системность, настаивающую на абсолютном характере этого постулата.

В «НС» К. Альчуррон и Е. Булыгин предложили способ анализа нормативных систем в праве при помощи деонтической логики и теории множеств. Свою задачу они видели в том, чтобы продемонстрировать важность и практическую полезность применения трех ключевых логических понятий — полноты, непротиворечивости и независимости² — для систематизации права

² В логике все три свойства являются относительными в связи с теми или иными особенностями формальной системы — множества предложений, включающего все свои следствия. Формальная непротиворечивость системы означает, что в ней нельзя вывести одновременно предложение и его отрицание, а содержательно непротиворечивая система предполагает, что существует такая ситуация или интерпретация для составляющих ее предложений, при которой они все истинны. Полнота системы может быть функциональной, семантической или синтаксической. Функциональную полноту системы определяют относительно набора операций над формулами, которые желают в ней предусмотреть,

путем реконструкции и анализа нормативных систем, их строения и правоприменения. Вот как К. Альчуррон и Е. Булыгин описывают свою мотивацию для этого: «...Право всегда понималось как нечто, имеющее определенный систематический порядок, а систематизация (т.е. плановое упорядочение) правовых предписаний традиционно рассматривалась как важная задача и для законодателя (кодификация права), и для ученого-правоведа. Ожидается, что право как система норм будет соответствовать определенным стандартам рациональности; внутренняя непротиворечивость правовых норм, равно как и их непротиворечивость в целом, является одним из таких требований. Соответственно, устранение противоречий в правовых предписаниях — основная цель науки о праве. Столь же важную роль в теории права играла и идея полноты, которая часто обсуждалась юристами и философами права под заголовком “пробелы в праве”. В конечном счете логическая независимость также является одной из преследуемых правоведами целей. Таким образом, идеи непротиворечивости, полноты и независимости вкупе с понятием правовой системы как таковой дают вполне подходящую интуитивную почву для аналитического разбора (рациональной реконструкции) данных понятий» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 49–50].

Антоновская системность права созвучна тому, каким образом К. Альчуррон и Е. Булыгин видят роль этих трех логических понятий. По их мнению, она состоит не в том, чтобы описать их применительно к праву как необходимо присущие ему свойства, а является практической, и поэтому логические характеристики права следует отличать от эмпирических аспектов применения этих понятий для анализа права. Они отвергают напоминающую атрибутивную системность правоведческую традицию полагаться на допущение, что правовые системы, с которыми юристы часто отождествляют правопорядок или право вообще, являются полными, непротиворечивыми и замкнутыми будь то в онтологиче-

и если для этого достаточно некоторого множества функций, то говорят, что относительно этого множества данная система функционально полна. Например, для классической логики высказываний функционально полным является множество из логических связей *и*, *или* и *не*, соответственно, конъюнкции \wedge , дизъюнкции \vee и отрицания \neg .

ском смысле — в силу единства происхождения, в эпистемологическом смысле — благодаря изучению и кодификации права, или в процедурном смысле — через применение специальных правил разрешения коллизий, принципов права или приемов его толкования, позволяющим *ad hoc* устранять коллизии, восполнять пробелы и осуществлять толкование права в духе системности правовой действительности. Подобные идеализации или допущения плохо объясняют возникновение коллизий, пробелов, неурегулированность социальных отношений, или, наоборот, избыточность их нормативного регулирования и прочих признаков бессистемности, постоянный характер обнаружения которых подсказывает, что именно эти признаки, а вовсе не допущения о системности, беспробельности или непротиворечивости, и есть ключевые свойства создаваемых людьми нормативных кодексов, на выявление и преодоление которых должны быть направлены усилия юристов и правоведа.

Дело «Женщины и суд присяжных» обнаружило коллизию норм Уголовно-процессуального кодекса РФ о подсудности дел и составе суда, норм Уголовного кодекса РФ о категориях преступлений и назначении наказаний с нормами Конституции. Явным образом эти три группы норм друг другу не противоречат, однако жалобы граждан на неконституционность ряда решений о подсудности их дел высветили несовместимость следствий из этих взятых совместно норм, релевантных конкретным случаям. Выяснилось, что ходатайства женщин, обвиняемых в особо тяжких преступлениях³, а также мужчин старше 65 лет, о рассмотрении их дел судом присяжных были отклонены, в то время как ходатайства мужчин моложе 65 лет в схожей ситуации были удовлетворены. С одной стороны, это шло вразрез со ст. 17, 19, 47, 55 и 123 Конституции РФ, гарантирующими равные права мужчинам и женщинам и непосредственный характер действия их прав, включая доступ к правосудию, в том числе к судопроизводству с участием присяжных. С другой стороны, для того чтобы избежать такого

³ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 18.03.2023), ч. 5 ст. 15. Особо тяжкими преступлениями признаются умышленные деяния, за совершение которых настоящим Кодексом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше десяти лет или более строгое наказание.

расхождения в доступе к правосудию, судам пришлось учитывать возраст и пол ходатайствующих, что трудно совместимо с указанными статьями Конституции. Согласно ч. 3 ст. 31 УПК РФ, подсудность дел суду присяжных зависит от того, может или нет обвиняемым в особо тяжком преступлении быть назначено наказание в виде пожизненного лишения свободы — наиболее серьезное наказание в условиях действия моратория на смертную казнь. Согласно ч. 2 ст. 57 Уголовного кодекса РФ, женщинам, а также лицам младше 18 и старше 65 лет такое наказание не назначается⁴, поэтому согласно ч. 2 ст. 30 УПК РФ их ходатайства о рассмотрении их дел судом присяжных подлежат отклонению.

Авторы «НС» предложили способ систематизации систем права через применение понятий логической полноты, непротиворечивости и независимости, позволяющий дать ответ на вопрос, является ли нормативная система, реконструирующая ту или иную юридическую проблему, непротиворечивой, содержится или нет в ней пробелы или избыточные нормы, и что нужно делать юристу или законодателю, если подобные дефекты обнаружались. Для логической науки подход К. Альчуррона и Е. Булыгина стал пионерской работой в «использовании правоведения как предварительно аналитической основы для формальных исследований» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 49]. Сразу после выхода в свет в 70-х гг. XX в. идеи «НС» не были оценены по достоинству в логическом сообществе во многом из-за того, что они не укладывались в русло академической моды того времени, нацеленной на создание новых формализмов, уточнение их свойств или разработку формальных семантик для них. Об этой ситуации свидетельствует вывод, к которому в рецензии на «НС» во влиятельном журнале *Journal Of Symbolic Logic*, одном из законодателей той моды, приходит известный логик Макс Кресвелл⁵: «данная книга не будет особо по-

⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 18.03.2023), ч. 2 ст. 57. Пожизненное лишение свободы не назначается женщинам, а также лицам, совершившим преступления в возрасте до восемнадцати лет, и мужчинам, достигшим к моменту вынесения судом приговора шестидесятипятилетнего возраста.

⁵ Учебник *Creswell M., Hughes G. Introduction to Modal Logic* (1968), выдержавший несколько переизданий и хорошо знакомый многим поколениям

лезна читателям этого журнала, однако можно надеяться, что она поможет философам права» [Creswell, 1973: 327].

К. Альчуррон и Е. Булыгин используют одно из исчислений деонтической логики, предложенное незадолго до этого Г. фон Вригтом, однако делают это в практически-прикладном ключе — так, как это стало принято делать в конце XX — начале XXI вв., когда логический инструментарий стали использовать для оперирования базами данных. На основе совокупности норм действующего права К. Альчуррон и Е. Булыгин конструируют модель, позволяющую уточнить особенности предусмотренных в них законодателем случаев, с которыми законодатель связал определенные решения. В логическом смысле это означает конструирование не формальной, а своего рода содержательной модели для интерпретации одной из вригтовских систем деонтической логики. Выражаясь языком современной логической моды, одним из пионеров которой выступил К. Альчуррон, это предполагает создание логической теории анализа баз знаний или данных в целях определения логических процедур ее упорядочения и переупорядочения, а также внесения в нее поправок или иных изменений таким образом, чтобы это устраняло из нее коллизии, пробелы или избыточные нормы, не приводя при этом к их появлению [Альчуррон, Герденфорс, Макинсон, 2013]. В дальнейшем появились не только теории оперирования базами данных, но и специальные логические формализмы для моделирования подобных баз как логических систем [Makinson, van der Torre, 2003].

В роли таковой базы как объекта использования логических операций упорядочения в «НС» выступает правовая система целиком, фрагментируемая на локальные нормативные системы. В зависимости от конкретной задачи эти операции применяются к той или иной совокупности ее норм. С точки зрения изучения свойств самой логической системы, используемой для таких процедур, речь идет о попытке создания протологики — «обобщения понятия логического до уровня оперирования знаками» [Шалак, 2014: 196]. Применительно к правовой системе можно говорить

студентов, был первым учебником по модальной логике, излагавшим модальные логики вместе с реляционной семантикой, предложенной Солом Крипке в 60-х гг. XX в.

об оперировании ее элементами, выражающими свойства случаев и действий, выступающих их решениями при помощи двух групп правил. Это собственно правила — логические правила построения умозаключений на уровне нормативных множеств, элементами которых являются нормы, а также сами нормы — установленные законодателем содержательные связи, представляющие собой «выражения (т. е. языковые высказывания), которые соотносят случаи с решениями» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 59]. Нормы можно рассматривать как содержательные ad hoc правила решения случаев, хотя это будет специфическим использованием слова «правило».

Если нормы связывают родовые случаи с решениями так, как это предусмотрел законодатель, то нормативные множества похожи на формальные системы и позволяют с их помощью вывести логические следствия с учетом эмпирических свойств случая, так что эти следствия являются нормативными, потому что дают деонтическую определенность действию, выступающему решением. «Нормативное множество — это множество высказываний, среди следствий из которого есть такие, что устанавливают связи между случаями и решениями. Всякое нормативное множество, содержащее все свои следствия, соответственно будет называться нормативной системой. Когда среди следствий множества высказываний есть такое, что связывает случай и решение, мы будем говорить, что это множество имеет нормативные следствия» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 91]. Норма, связывающая случай с решением по воле законодателя, отличается от нормативного множества, элементом которого она является, тем, что последнее, если оно обладает свойством полноты, включает все свои логические следствия, связывая с решением каждый из принадлежащих ему случаев. Иными словами, если нормы задают ad hoc правила получения решений как для родовых, так и для индивидуальных случаев, то нормативные множества замкнуты на логические правила, обеспечивая логические связи между случаями и решениями.

Для логиков нормы — это модальные предложения с деонтическими операторами, они могут быть выражены простыми или условными предложениями. В отличие от этого К. Альчуррон и Е. Булыгин, как это принято в правоведении, к нормам относят

лишь то, что логики назвали бы условными нормами, и считают решением, т. е. самостоятельной частью нормы, то, что логики называют абсолютной нормой. Авторы «НС» под нормативной системой понимают любое непустое множество норм, которое, помимо норм, может включать и другие элементы — определения, принципы и т. п. Это означает, что образовать нормативную систему может и одна норма. Случай — это описание (свойств) фактических ситуаций, к которым применима данная норма, а решение — это установление деонтического статуса того или иного действия. Описание случая обычно выражено в гипотезе нормы, а действия — в диспозиции или санкции, поэтому понимание нормы как того, что связывает случай с решением, превращает ее из предложения в своего рода правило содержательного выведения решения из случая, напоминающее хорошо знакомые логикам формальные правила. Правоведы видят в нормах генерируемые законодателем общеобязательные правила поведения для регулирования социальных отношений. Это понимание нормы проливает свет на двоякую природу нормы: ее формальный аспект установления связи между случаем и решением, моделируемый средствами деонтической логики, и описательный аспект, в силу которого нормы и их совокупности порождают нормативные системы, моделируемые средствами теории множеств и развиваемой в «НС» логической теории упорядочения баз данных. Таким образом, упорядочение системы права средствами логики, на которое нацелена антоновская системность права, позволяет осуществлять его систематизацию независимо от того, как в нем сложились отраслевые конвенции и каким образом законодатель связал случаи с решениями в той или иной норме, учитывая и то, и другое в качестве содержательных аспектов в ходе создания нормативных множеств.

Обратимся к делу «Женщины и суд присяжных», чтобы проиллюстрировать применение понятий «случай», «решение», «нормативная система» и «нормативное множество», которые из соображений стиля будут немного упрощены по сравнению с их первоначальной версией в «НС».

23 февраля 2015 года в селе Бреды Челябинской области 4-месячная девочка была найдена мертвой, она скончалась от травм,

вызванных ударами тупым предметом по голове. Через три года после этого, 15 февраля 2018 года, местный суд признал ее мать, 24-летнюю Алёну Чеченёву (Лымарь), виновной в убийстве своей 4-месячной дочери по ч. 2 ст. 105 УК РФ⁶ и осудил ее на 10 лет лишения свободы. А. Чеченёва вину не признала. В суде она заявила, что дочь ударила головой, когда выпала из кровати, и утверждала, что подняла ее и положила обратно, а через некоторое время обнаружила, что девочка не дышит. Дело рассмотрел суд присяжных, вынесший подсудимой обвинительный вердикт, признав ее не заслуживающей снисхождения.

Это был второй обвинительный приговор суда в отношении А. Лымарь за убийство малолетней дочери. В промежутке между двумя решениями она вышла замуж и сменила фамилию на Чеченёва. Впервые А. Лымарь была приговорена за это убийство к 8 годам лишения свободы по той же статье в ноябре 2015 года Брединским районным судом. Суд под председательством профессионального судьи отказал ей в рассмотрении дела с участием присяжных заседателей в соответствии с частью 2 статьи 30 Уголовно-процессуального кодекса России⁷, которая гласит, что судом присяжных могут быть рассмотрены только дела подсудимых, обвиняемых в особо тяжких преступлениях, наказуемых пожизненным лишением свободы, если подсудимые ходатайствуют о таком рассмотрении. Поскольку наказание в виде пожизненного лишения свободы не назначается женщинам, а также лицам моложе 18 и старше 65 лет, постольку к нему не могли приговорить А. Лымарь, обвиняемую в убийстве. На основании этого суд отклонил ее ходатайство о рассмотрении дела с участием присяжных

⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 18.03.2023), ч. 2 ст. 105, в) Убийство малолетнего или иного лица, заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии наказывается лишением свободы на срок от восьми до двадцати лет с ограничением свободы на срок от одного года до двух лет, либо пожизненным лишением свободы, либо смертной казнью.

⁷ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 18.03.2023), ч. 2 ст. 30. Суд первой инстанции рассматривает уголовные дела в следующем составе: 1) судья федерального суда общей юрисдикции — уголовные дела о всех преступлениях, за исключением уголовных дел, указанных в пунктах 2–4 настоящей части.

заседателей. А. Лымарь обратилась с жалобой в КС на неконституционность положений ч. 2 ст. 30 и ч. 3 ст. 31 УПК, которая была удовлетворена 25 февраля 2016 года.

КС признал содержание п. 1 ч. 3 ст. 31 УПК⁸ не соответствующим статьям 17, 19, 47, 55 и 123 Конституции России, которые устанавливают равные права мужчин и женщин на доступ к правосудию, включая судопроизводство с участием присяжных заседателей, и постановил, что федеральному законодателю надлежит внести в УПК РФ «изменения, обеспечивающие женщинам реализацию права на рассмотрение их уголовных дел судом с участием присяжных заседателей, как это право определено Конституцией Российской Федерации, на основе принципов юридического равенства и равноправия и без какой бы то ни было дискриминации», а правоприменительные решения по делу А. Лымарь — пересмотреть с учетом данного Постановления (Постановление № 6-П от 25.02.2016).

14 марта 2016 года областной суд отменил приговор, освободил А. Лымарь из-под стражи и отправил дело на пересмотр, а 15 февраля 2018 года присяжные приговорили ее к лишению свободы, на этот раз — к 10 годам.

Универсумом свойств авторы «НС» называют список свойств случаев, регулируемых данной нормой или совокупностью норм. Описание случая выражает конъюнкция этих свойств или их отрицаний. Универсум действий образован действиями, предусмотренными в диспозиции или санкции нормы, а универсум решений — это формулируемое на основе диспозиции нормы множество деонтически квалифицированных действий для каж-

⁸ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 18.03.2023), ч. 3 ст. 31. Верховному суду республики, краевому или областному суду, суду города федерального значения, суду автономной области, суду автономного округа, окружному (флотскому) военному суду подсудны: 1) уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 105, частью второй, 131, частью пятой, 132, частью пятой, 134, частью шестой, 228.1, частью пятой, 229.1, частью четвертой, 277, 281, частью третьей, 295, 317, 357 Уголовного кодекса Российской Федерации, за исключением уголовных дел о преступлениях, совершенных лицами в возрасте до восемнадцати лет, и уголовных дел, по которым в качестве наиболее строгого вида наказания не может быть назначено пожизненное лишение свободы.

дого из этих случаев. Для упоминаемой в деле «Женщины и суд присяжных» ч. 2 ст. 57 УК РФ универсум свойств состоит из трех свойств:

Быть женщиной — Ж;

Быть лицом, совершившим преступление в возрасте до 18 лет — $L < 18$;

Быть лицом, достигшим 65 лет на момент вынесения приговора — $L > 65$.

Универсум действий состоит из одного единственного действия:

Назначить наказание в виде пожизненного лишения свободы — N ,

которое в решениях может быть представлено его совершением — N или воздержанием от совершения — $\neg N$. Универсум решений образован следующими решениями, деонтически квалифицирующими N , которые, если нужно, могут быть переформулированы и как деонтические квалификации $\neg N$:

Запрещено назначать — PhN , или Обязательно не назначать — $O\neg N$;

Дозволено назначить — PN .

На рис. 1 представлена логическая матрица нормативной системы, образованной ч. 2 ст. 57 УК РФ. Знаки + и — обозначают, что свойство имеется или, наоборот, отсутствует в данном случае.

Случай 8 характеризуется отсутствием всех трех свойств, когда среди обвиняемых в преступлении нет ни женщин, ни лиц моложе 18 лет на момент его совершения или старше 65 лет на момент вынесения приговора:

$\neg J \wedge \neg L < 18 \wedge \neg L > 65$.

Случай 7:

$J \wedge \neg L < 18 \wedge \neg L > 65$

— это и есть случай А. Лымарь. Этот же Случай 7 был рассмотрен в Постановлении КС РФ № 13-П от 11.05.2017 по запросу Ленинградского областного суда о ходатайстве обвиняемой в особо тяжком преступлении по ч. 5 ст. 228 (покушение на незаконный сбыт наркотических средств в особо крупном размере) УК РФ

Свойства	<i>L</i> < 18	<i>L</i> > 65	Ж	Решения
Случаи				
1	+	+	+	<i>PhN</i>
2	+	+	-	<i>PhN</i>
3	+	-	+	<i>PhN</i>
4	+	-	-	<i>PhN</i>
5	-	+	+	<i>PhN</i>
6	-	+	-	<i>PhN</i>
7	-	-	+	<i>PhN</i>
8	-	-	-	<i>PN</i>

Рис. 1. Логическая матрица 1 случаев и решений для нормативной системы для ч. 2 ст. 57 УК РФ

и пунктом «б» части четвертой его статьи 229.1 (контрабанда наркотических средств в особо крупном размере) о рассмотрении ее дела судом присяжных.

Случай 6 — это ситуация, когда обвиняемому лицу было более 65 лет на момент вынесения приговора. Он был рассмотрен в Постановлении КС РФ № 7-П от 16.03.2017, удовлетворившем жалобу обвиняемого в убийстве на отклонение ходатайства о рассмотрении дела судом присяжных, аналогичную жалобе А. Лымарь, с которой обратился мужчина старше 65 лет.

Логическая матрица 1 получившейся нормативной системы для ч. 2 ст. 57 УК РФ говорит, что она полна, так как содержит решения для каждого возможного случая, образованного свойствами, указанными законодателем в диспозиции нормы, не избыточна, так как для каждого случая предусматривает не более одного решения, и непротиворечива ввиду отсутствия случаев с несовместимыми решениями.

Вместе с тем логической матрицы 1 и соответствующей ей нормативной системы может оказаться недостаточно для реконструкции эмпирических случаев, когда в решении участвуют и другие нормы, и стало быть, требуется брать в расчет свойства, указанные в них, которые не упоминаются в ч. 2 ст. 57 УК РФ.

Так, несмотря на то, что описания случаев в логической матрице 1 можно понимать как касающиеся преступлений, совершенных группой, в составе которой имеются лица, характеризующиеся свойствами, указанными в ч. 2 ст. 57 УК РФ, Случай 4 предполагает включение в универсум свойств особых свойств, релевантных нормам, регулирующим порядок судопроизводства по делам несовершеннолетних обвиняемых.

Случай 4 был рассмотрен в Постановлении КС РФ № 16-П от 20.05.2014 по жалобе на отклонение ходатайства о рассмотрении судом присяжных дела несовершеннолетнего, обвиненного в особо тяжких преступлениях. В отличие от Случаев 7 и 6, где речь шла о рассмотрении дел обвиняемых женщины и мужчины старше 65 лет соответственно, в отношении ходатайства несовершеннолетнего КС признал соответствующим Конституции п. 1 ч. 3 ст. 31 УПК РФ, «не предполагающий возможность рассмотрения судом с участием присяжных заседателей уголовных дел о преступлениях, совершенных лицами в возрасте до восемнадцати лет, которым в силу положений Уголовного кодекса Российской Федерации не могут быть назначены пожизненное лишение свободы или смертная казнь, соответствующим Конституции Российской Федерации, поскольку им определяется подсудность таких дел исключительно на основании закона, с учетом особенностей производства по уголовным делам несовершеннолетних и установленных для них дополнительных процессуальных гарантий, включая право на рассмотрение дела коллегией из трех профессиональных судей и расширенные возможности апелляционного обжалования». Главным основанием для этого КС посчитал необходимость обеспечения того, чтобы обвиняемые могли «предвидеть и взвесить правовые последствия своего выбора, который может оказаться весьма затруднительным, прежде всего для несовершеннолетних — ввиду их возрастных, психоэмоциональных и интеллектуальных возможностей по восприятию и оценке информации» [Постановление КС РФ № 16-П от 20.05.2014]. Иными словами, в Случае 4 КС посчитал необходимость такой защиты несовершеннолетних важнее конституционного принципа равенства, которым КС руководствовался в решениях Случаев 6 и 7. Случай 4 затрагивается и в Постановлении КС РФ № 20-П от 22.05.2019, где, на-

против, КС посчитал приоритетным право совершеннолетнего обвиняемого в совершении особо тяжкого преступления, совершенного совместно с несовершеннолетним, заявившего ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных, и отклонил жалобу несовершеннолетнего на отказ выделить его дело в отдельное производство и рассмотреть судом в составе профессионального судьи в ситуации, когда были удовлетворены ходатайства совершеннолетних о рассмотрении дела судом с участием присяжных.

Нормативное множество в деле «Женщины и суд присяжных», позволяющее вывести нормативное суждение, выступающее содержанием судебного решения, помимо нормы, связывающей Случай 7 в качестве родового, или общего, и с его решением, указанном в этой строке, включает также описание соответствующих эмпирических свойств, образующих индивидуальный случай А. Лымарь [Булыгин, 2018: 186].

Составим логическую матрицу для нормативной системы, образованной ч. 5 ст. 15 УК, ч. 2 ст. 30 и ч. 3 ст. 31 УПК. В универсум свойств, релевантных делу «Женщины и суд присяжных», входят следующие указанные в них свойства:

ПЗ — лицо обвиняется в особо тяжком преступлении, за которое в качестве наказания может быть назначено пожизненное заключение;

X — лицо ходатайствует о рассмотрении своего дела судом с участием присяжных.

Универсум действий в деле «Женщины и суд присяжных» образован следующим множеством действий:

С1 — дело подлежит рассмотрению судом в составе профессионального судьи;

С2 — дело подлежит рассмотрению судом с участием присяжных.

Универсум решений состоит из следующих деонтических квалификаций этих действий, представляющих собой пару действий, невыполнимых совместно в одном и том же судебном разбирательстве, т. е. $\neg (OC1 \wedge OC2)$:

OC1 — обязательно, что дело подлежит рассмотрению судом в составе профессионального судьи;

OC2 — обязательно, что дело подлежит рассмотрению судом с участием присяжных.

На рис. 2 представлена логическая матрица 2 случаев, образованная этими универсумами.

Свойства	ПЗ	Х	Решения
Случаи			
1	+	+	$O \neg C1 \wedge OC2$
2	+	-	$OC1 \wedge O \neg C2$
3	-	+	$OC1 \wedge O \neg C2$
4	-	-	$OC1 \wedge O \neg C2$

Рис. 2. Логическая матрица 2 случаев и решений для нормативной системы ч. 5 ст. 15 УК, ч. 2 ст. 30 и ч. 3 ст. 31 УПК

Теперь добавим в нее интересующее нас здесь свойство из ч. 2 ст. 57 УК РФ, отвлекаясь для краткости от двух других указанных в ней свойств $L < 18$ и $L > 65$, и сформируем общую матрицу случаев для нормативной системы дела «Женщины и суд присяжных».

Свойства	ПЗ	Х	Ж	Решения
Случаи				
1	+	+	+	$OC1 \wedge O \neg C2$
2	+	+	-	$O \neg C1 \wedge OC2$
3	+	-	+	$OC1 \wedge O \neg C2$
4	+	-	-	$OC1 \wedge O \neg C2$
5	-	+	+	$OC1 \wedge O \neg C2$
6	-	+	-	$OC1 \wedge O \neg C2$
7	-	-	+	$OC1 \wedge O \neg C2$
8	-	-	-	$OC1 \wedge O \neg C2$

Рис. 3. Логическая матрица 3 случаев и решений для нормативной системы ч. 5 ст. 15 УК и ч. 2 ст. 57 УК РФ, ч. 2 ст. 30 и ч. 3 ст. 31 УПК РФ

Теперь нетрудно увидеть аксиологический пробел. Случаю 1 из логической матрицы 2 соответствует два разных случая из логической матрицы 3 — Случай 1 и Случай 2, решения которых противоположны. Напомним, что аксиологический пробел возникает, когда система содержит решение для данного случая, но оно неудовлетворительно из-за того, что имеется неясность в вопросе о релевантности свойств. В деле «Женщины и суд присяжных» это вопрос о релевантности свойства «быть женщиной», которое является релевантным, согласно ч. 2 ст. 57 УК РФ, и, по умолчанию, для ч. 2 ст. 30 и ч. 3 ст. 31 УПК РФ, хотя и не упоминается напрямую в них, и не должно считаться релевантным при определении подсудности дела и состава суда, исходя из ст. 17, 19, 47, 55 и 123 Конституции РФ. Как подчеркнул КС РФ в Постановлении № 13-П от 11.05.2017, «женщине, обвиняемой в преступлении, за совершение которого в качестве наиболее строгого вида наказания соответствующей статьей (частью статьи) Уголовного кодекса Российской Федерации предусматривается пожизненное лишение свободы или смертная казнь, — при том, что уголовное дело по обвинению мужчины в совершении такого преступления при тех же условиях может быть рассмотрено судом в составе судьи и коллегии из двенадцати присяжных заседателей — должно предоставляться право на рассмотрение ее уголовного дела тем же судом и в таком же составе, что и мужчине».

Данный случай не образует пробела в смысле неполноты системы, поэтому в духе атрибутивной системности коллизия норм, выявленная в деле А. Лымарь, предстает контингентной, обусловленной данным эмпирическим случаем. Однако тот факт, что КС РФ в постановлениях неоднократно возвращался к коллизии тех же норм в ходе рассмотрения ряда жалоб по разным делам, т. е. в разных эмпирических случаях, и принимал неодинаковые решения, исходя из релевантности одних свойств в одном случае и из релевантности других свойств — в другом случае, говорит в пользу антоновской системности права. Она позволяет не только объяснить, почему возникает аксиологический пробел в условиях, когда необходимо учитывать различные свойства, но указывает путь для того, чтобы предотвратить их возникновение. Этот путь заключается в целенаправленных усилиях правоведов по систе-

матизации системы права путем генерирования локальных нормативных систем и их проверки на полноту, непротиворечивость и избыточность.

В практическом смысле может оказаться не столь заметным различие между тем, чтобы устранять пробелы и коллизии в праве, реагируя на эмпирические вызовы в ретроактивном режиме, как это происходило в деле «Женщины и суд присяжных», по сравнению с тем, чтобы, не дожидаясь их, действовать целенаправленно в проактивном режиме, трактуя выявление подобных признаков рассогласованности как сигнал о необходимости приступить к упреждающей проверке. Институты правовой системы и сообщества правоведов и юристов, действующие на постоянной основе, в значительной степени скрадывают это различие. Тем не менее, его высвечивают программы цифровизации права, перехода к машиночитаемым документам и электронному правосудию. Этим современным тенденциям будет препятствовать ретроактивный режим, требующий отмены или пересмотра решений в ручном режиме при возникновении дополнительных обстоятельств [Тимошина, Лисанюк, 2021]. Цифровизация правосудия и есть четвертый аспект того, почему антоновская системность дает лучший результат по сравнению с атрибутивной системностью.

Библиография к главе 13:

1. *Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В.* Нормативные системы / пер. с англ. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / под ред. Е. Н. Лисанюк. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2013. С. 44–210.
2. *Альчуррон К. Э., Герденфорс П., Макинсон Д.* Логика теории изменения: функции ревизии и сокращения через частичное пересечение / пер. с англ. Д. Тискина // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / под ред. Е. Н. Лисанюк. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2013. С. 318–343.
3. *Антонов М. В., Лисанюк Е. Н.* Нормативные системы в теории права и логике норм // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / К. Э. Альчуррон, Е. В. Булыгин, П. Гер-

- денфорс, Д. Макинсон; под ред. Е. Н. Лисанюк. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2013. С. 4–43.
4. Антонов М. В. Эксклюзивный позитивизм и аргументативная теория права: к полемике между Е. В. Булыгиным и М. Атиензой // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2010. № 1. С. 226–237.
 5. Антонов М. В. (а) О системности права и «системных» понятиях в правоведении // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 1 (312). С. 24–42.
 6. Антонов М. В. (б) Теоретические альтернативы систематизации права (к логике нормативных систем) // Проблемы методологии и философии права: сборник статей международного круглого стола / под общ. ред. С. Н. Касаткина. Самара, 2014. С. 47–56.
 7. Антонов М. В. К вопросу о системности права // Журнал гуманитарных наук. 2015. № 11. С. 17–22.
 8. Булыгин Е. В. (а) Понятие действительности // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2016. № 4. С. 16–33.
 9. Булыгин Е. В. (б) Судебные решения и правотворчество // Избранные работы по теории и философии права. СПб.: Алеф-Пресс, 2016. С. 183–199.
 10. Вригт Г. Х. фон. Логико-философские исследования: Избранные труды / пер. с англ.; общ. ред. Г. И. Рузавина и В. А. Смирнова; сост. и авт. предисл. В. А. Смирнов. М.: Прогресс, 1986. 600 с.
 11. Лисанюк Е. Н., Тимошина Е. В. Логические аспекты обоснования решения // Как возможна логика в праве / под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2021. С. 211–231.
 12. Максимов С. И. Право як нормативна система: «гуманістичний» позитивізм Євгенія Булигіна // Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Серія: Філософія, філософія права, політологія, соціологія. 2018. Т. 3. № 38. С. 53–66.
 13. Оглезнев В. В., Суrowцев В. А. С небес на землю: от begriffsjurisprudenz к аналитической юриспруденции // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2021. № 63. С. 241–246.
 14. Павлов В. И. Мир юридического позитивизма и антропологическое измерение права // Как возможна логика в праве / под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2021. С. 27–70.
 15. Шалак В. И. Протолирика и ее структура // Логические исследования. 2014. Т. 20. С. 196–210.

16. *Makinson D., van der Torre L.* What is Input/Output Logic? / eds B.Löwe, W.Malzkom, T.Räsch // *Foundations of the Formal Sciences II. Trends in Logic.* Vol. 17. Dordrecht: Springer, 2003. doi.org/10.1007/978-94-017-0395-6_12.
17. *Creswell M.* Carlos Alchourron and Eugenio Bulygin. *Normative Systems // Journal of Symbolic Logic.* 1973. Vol. 38(2). P. 326–327.
18. *Moreso J. J.* Eugenio Bulygin (1931–2021): The Wonderful Russian // *Ratio Juris.* 2021. Vol. 34(3). P.282–285. doi.org/10.1111/raju.12325.
19. Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 16-П от 20.05.2014 по делу о проверке конституционности пункта 1 части третьей статьи 31 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина В. А. Филимонова [Электронный ресурс]. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision161778.pdf> (дата обращения: 30.03.2023).
20. Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 6-П от 25.02.2016 по делу о проверке конституционности пункта 1 части третьей статьи 31 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки А. С. Лымарь [Электронный ресурс]. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision224417.pdf> (дата обращения: 30.03.2023).
21. Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 7-П от 16.03.2017 по делу о проверке конституционности положений пункта 2 части второй статьи 30 и пункта 1 части третьей статьи 31 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, части второй статьи 57 и части второй статьи 59 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина В. Д. Лабусова [Электронный ресурс]. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision265152.pdf> (дата обращения: 30.03.2023).
22. Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 15-П от 06.06.2017 по делу о проверке конституционности пункта 1 части третьей статьи 31 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Ленинградского областного суда [Электронный ресурс]. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision274684.pdf> (дата обращения: 30.03.2023).
23. Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 13-П от 11.05.2017 по делу о проверке конституционности пункта 1 части третьей статьи 31 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Ленинградского областного суда [Электронный ресурс]. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision271547.pdf> (дата обращения: 30.03.2023).

24. Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 20-П от 20.05.2019 по делу о проверке конституционности пункта 21 части второй статьи 30 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Ленинградского областного суда [Электронный ресурс]. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision403355.pdf> (дата обращения: 30.03.2023).

СИСТЕМНОСТЬ КАК МЕТОД ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВА

14.1. Постановка проблемы

Идея «системности» права (и производные от нее «правовая система», «система права», «систематизация» и т.д.) оказалась настолько жизнеспособной, всепроникающей и всеобъемлющей, что основательно закрепилась в отечественной юридической науке и надолго завладела умами правоведов, «верящих в чудодейственную метафору “системности” права» [Антонов, 2014: 40]. Воспринимать «системность» как очевидный и необходимый признак (свойство) права в постсоветской юриспруденции стало само собой разумеющимся, неоспоримым подтверждением его онтологического характера. Объективистское понимание «системности» (как единства во множестве), в свою очередь, позволило наделить право практически сверхъестественными способностями и представить его как идеальный инструмент социальной регуляции; инструмент (наподобие «ключа от всех дверей»), который подходит для любых ситуаций и способен оправдать любое решение. В подобной идеализации права, конечно, нет ничего плохого, но только если она рассматривается как теоретическая конструкция или философско-правовая концепция, а не как средство идеологической легитимации текущего положения дел. В противном случае, «системность» права становится не просто «расплывчатой метафорой», метафизически неопределенной сущностью или «фантазмом» [Antonov, 2015], а удобной «идеологической ширмой», позволяющей прикрывать политические притязания самого разного толка [Антонов, Лисанюк, 2013: 10].

На это, казалось бы, очевидное обстоятельство — «некритическое применение к позитивному праву “системной” иллюзии» [Антонов, 2014: 26] — обратил внимание М. В. Антонов. И не просто

обратил внимание, а подверг «системность» права в том виде, в каком она понимается в отечественной теоретической юриспруденции, тщательному анализу и местами даже бескомпромиссной критике. Важно отметить, что аргументы М. В. Антонова были направлены не на оголтелую критику теоретических конструкций отдельных отечественных правоведов, тематизирующих системность как онтологическую характеристику права. Напротив, его аргументы основывались на внимательной ревизии имеющихся подходов, осторожном обнаружении и аккуратном обнажении их концептуальных недостатков, одни из которых он пытался нивелировать, а другие — элиминировать. Опираясь преимущественно на методологические установки нормативизма Г. Кельзена и социологии науки Н. Лумана, М. В. Антонов стремился оспорить доминирующее в постсоветской юридической науке представление, что «право есть самоорганизующаяся целостность, функциональное единство» [Там же], а потому свойство «системности» должно выступать необходимой характеристикой внутренней структуры права. Вслед за Г. Кельзеном он отстаивает идею, что «для описания конструируемого юристами единства права вполне достаточно термина “правопорядок”» [Антонов, 2014: 35], и предлагает «производные от “системы” термины сохранить для компаративистских исследований правовых культур (семей, систем)» [Антонов, 2014: 41–42]. Надо признать, что выводы и аргументы, предложенные М. В. Антоновым, выглядят весьма убедительно, выверено и обоснованно.

Но в данной работе я не намереваюсь реконструировать или подробно разбирать его критическую позицию в отношении «системности» права. Те, кто разделяет его подход, прекрасно понимают, почему он пришел к тем или иным выводам, а объяснение для тех, кто не понимает (поэтому, возможно, и не разделяет), выходит за рамки моего исследования. Тем более, что М. В. Антонов в присущей ему изящной литературной манере искусного владения языковыми конструкциями может сделать это гораздо лучше, чем автор этих строк. И хотя я поддерживаю общее направление его аргументации, но отдельные положения его подхода, на мой взгляд, нуждаются в некотором уточнении и дальнейшем развитии. Ведь, как известно, «дьявол в деталях». Мне кажется, что

М. В. Антонов занимает слишком радикальную позицию, предлагая отказаться от «системного» понимания позитивного права в пользу идеи его упорядоченности и структурированности, потому что, по его мнению, ««системные» понятия и схемы, как ни парадоксально, разрушают целостное описание правового порядка» [Антонов, 2015: 5]. Действительно, объективистское понимание «системности» не способно объяснить хотя бы тот факт, что системность права во многом *задается* деятельностью правоприменителей и ученых юристов. Я же считаю, что «системная» терминология применительно к описанию права все же может оказаться весьма полезной, но только если, воспользовавшись замечательной метафорой Г. Л. А. Харта, «мы обращаемся с ней аккуратно, надевая специальные резиновые перчатки “эмпирической методологии”, иначе мы рискуем подхватить инфекцию “метафизики”» [Харт, 2017: 234]. Мой основной тезис, таким образом, заключается в том, что «системность» можно интерпретировать как особую методологическую конструкцию, вполне применимую к анализу права. И далее я постараюсь это объяснить на двух примерах: «аксиоматизации» конституции и идеи иерархических нормативных систем Е. В. Булыгина.

14.2. Системность науки vs. системность права

М. В. Антонов верно отмечает, что «проблематика системности перекочевала в социальную философию из сферы точных наук» [Антонов, 2014: 29]. Но это заимствование оказалось некритическим и поверхностным. В результате примитивизации в правовых исследованиях такого важного для философии науки и теории систем понятия, как «системность», его изначально однозначное значение оказалось расплывчатым, неясным, неопределенным. Это привело к тому, что фундаментальные «вопросы о единстве права, об объективности его структуры и другие соприкасающиеся с проблематикой системности вопросы» были редуцированы до довольно банального вопроса о том, «обладает ли право свойством системности» [Антонов, 2014: 30]. М. В. Антонов обоснованно считает, что этот вопрос некорректно сформулирован,

поскольку может создаться впечатление, что он предполагает однозначный ответ в формате «да» или «нет». Но дело не в том, что любой из ответов, действительно, будет малоинформативным, тривиальным и, в конечном счете, неспособным объяснить сущность позитивного права, а в том, допустимо ли вообще приписывать свойства формальных систем (непротиворечивости, полноты, независимости, компактности и т. д.) тому, что формальной системой, очевидно, не является. Этот примечательный факт многими правоведами традиционно оставлялся без внимания или просто игнорировался [Ratti, Rodríguez, 2015: 137]. Возможно, отчасти потому, что удобно обсуждать системность права, наделив его нерелевантными свойствами как бы *задним числом*. Например, констатация непротиворечивости права (утверждение о наличии у права этого свойства) объясняется его системным характером, а не наоборот — если право считается системой, то оно должно быть непротиворечивым. Проблема, однако, состоит в том, что «система» в теории систем понимается несколько иначе, а именно, как такой объект, свойства которого нельзя описать, указав все свойства его элементов. Свойство целостности, единства не выводится из свойств элементов системы и не сводимо к простой сумме их свойств. Интегральная характеристика целостности, по которой данная совокупность может быть выделена из остального мира, не выводится из свойств объектов, объединяемых в систему [Федулов, Юсов, 2015: 6–7]. Об этом не следует забывать, особенно когда возникает желание описать позитивное право в «системных» терминах. Именно этой позиции, как представляется, придерживается М. В. Антонов, поскольку он считает, что «можно мыслить право как единый объект, не разделяя при этом постулат об онтологическом единстве права, о его так называемой системности» [Антонов, 2015: 4].

Тем не менее, «системная» методология к анализу позитивного права применима. Отдельные типы юридического дискурса можно *уподобить* аксиоматическим построениям в том смысле, который этому построению придается в исследованиях по логике и методологии дедуктивных наук [Тарский, 1948]. Речь здесь идет не о том, что юриспруденция должна в полной мере соответствовать требованиям, предъявляемым, например, к логике и математике. Юри-

спруденция не является чисто формальной наукой, поскольку оперирует понятиями, содержание которых в значительной степени задается историческими и культурными обстоятельствами. Однако, в отличие от других гуманитарных и социальных дисциплин, так или иначе связанных с описанием сложившихся общественных отношений, юриспруденция стремится основать свои построения на однозначном прояснении содержания своих понятий и на следовании безусловным правилам логики в практике правоприменения. Черты дедуктивной системы присущи юриспруденции ровно в той мере, в которой, основываясь на принципах рационального построения, она *стремится представить* свои достаточно разнородные части в качестве связной и когерентной системы (именно «стремится представить», ориентируясь на формальные построения, принятые в дедуктивных науках).

В этом отношении важную роль может сыграть *аналогия* между высшей формой дедуктивного построения — аксиоматическими системами (или системами аксиом) — и стремлением представить отдельные области права в виде логически связного (непротиворечивого) дискурса. Здесь речь не идет об аксиоматизации всего права (это вряд ли возможно, хотя такие попытки иногда предпринимаются [Sandro, 2011; Madej, Horák, 2018]), вопрос в том, что некоторые области права можно *уподобить* способу построения и трактовке аксиоматических систем [Егоров, 2001: 166–217]. Это привело нас к выводу, что такая аналогия вполне применима к конституции, как основному закону, который может трактоваться как неформальная аксиоматическая система [Оглезнев, Суровцев, 2015]. Аналогия правомерна в той степени, в которой положения конституции рассматриваются в качестве основополагающих правовых установлений, подобно тому, как в формальных науках аксиомы рассматриваются в качестве основоположений, задающих главные черты формальной системы. При таком подходе понимание конституции как основного закона в значительной степени меняется. Конституционные нормы в таком случае приобретают форму контекстуальных определений основных понятий, с помощью которых формулируются другие правовые нормы. То есть сама по себе конституция может рассматриваться в качестве когерентного, непротиворечивого дискурса,

контекстуально задающего смысл основных юридических терминов [Оглезнев, Суровцев, 2015: 4].

Важно понимать, что речь здесь идет именно о неформальном (содержательном) понимании компонентов аксиоматической теории или системы. Что это означает? Современные аксиоматические построения в рамках дедуктивных систем отталкиваются от того, что рассмотрения аксиом в качестве положений, принимаемых без доказательств в силу очевидности выраженного в них содержания, недостаточно. Наличие альтернативных систем, например, систем классической и неклассической геометрии, связано с различием смысла представленных в них понятий. Классическая и неклассическая геометрии различаются не тем, что они эксплицируют разные представления о пространстве, но тем, что они сформулированы с помощью понятий, имеющих разный смысл. При этом такие понятия для системы фундаментальны, как, например, понятие прямой в геометрии, и не могут быть определены через более фундаментальные понятия, поскольку таковых в рамках аксиоматической системы просто нет. Дело обстоит не так, что первичные представления о пространстве отражаются в свойствах пространственных объектов, зафиксированных в аксиомах. Как раз наоборот, аксиомы, контекстуально задавая смысл понятий о пространственных объектах, с помощью которых они сформулированы, определяют свойства нужного нам пространства. Смысл такого построения заключается в том, что выстраивается синтаксически непротиворечивый дискурс, фиксирующий отношения между фундаментальными понятиями и тем самым задающий их смысл. В этом отношении понятие прямой в неклассической геометрии будет существенно отличаться от аналогичного понятия в геометрии Евклида, но не потому, что у нас есть разные представления о прямой, а потому, что это понятие включено в рамки иных синтаксических отношений с другими фундаментальными понятиями. Сами аксиомы при этом не отражают сложившегося представления о природе прямых, но, в зависимости от по-разному задаваемых синтаксических отношений, задают различные смыслы понятия прямой.

Именно в этом заключается смысл аксиоматических построений. Аксиомы являются контекстуальными определениями тех

понятий, с помощью которых они построены. Главное требование при этом заключается не в том, что они должны отражать имеющиеся у нас интуиции; они посредством синтаксических связей с другими основными понятиями, используемыми при формулировке всей аксиоматической системы, задают параметрические характеристики той системы объектов, для описания которой может быть применена заданная аксиоматика. В этом отношении вопрос об интерпретации системы аксиом является вторичным. Когерентность (синтаксическая непротиворечивость) такой системы является самодостаточной и свидетельствует о возможности соответствующей интерпретационной модели. Так евклидова и неклассическая геометрии, представляющие собой особые синтаксически непротиворечивые дискурсы, могут использовать в качестве модели классическую и релятивистскую механику соответственно.

Представляется, что подобного рода трактовка метода аксиоматического построения может быть перенесена на понимание конституции, нормы которой, трактуемые как контекстуальные определения основных понятий, образуют синтаксически непротиворечивый дискурс их употребления [Оглезнев, Суровцев, 2015: 5]. Верификация подобного дискурса вторична и предполагает создание модели, порождаемой правоприменением. Причем создание моделей такого рода, а оно предполагает использование наиболее общих юридических терминов, должно ориентироваться на то, чтобы использование этих терминов было консистентным основному закону, т.е. не противоречило конституции. Рассмотрим полноту и непротиворечивость подобного рода систем.

14.3. Полнота и непротиворечивость закрытых и открытых систем

Основное требование к аксиоматической системе (как формальной, так и неформальной) заключается в том, чтобы она была внутренне непротиворечива. Допущение о когерентности подобного рода системы позволяет не просто избавиться от онтологических обязательств в отношении конкретного положения дел, но,

оставаясь в рамках системы, приходиться к определенным выводам средствами данной системы. Аксиоматическая система S называется непротиворечивой, если для любого утверждения A , сформулированного в терминах этой системы, либо само утверждение A , либо его отрицание $\neg A$ недоказуемо в этой системе S [Гилберт, Аккерман, 1947: 61–63]. Если для некоторого утверждения A системы S оба утверждения A и $\neg A$ доказуемы в S , то аксиоматическая система называется *противоречивой*.

Таким образом, проблема установления непротиворечивости аксиоматической системы приобретает первостепенную важность. Для неформальных аксиоматических систем этот вопрос во многих случаях удается решить с помощью понятия модели, что убедительно продемонстрировал Д. Гилберт на примере аксиоматизации евклидовой геометрии [Гилберт, 1948]. В самом деле, если система противоречива, то каждая ее модель содержит противоречие, потому что пара противоречащих друг другу теорем системы (A и $\neg A$) переводятся в два противоречащих друг другу высказывания о модели. Значит, система непротиворечива, если для нее удастся указать модель, свободную от противоречий. Помимо непротиворечивости важным свойством аксиоматической системы является полнота [Гилберт, Аккерман, 1947: 66–67]. Аксиоматическая система называется *полной*, если для любого утверждения A , сформулированного в терминах этой системы, по крайней мере, одно из утверждений A или $\neg A$ доказуемо в этой системе. Другими словами, аксиоматическая система S является полной, если средств системы S достаточно для того, чтобы доказать или опровергнуть любое утверждение, сформулированное в терминах данной системы. Требование полноты не является безусловным, поскольку, как доказал К. Гёдель, неполными являются уже системы, на языке которых может быть формализована арифметика [Хинтикка, 2014: 43–68].

Но если даже формализованная арифметика неполна, и утверждение о ее непротиворечивости нельзя ни доказать, ни опровергнуть средствами самой формализованной арифметики, то как тогда свойства полноты и непротиворечивости (необходимые свойства как формальных, так и неформальных систем) можно перенести на систему права? М. В. Антонов правильно говорит, что

«право нельзя характеризовать как логическую систему именно по причине его фактической неполноты, которая на практике заполняется индивидуальным правотворчеством» [Антонов, 2014: 48]. И это действительно так. Какими бы масштабными знаниями и широким кругозором законодатель ни обладал, в силу ограниченности своего мышления и конечности своей психофизической сущности, вряд ли стоит ожидать, что разработанный им законопроект будет *совершенным* в формально-логическом смысле. Ведь, как верно подметил Г. Л. А. Харт, «законодатели — это люди, и они не могут иметь столько знаний обо всех возможных сочетаниях обстоятельств, которые может принести будущее» [Харт, 2007: 131], поэтому, по его мнению, «все юридические правила и правовые понятия являются “открытыми”; и когда возникает непредвиденный случай, мы должны совершать новый выбор, и при этом разрабатывать правовые понятия, приспособлявая их к общественно желаемым целям» [Харт, 2021: 251].

Идея «открытой текстуры» права, которую Г. Л. А. Харт, как известно, позаимствовал у своего оксфордского коллеги Ф. Вайсмана [Оглезнев, 2019], как нельзя лучше подходит для обоснования сомнений в применимости «системной» терминологии к анализу позитивного права. Концептуальным основанием «открытой текстуры» права выступает утверждение о невозможности, с одной стороны, дать исчерпывающее описание правовых понятий и правил, а с другой стороны, предвидеть или заранее предусмотреть все возможные обстоятельства, требующие их применения. Ибо «любое описание, так сказать, простирается до горизонта *открытых* (курсив мой. — В. О.) возможностей: как бы далеко я ни зашел, этот горизонт всегда будет передо мной» [Waismann, 1945: 124]. Другими словами, «открытая текстура» правовых понятий приводит к неопределенности правил, в которых они содержатся, а неопределенность правил неизбежно (поскольку «открытую текстуру» понятий устранить невозможно, она является их имманентным свойством) приводит к несогласованности и, как следствие, к противоречивости «системы» права. Вот почему такую «систему» следует рассматривать как *открытую*, в отличие от *закрытых* систем, вроде аксиоматизации Д. Гилбертом евклидовой геометрии или аксиоматизации арифметики Дж. Пеано.

Требования полноты и непротиворечивости просто неприемлемы для открытых систем, которые лишь стремятся к их удовлетворению, но никогда этого не достигают. Эту ситуацию хорошо описал Ф. Вайсман, сравнивая неполноту системы права с неполнотой грамматики естественного языка: «Законы любой эпохи соответствуют превалирующим характеристикам, предпочтениям, привычкам и потребностям самой этой эпохи. Идея закрытой системы права, имеющей силу на все времена и способной разрешить любой конфликт, который только можно вообразить, — это утопическая фантазия, которая не имеет никакого твердого основания. На самом же деле, в каждой системе права есть пробелы, которые, как правило, отмечаются и восполняются лишь тогда, когда они обнаруживаются благодаря определенным событиям. По тем же причинам, мы вынуждены признать, что и грамматика неполна; но чтобы она стала более полной, должны возникнуть обстоятельства, которые позволят нам ввести новое правило, предусматривающее подобные ситуации. Но ни один язык не подготовлен ко всевозможным изменениям» [Waismann, 1965: 76].

Вывод для сторонников юридического объективизма неутешительный — «система» права неполна и противоречива. С неполнотой все ясно, но в каком смысле она противоречива? К. Э. Альчуррон и Е. В. Булыгин полагают, что для любой системы противоречивость (если система содержит одновременно некоторое высказывание p и его отрицание $\neg p$) катастрофична, потому что из двух противоречащих высказываний можно вывести все, что угодно. Такая система бесполезна. Однако противоречивые нормативные системы, по их мнению, «вполне возможны, по крайней мере, в таких сферах, как право» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 253]. Нет ничего удивительного в том, что, когда принимается, например, нормативный кодекс, между его нормами иногда могут появляться явные или скрытые противоречия. Ведь законодатели — это люди. Такое противоречие обнаруживается, например, между частью 3 статьи 69 УК РФ и частью 4 статьи 56 УК РФ. Обе нормы регламентируют вопрос о возможном максимальном наказании при совокупности преступлений, но решают его совершенно по-разному. Однако тот факт, что система противоречива, еще не означает, что нормативные предложения, посредством ко-

торых дается описание системы, также должны быть противоречивыми. Вполне возможно непротиворечивое описание противоречивой системы [Петров, 2021: 169]. Конфликт норм (нормативное противоречие) отличается от противоречия двух высказываний (логическое противоречие): два противоречащих высказывания не могут быть одновременно истинными (и одновременно ложными), тогда как «две конфликтующие нормы могут обе быть правомерными в том смысле, что они обе изданы законными источниками» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 254]. Для любой динамической системы периодическое появление противоречий — явление неизбежное. И если противоречивость в положениях права действительно рассматривается как проблема, требующая решения (что подтверждается существованием традиционных принципов разрешения нормативных противоречий, таких как *lex posterior*, *lex superior*, *lex specialis*, которых иначе бы не было), следовательно, противоречия существуют, и нормативные системы могут быть противоречивыми [Альчуррон, Булыгин, 2013: 257].

Требование непротиворечивости в праве, как верно указывает М. В. Антонов, выступает скорее прескриптивным принципом системности (регулятивным идеалом), и никак не может считаться дескриптивным в том смысле, что позитивное право якобы с необходимостью содержит в себе средства преодоления пробелов и устранения коллизий [Антонов, 2014а: 33]. Различие этих двух обоснований системности представляет серьезный интерес, поскольку возвращает нас к проблеме соотношения «должного» и «сущего», известной в философии как «гильотина Юма», причем придает ей новый ракурс рассмотрения. Действительно, речь здесь идет уже не об объективной стороне различия того, что *есть*, и того, что *должно быть*, но о том, как это различие отражается на различных пониманиях системности. Связано это с тем, что с помощью чисто рациональных средств, например, с помощью обычной логики, невозможно перейти от описания сущего к описанию должного. Но дело, собственно, не в том, что мы не можем установить необходимую логическую связь между сущим и должным в форме перехода от первого ко второму, но в том, что прескриптивные и дескриптивные конструкции не сводимы друг к другу. В этом отношении предлагаемое М. В. Антоновым

понимание системности как регулятивного идеала с отсылками к принципу Юма [Антонов, 2014b: 48; Антонов, 2014а: 33] представляется весьма удачным, поскольку действительно позволяет объяснить его ключевую идею, что «для описания конструируемого юристами единства права вполне достаточно термина “правопорядок”» [Антонов, 2014а: 35].

14.4. Иерархические нормативные системы

В схожем ключе рассуждают К.Э.Альчуррон и Е.В.Булыгин, предлагающие «применять к науке о праве методологические инструменты, разработанные в иных сферах знания» [Альчуррон, Булыгин, 2010: 352], с тем, чтобы по-новому исследовать вопросы полноты, непротиворечивости и независимости системы права, т. е. того, что они называют «систематизацией права» [Альчуррон, Булыгин, 2010: 315]. При этом под «нормативной системой» они понимают «не просто множество, а упорядоченное множество нормативных содержаний с упорядочиванием связей, внутренне присущим понятию нормативной системы» [Альчуррон, Булыгин, 2013: 255]. Это позволяет им, по верному замечанию М.В.Антонова и Е.Н.Лисанюк, «превратить правовую систему из огромного синкретического конгломерата норм в набор конкретных нормативных систем, каждая из которых описывает и регламентирует поведение адресата в некоей типичной правовой ситуации» [Антонов, Лисанюк, 2013: 14]. А значит, системность права будет означать не необходимую взаимосвязь всех элементов правовой действительности, а логическую упорядоченность нормативных множеств, трансформирующую их в нормативные системы для получения юридических следствий [Антонов, Лисанюк, 2013: 15]. И тогда структура системы права (включающая множество правопорядков) становится не предзаданной, как считают сторонники юридического объективизма, а подвижной и изменчивой, а полнота и непротиворечивость — не более чем рациональными идеалами, служащими ориентиром для создающих право законодателей и систематизирующих право юристов.

Однако можно построить такую нормативную систему, которая, по крайней мере, в формально-логическом смысле будет полной и непротиворечивой. В качестве примера Е. В. Булыгин предлагает рассмотреть идею иерархически устроенной нормативной системы (с множественностью нормотворческих органов разного уровня), которая динамически изменяется в результате нормативных актов, издаваемых разными нормотворческими органами [Булыгин, 2016: 98]. Главным условием построения такой системы является то, что нормативный статус действий, регулируемых этой системой, зависит не только от обязывающих, но и от дозволяющих (разрешающих) норм. Роль последних в нормативной системе даже более значима, потому что она «не исчерпывается отменой предыдущих запретов: акт дозволения действия, которое до этого не было запрещено, вовсе не является таким бессмысленным, как предполагают те, кто отрицает важность дозволяющих норм» [Булыгин, 2016: 93]. Для Е. В. Булыгина дозволение — это не просто отсутствие запрета, но, с одной стороны, дозволение лица, обладающего большей властью, в адрес подчиненного, санкционирующее выполнение им некоторых действий, а, с другой стороны, дозволение лица, обладающего большей властью, в адрес подчиненного, наделяющее последнего полномочиями на издание новых норм [Ковалевич, Лисанюк, 2012: 138]. Объяснить такое значение дозволяющих норм ему как раз и позволяет идея о том, что нормативная система состоит не только из одного нормотворческого органа, а из множества нормотворческих органов, связанных иерархическими отношениями. Кроме того, такая нормативная система будет обладать динамическим характером в том смысле, что нормы поочередно будут добавляться в систему, и эта операция будет выполняться различными нормотворческими органами на разных уровнях иерархии. Помимо этого, дозволяющая норма будет «указывать, какие нормы являются приоритетными, т. е. принадлежат к более высокому кодексу, а какие носят подчиненный по отношению к первым характер — относятся к кодексу более низкого уровня» [Ковалевич, Лисанюк, 2012: 140].

Таким образом, действия в такой иерархически устроенной нормативной системе будут регулироваться двумя видами норм и тем самым образовывать два класса: «класс разрешенных дей-

ствий (сфера дозволенного) и класс запрещенных действий, состоящий из всех тех действий, от которых приказано воздерживаться» [Булыгин, 2016: 91]. Но в ситуации множественности нормотворческих органов разного уровня конфликты между издаваемыми ими нормами неизбежны, они будут приводить к нормативной противоречивости системы. Разрешить такие конфликты и тем самым устранить противоречие позволяет введение метанорм, которые определяют для каждого нормотворческого органа иерархии свой набор полномочий (то, что они могут разрешить или запретить) и, собственно, зададут эту иерархию [Boella, van der Torre, 2003: 111]. Метанормами выступают такие нормативные принципы, как *lex posterior*, *lex superior* и *lex specialis*, которые следует рассматривать не как логические принципы, а скорее как то, что задает действительность (валидность) норм, регулирует их создание и, в целом, приводит систему к согласованности. Так что такая система в некотором *специальном* (нормативном) смысле может быть полной (два вида норм образуют два класса действий), непротиворечивой (метанормы рассматриваются как правила вывода) и закрытой. *Quod erat demonstrandum*.

* * *

Действительно, «одна из основных опасностей “системной” терминологии в правоведении заключается в подмене конкурирующих значений системности в ходе рассуждения» [Антонов, 2014а: 39]. Некритическое обращение с «системной» терминологией в правовых исследованиях легко приводит к двусмысленности и, как следствие, к некорректности ее использования. Одинаковым ли образом юристы и, скажем, логики понимают «системность»? Если да, то почему остается стойкое ощущение, что они подразумевают разные вещи? Если нет, то почему используется одна и та же терминология? И допустимо ли вообще использовать (без необходимой адаптации и модификации) сугубо технические термины со стабильным значением в нехарактерных для них контекстах? Вероятно, то, как понимается системность в точных науках, не соответствует тому, как она понимается в юриспруденции. Но если

рассматривать «системность» не как онтологическую характеристику права, а как специальный метод его исследования, то эти вопросы снимаются, они становятся неуместными. Как раз именно это я и попытался показать на примерах «аксиоматизации» конституции и идеи иерархической нормативной системы Е. В. Булыгина. Для этого, конечно, потребовалось уточнить значение таких необходимых свойств формальных систем, как полнота и непротиворечивость, касательно открытых и закрытых нормативных систем. Все это, надеюсь, позволило обосновать тезис, что если «системность» понимается как метод, то он может быть весьма полезным и эффективным для исследования и понимания позитивного права.

М. В. Антонов, возможно, не согласится с подобной трактовкой «системности» и сочтет ее необоснованным расширением изложенных им идей. Но такое расширение кажется допустимым. Оно не ставит под сомнение содержательный аспект его рассуждения, поскольку в целом я разделяю его позицию, но позволяет усилить аргументативную позицию автора и укрепить концептуальное основание его выводов, позволяя тем самым продолжить развитие этого интересного подхода.

Библиография к главе 14:

1. *Альчуррон К.Э., Булыгин Е.В.* Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 307–472.
2. *Альчуррон К.Э., Булыгин Е.В.* Экспрессивная концепция норм // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / под ред. Е. Н. Лисанюк. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2013. С. 234–261.
3. *Антонов М.В.* (а) О системности права и «системных» понятиях в правоведении // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 1 (312). С. 24–42.
4. *Антонов М.В.* (б) Теоретические альтернативы систематизации права (к логике нормативных систем) // Проблемы методологии и философии права: сборник статей международного круглого стола / под общ. ред. С. Н. Касаткина. Самара: Изд-во Самар. гуманит. академии, 2014. С. 47–56.

5. Антонов М. В. К вопросу о «системном» характере права // Сибирский юридический журнал. 2015. № 3 (70). С. 3–9.
6. Антонов М. В., Лисанюк Е. Н. Нормативные системы в теории права и логике норм // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / под ред. Е. Н. Лисанюк. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2013. С. 4–43.
7. Булыгин Е. В. Дозволяющие нормы и нормативные системы // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права / под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк. СПб.: Алеф-Пресс, 2016. С. 98.
8. Гильберт Д. Основания геометрии. М.: ОГИЗ, Государственное издательство технико-теоретической литературы, 1948.
9. Гильберт Д., Аккерман В. Основы теоретической логики. М.: Государственное издательство иностранной литературы, 1947.
10. Егоров С. Н. Аксиоматические основы теории права. СПб.: Лексикон, 2001.
11. Ковалевич О. С., Лисанюк Е. Н. К вопросу о роли позволений в логике норм и философии права // Логико-философские штудии. 2012. № 10. С. 134–140.
12. Оглезнев В. В. «Открытая текстура» эмпирических понятий и лингвистический антиредукционизм Фридриха Вайсмана // Эпистемология и философия науки. 2019. № 3 (56). С. 110–122.
13. Оглезнев В. В., Суровцев В. А. Конституция как аксиоматическая система // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 5. С. 3–8.
14. Петров А. А. Логический и функциональный подходы к пониманию коллизий норм права // Как возможна логика в праве? / под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2021. С. 164–178.
15. Тарский А. Введение в логику и методологию дедуктивных наук. М.: Государственное издательство иностранной литературы, 1948.
16. Федулов Ю. Г., Юсов А. Б. Теория систем. М.: Директ-Медиа, 2015.
17. Харт Г. Л. А. Понятие права / под общ. ред. Е. В. Афонасина, С. В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007.
18. Харт Г. Л. А. Скандинавский реализм // Харт Г. Л. А. Философия и язык права / под общ. ред. В. В. Оглезнева, В. А. Суровцева. М.: Канон+, 2017. С. 230–240.
19. Харт Г. Л. А. Небеса понятий Иеринга и современная аналитическая юриспруденция // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2021. № 63. С. 247–257.
20. Хинтиikka Я. О Гёделе. М.: Канон+, 2014.

21. *Antonov M.* Systemacity of Law: A Phantasm? // *Russian Law Journal*. 2015. Vol. 3. No. 3. P. 110–125.
22. *Boella G., van der Torre L.* Permissions and Obligations in Hierarchical Normative Systems // *Proceedings of the 9th International Conference on Artificial Intelligence and Law*. Association for Computing Machinery. New York, 2003. P. 109–118.
23. *Madej M., Horák F.* Axioms, Axiomatization and Law // *Lawyer Quarterly*. 2018. Vol. 8. P. 254–270.
24. *Ratti G.B., Rodríguez J.L.* On Coherence as a Formal Property of Normative Systems // *Revus*. 2015. Vol. 27. P. 131–146.
25. *Sandro P.* An Axiomatic Theory of Law // *Res Publica*. 2011. Vol. 17. No. 4. P. 343–354.
26. *Waismann F.* Symposium: Verifiability // *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*. 1945. Vol. 19. P. 119–150.
27. *Waismann F.* *The Principles of Linguistic Philosophy*. New York: St Martin's Press, 1965.

Раздел V

**КРИТИКА ПОЗИТИВИСТСКОГО
ПОДХОДА К ПОНИМАНИЮ
НОРМАТИВНОСТИ ПРАВА**

НОРМАТИВНОСТЬ ПРАВА ГЛАЗАМИ Р. ДВОРКИНА: КРИТИКА ПОЗИТИВИСТСКОЙ ТЕОРИИ СОЦИАЛЬНЫХ ПРАВИЛ И КОНВЕНЦИОНАЛЬНОГО ПРАВИЛА РАСПОЗНАНИЯ

15.1. Постановка проблемы

Общим объектом исследования в настоящей главе выступает проблематика нормативности права, как она представлена в построениях известного американского правоведа Рональда Дворкина (1931–2013) в рамках его масштабной полемики с юридическим позитивизмом, системообразующей для англоязычной философии права конца XX — начала XXI вв. Глава сосредотачивается на анализе идей Р. Дворкина в работе «Принимая права всерьез» [Dworkin, 1978], предшествующих его переходу к «интерпретизму» [Dworkin, 1985; Дворкин, 2020]. Более конкретно: фокус главы — критика автором исходных для современного англо-американского позитивизма доктрин социальных правил и конвенционального правила распознавания (rule of recognition) как основы правовой системы (критика, мало обсуждаемая в отечественной литературе). Актуальность подобной темы обусловлена как фундаментальностью проблем правовой нормативности и глубиной их анализа в рассматриваемом споре, так и значительным потенциалом вызова Р. Дворкина позитивизму, выступающего предметом дискуссий в зарубежной мысли и по сей день [Marmor, 2005; Лайтер, 2011; Shapiro, 2007; Postema, 2011; Guest, 2013; Patterson, 2021; Priel, 2020 и др.]. Глава включает очерк доктрины Г. Л. А. Харта как исходного образца позитивистской теории права, реконструкцию ее критики Р. Дворкином и предлагаемой

им теоретической альтернативы, а также оценку импликаций идей американского правоведа в развитии его полемики с позитивизмом.

15.2. Позитивизм Г. Харта: нормативность права и ее институционализация

Итак, определенной точкой отсчета в создании Р. Дворкином собственной концепции права выступает доктрина британского философа и правоведа Герберта Харта, взятая в качестве наиболее продвинутой и влиятельной версии юридического позитивизма [Dworkin, 1978: 16]. Поэтому реконструкцию взглядов Р. Дворкина целесообразно начать с рассмотрения главного объекта его критики.

Как известно, Г. Харт пришел в академическую юриспруденцию из философии, объединяя соответствующие интеллектуальные традиции. С одной стороны, он принимает наработки лингво-философского анализа с его идеями языка как практик и структур реального словоупотребления, манифестации мира, а также социального института и правилосообразного действия. С другой стороны, он переосмысливает на этой основе проект аналитической юриспруденции, как объяснения базовых правовых понятий [Hart, 1983: 56 ff., 271 ff.] и связанные с ним идеи позитивизма, формулируя общую, описательную и морально-нейтральную концептуализацию права как системы правил [Hart, 1994: 1–17; ср.: Hart, 1994: 239–240]. Отталкиваясь от доктрин Дж. Бентама и Дж. Остина [ср.: Bentham, 1970; Остин, 2022], автор отвергает как «искажающее факты» «командное» истолкование права через приказы суверена: по его мнению, подобная трактовка не позволяет адекватно объяснить нормативную природу права (редуцируя его к простым эмпирическим фактам), а также скрывает его институциональную сложность [Hart, 1994: 18–78; Postema, 2011: 267 ff.].

Собственный подход Г. Харта центрирует идею социального правила, противопоставленную идее «обыкновения»/«привычки» (*habit*), используемую Дж. Остином в объяснении массового соблюдения приказов властей в политическом сообществе, фундамен-

тального для правовой системы. По Г.Харту, и правило, и обыкновение предполагают наличие общего (единообразного, пересекающегося) регулярного поведения большинства членов социальной группы в тех или иных обстоятельствах. Вместе с тем, правило отличается от обыкновения в трех важных моментах. Во-первых, отступление от поведения, регулируемого правилом, обычно рассматривается как упущение или виновное действие, открытое для порицания/критики, и сталкивается с социальным давлением. Во-вторых, подобное отступление считается надлежащим основанием для такой критики и требований следовать правилу, которые тем самым являются оправданными в отношении всех членов группы. В-третьих, соответствующее поведение полагается общим стандартом, обязательным для группы в целом. Т. е., помимо (присущего и обыкновению) «внешнего аспекта» — доступного наблюдению регулярного поведенческого единообразия, для существования социального правила необходим также «внутренний аспект» — критическое, осмысленное отношение к определенным образцам поведения как общим стандартам, выражающееся в отмеченной критике и требованиях соответствия, в признании их легитимности, а также в употреблении соответствующего нормативного языка [Hart, 1994: 55–57; Raz, 1999: 51–53; Паттаро, 2009: 285 и след.]. Согласно Г.Харту, именно существование «внутренней точки зрения» — принимающей юридические правила в качестве подлинных оснований поведения, а не просто угроз страданием при несоблюдении — лежит в основе существования правовой системы и ее надлежащего объяснения [Hart, 1994: 55–57; Hart, 1983: 13–15; Postema, 2005: 286 ff.; Shiner, 2010: 433].

С этих позиций Г.Харт определяет право в качестве «единства» первичных и вторичных правил, различающихся между собой по логической форме, социальным функциям, уровням в системе [Hart, 1994: 18–49, 79–123]. Так, наряду с «первичными» правилами — обязывающими стандартами, направленными прежде всего на регулирование поведения граждан, автор указывает на существование в правовой системе «вторичных» правил, наделяющих полномочиями должностных и частных лиц [Hart, 1994: 26–49]. В числе последних он выделяет три типа метаправил: правила распознавания (идентификации), определяющие, что считать

юридическими правилами в рассматриваемой системе; правила изменения (правотворчества), касающиеся создания, корректировки и отмены действующих юридических правил; правила судебного решения (правоприменения), наделяющие полномочиями разрешать споры, констатировать правонарушения, а также привлекать нарушителей к ответственности. Учреждение подобных метаправил трактуется Г.Хартом в качестве фундаментального механизма устранения проблем неопределенности, статичности и неэффективности доправовой нормативной регламентации и водораздела в становлении правопорядка как такового [Hart, 1994: 94 ff.], а идея единства первичных и вторичных правил полагается им концептуальной моделью, способной объяснить сложность институциональной организации правовых систем [Hart, 1994: 81, 98–99].

Ключевым среди метаправил Г.Харт называет правило распознавания. В его концепции оно играет роль предельного основания правовой системы, условия ее автономии и единства, выступая ее авторской альтернативой фигуре суверена в командной теории Джона Остина [ср.: Остин, 2022: Лекция IV] и «основной норме» в чистом учении о праве Ганса Кельзена [ср.: Кельзен, 2015а: Разд. 34]. В отличие от других правовых стандартов, правило распознавания не обладает юридической действительностью, но является социальным фактом (социальным правилом), обнаруживаясь в конвенции и согласованной практике судей и должностных лиц по установлению и воспроизводству того, что является правом в сообществе. Функционально правило распознавания (прежде всего через определение и ранжирование источников права) фиксирует «авторитетные критерии идентификации» юридических правил — набор признаков, наличие которых у предполагаемого стандарта принимается сообществом в качестве исчерпывающего утвердительного указания на его юридический статус и должное подкрепление социальным давлением [Hart, 1994: 79–123]. В этом контексте правило распознавания создает условия для институциональной нормативности права: существование, власть и обязывающий характер юридических правил определяется здесь не по их (моральным) достоинствам, а по их соответствию критериям, принятым в правопорядке. Отсюда, из противоречия правила мо-

ральным стандартам автоматически не следует утрата им юридической действительности, так же, как из моральной желательности правила с необходимостью не следует его юридическая сила [Hart, 1983: 55 ff.; Hart, 1994: 185–186].

Осмысливая право в качестве системы правил, Г.Харт отмечает ограниченность юридической регламентации: в силу невозможности всесторонне предопределить значение языковых терминов построенные на них юридические правила имеют «открытую текстуру», обеспечивая руководство в большинстве ясных/типичных случаев, но оказываясь смутными в пограничных ситуациях, с необходимостью требуя судейского (правоприменительного) усмотрения как выбора между заданными правом альтернативами [Hart, 1994: 124–129 ff.].

В изложенном виде Г.Харт формулирует не только обновленную теорию юридического позитивизма (ассоциируемую им с аналитическим суждением об отсутствии необходимой понятийной связи права и морали, юридической действительности и моральной ценности [Hart, 1994: 185–186 ff.]), но, по сути, и особую доктрину нормативности права как нормативности *sui generis* [Spaak, 2005: 400; Vix, 2018: S. 3.2], отраженную в объяснении языка «внутренних» утверждений [Раз, 2021: 491 ff.; Vix, 2006: 6 ff.]. Речь идет не просто о том, что юридическая обязанность сделать что-то не означает с необходимостью соответствующую моральную обязанность. По Г.Харту, утверждение о том, что у лица есть юридическая обязанность, отсылает к действию, должному для обязанного лица в том смысле, что его можно надлежащим образом требовать от данного лица в соответствии с регулирующими такие требования юридическими правилами [Hart, 1994: 83 ff.; Hart, 1982: 159–160]. Отсюда, когда судья заявляет, что у кого-то есть юридическая обязанность платить налоги, он может намереваться говорить «технически ограниченным образом», т.е. «изнутри» правового института, который он как судья должен поддерживать, обращая внимание на то, что может быть юридически истребовано от обязанного лица. И хотя данная обязанность может получить от судьи моральное одобрение, последнее не является частью значения его юридического утверждения [Hart, 1982: 266; Spaak, 2005: 401].

15.3. Р. Дворкин против позитивизма: принципы и моральная ангажированность права

Отталкиваясь от учения Г.Харта и рассматривая его в контексте морально-политической легитимации индивидуальных прав и их судебного/юридического обеспечения [Dworkin, 1978: vii–xv, 184–205, etc.], Р.Дворкин определяет позитивизм через тезисы происхождения, усмотрения и обязанности. По мысли автора, позитивизм — это прежде всего теория, сводящая право к системе (категорично действующих) правил, которые определяются через критерии в верховном правиле системы, связанные с их происхождением, т.е. способом официальной разработки и принятия, а не с их содержанием или ценностью. Отсюда в ситуации, не охваченной правилами (при правовом пробеле), судья не может применить право и прибегает к усмотрению, т.е. создает новые юридические правила задним числом. Тем самым, утверждать о существовании юридических обязанностей (и прав) можно лишь при наличии ясного и непротиворечивого юридического правила [Dworkin, 1978: 17–22].

В таком виде позитивизм отвергается Р.Дворкином как неадекватный судебной практике, не способный объяснить специфику используемых здесь правовых принципов как отличных от правил юридических стандартов («никто не должен получать выгоды от своего правонарушения», «суд не должен быть орудием несправедливости» и пр.). Согласно автору, помимо «логических» отличий («вес», открытость, конкурентность), правовые принципы не имеют «происхождения» (социального источника) и входят в правопорядок в силу признания своего авторитета или ценности, как требования справедливости, честности или другого измерения морали [Dworkin, 1978: 22–28, 40–41]. Более того, содержание и вес принципа, а также система принципов конкретной юрисдикции не исчерпываются конкретными примерами их официального закрепления, но определяются в контексте «сплава» практики, истории системы и множества меняющихся и взаимодействующих юридических и иных идей и стандартов, а потому недоступны идентификации через какой-либо четкий, всеобъемлющий и постоянный критерий, подразумеваемый в идее правила

распознавания [Dworkin, 1978: 32 ff., 43–44]. При этом принципы полагаются судьями и другими участниками процесса в качестве обязывающих стандартов права «как оно есть». Они также играют ключевую роль в принятии решений, в том числе в отсутствие юридических правил или вопреки им, тем самым исключая пробельность права и обосновывая утверждения о правах и обязанностях даже в сложных делах [Dworkin, 1978: 28–39, 44, etc.].

Предлагаемая Р. Дворкином альтернатива позитивизму выражается, среди прочего, в образе мифического сверхчеловеческого судьи Геркулеса как олицетворения отстаиваемой автором юриспруденции принципов и ее роли в объяснении и легитимации судопроизводства. По Р. Дворкину, Геркулес выносит решение на базе разработанной им «наилучшей теории» конкретного случая, в основе которой лежит его способность охватить всю совокупность действующих стандартов конкретной юрисдикции и предложить для нее целостную схему оправдания, таким образом, представляя право в качестве «бесшовной сети». Последняя включает как правовые стандарты/положения первого порядка (эксплицитное установленное право), так и систему лежащих в их основе и оправдывающих их (в том числе имплицитных) правовых принципов [Dworkin, 1978: 115–117; Shiner, 2010: 428].

Изложенные тезисы Р. Дворкина указывают на фундаментальную дефектность позитивизма. Речь не просто об ограничениях позитивистской «модели правил» в изображении судебной аргументации, в сведении права к формализованным правилам, к институциональной нормативности и пр. — ограничениях, снимаемых через расширение перечня правовых стандартов за счет принципов. По мысли автора, через принципы право укоренено в политической морали сообщества, в связи с чем их включение в состав права разрушает саму суть позитивизма, настаивающего на возможности автономизации или строгого отграничения права от морали и выведения его нормативности лишь из социальных/институциональных фактов («прежних политических решений»).

Последний пункт становится предметом особого внимания со стороны американского правоведа в рамках его критики введенной Г. Хартом теории социальных правил и доктрины правила

распознавания как социального факта и конвенционального обязывающего правила, фундаментального для правовой системы.

15.4. Теория социальных правил: проблема обоснования юридических обязанностей

В рамках соответствующей критики Р. Дворкин отталкивается от анализа оснований (истинности) утверждений о юридической обязанности, в частности, обязанности судей следовать правилу распознавания, идентифицируя и применяя определенные стандарты в качестве права. В его трактовке, для Г. Харта такая обязанность существует, когда имеется соответствующее обязывающее социальное правило, которое, в свою очередь, имеет место при совпадающем поведении группы и его восприятию как стандарта собственного и чужого поведения: факт поведенческого единообразия конституирует здесь социальное правило и его производные [Dworkin, 1978: 49]. Так, в примере Г. Харта, правило, запрещающее мужчинам в церкви носить головной убор, существует, если члены группы прихожан: а) следуют обыкновению, входя в церковь, снимать головной убор, б) объясняют такое свое поведение, ссылаясь на данное правило, и в) осуждают или наказывают тех, кто забыл это сделать [Dworkin, 1978: 49–50; ср.: Hart, 1994: 55 ff.]. Отсюда обязанность судей следовать законодательству также будет производной соответствующего социального правила. Последнее имеет место, если судьи в своих решениях регулярно применяют установленные законом правила, обосновывают эту практику, апеллируя к обязывающему их «правилу», и осуждают нарушающих его должностных лиц [Dworkin, 1978: 50].

Согласно Р. Дворкину, изложенный взгляд не учитывает различия двух типов утверждений с понятием правила. Когда социолог говорит о «наличии» правила или «следовании» ему в сообществе, он лишь описывает поведение, т. е. указывает на убежденность членов сообщества в их соответствующей обязанности, но не выражает своего согласия на этот счет. Когда же к правилу апеллирует прихожанин, порицая на его основе свое или чужое поведение, он также дает оценку последнего: он подразумевает

не просто, что другие члены сообщества убеждены в наличии у них определенной обязанности, но что она у них действительно есть. Другими словами, если первый рассуждает о социальном правиле, то второй — о нормативном; если истинность первого утверждения предполагает определенное фактическое положение дел, второе — положение нормативное [Dworkin, 1978: 50–51]. По мысли критика, судья в процессе находится в положении не социолога, а прихожанина: утверждая судебскую обязанность, он ссылается не на убеждения других судей, а на ее действительное существование. А это значит, что само по себе социальное правило (факт) не может быть источником судебного долга [Dworkin, 1978: 51].

Развивая сказанное, Р. Дворкин последовательно указывает на три ограничения в применимости доктрины социальных правил, демонстрирующие невозможность исчерпать нормативные основания (утверждения об) обязанности ссылками на поведенческие обыкновения.

Во-первых, утверждение обязанности не всегда предполагает наличие соответствующей социальной практики и ее принятие в качестве поведенческого стандарта. Так, вегетарианец, говоря о запрете убийства животных ради их потребления в пищу, ссылается не на отсутствующее в обществе социальное правило, а на моральный принцип, согласно которому лишение жизни есть зло [Dworkin, 1978: 52–53].

Во-вторых, то же верно в отношении признаваемой сообществом обязанности. Факт общего согласия по нормативному правилу полагается (важной) частью оснований следования такому правилу лишь в случае «конвенциональной», но не «совпадающей» (concurrent) общественной морали. Так, прихожане могут считать, что обязанности снимать в церкви головной убор не было бы без соответствующей социальной практики, но будут считать, что обязанность не лгать сохраняется, даже если большинство людей лгут. Это же может касаться судей, которые следуют праву в силу политических принципов, обладающих для них самостоятельной ценностью [Dworkin, 1978: 53–54].

В-третьих, — и это то, что образует известный авторский «аргумент от разногласия» — даже когда единообразная социальная

практика сообщается воспринимается как необходимое основание утверждений об обязанности, она зачастую неспособна гарантировать единство заявляемого на ее основе нормативного правила и обязанности. Так, опираясь на социальное правило о запрете мужчинам носить головные уборы в церкви, люди все равно могут расходиться в том, на кого распространяется эта обязанность. Касается ли она младенцев мужского пола? Если это требование поддерживает лишь половина прихожан, какое социальное правило конституируется таким поведением? По Р. Дворкину, данное правило нельзя полагать неопределенным, ибо все поведенческие факты известны. Отсюда — поскольку конвенциональное правило конституируется совпадающей практикой и ограничивается ей — единственным правилом здесь следует считать распространение запрета на взрослых мужчин [Dworkin, 1978: 54–55]. Однако, настаивает правовед, такой вывод означает фатальные последствия для теории социальных правил. Обычно утверждаемые людьми нормативные правила различаются по своему охвату и деталям, по крайней мере, при их более точной формулировке, они различались бы у разных людей. На фоне таких расхождений два человека не могут апеллировать к одному и тому же социальному правилу (а один из них может не апеллировать к социальному правилу вовсе), даже если в большинстве случаев использования принимаемых ими правил они друг с другом согласны. Отсюда, теория Г. Харта уместна лишь в случаях, когда считается, что спорная обязанность обязанностью не является. Но тогда, по Р. Дворкину, к судейскому долгу она не применима [Dworkin, 1978: 55].

С этих позиций американский правовед считает неудовлетворительным объяснение связи социальных обыкновений и нормативных суждений, подразумеваемое в теории социальных правил. Именно нормативные основания, а не факты согласованного поведения, являются главными в утверждении обязанностей, действуя без соответствующей социальной практики, наряду с такой практикой и даже вопреки ей.

Так, по словам Р. Дворкина, нормативные суждения могут полагать социальную практику существенным элементом обоснования (как в конвенциональной морали). Однако, вопреки Г. Харту, такая практика не образует принимаемое здесь нормативное правило,

а помогает его оправдывать, например, как в практике прихожан, создавая способы совершения нарушений и порождая соответствующие ожидания, которые являются вескими основаниями для утверждения нормативного правила и обязанности снимать в церкви головной убор. Теория социальных правил терпит неудачу, настаивая, что практика должна каким-то образом иметь то же содержание, что и правило, утверждаемое от ее имени отдельными индивидами, тогда как последнее по охвату может быть шире или уже такой практики. К тому же, продолжает автор, если кто-то находит социальную практику бессмысленной, оскорбительной или глупой, он, вопреки другим, может, в принципе, не считать ее оправданием каких-либо обязанностей или нормативных правил. Наконец, при наличии в сообществе некой практики, например, исключаящей головные уборы в церкви, его члены часто будут провозглашать разные нормативные правила, предположительно оправдываемые этой практикой, расходясь в вопросе о требованиях данного правила и налагаемых им обязанностях. При этом, однако, они будут ссылаться не на образуемое общим поведением социальное правило, а на оправдываемое им нормативное правило, содержание которого и составляет спор. Схожим образом, когда судьи цитируют правило, например, о долге следовать законодательству, они могут обращаться к нормативному правилу, оправданному практикой, и спорить о его точном содержании, не ограничиваясь лишь разногласием о фактах поведения других судей. Даже если позитивист прав, считая судейский долг случаем конвенциональной морали, такой вывод не может подкрепляться теорией социальных правил [Dworkin, 1978: 57–58].

15.5. Теория конвенционального правила распознавания: проблема нормативных оснований и критериев права

В свете сказанного Р. Дворкин отвергает отстаиваемую позитивистами теорию обязывающего социального и конвенционального правила распознавания, а также трактовку его «юриспруденции принципов» как частного случая теории позитивизма.

Американский правовед подчеркивает коренное отличие своей доктрины от подхода Г. Харта. Для последнего «основополагающим критерием права» в системе выступает социальное правило (их совокупность) — обязанность судьи по применению статутов, прецедентов и обычаев базируется здесь на согласованном признании такой обязанности судьями как целостной социальной группой, т. е. на согласованной официальной практике. Р. Дворкину же ближе концепция, по которой в основании правовой системы мыслится нормативное правило или принцип (их совокупность), а соответствующая обязанность судей строится на разделяемых отдельными судьями и юристами нормативных правилах и принципах, вне зависимости от единообразия их понимания и применения [Dworkin, 1978: 59–60, 66–67]. При этом, как отмечает автор, в силу отмеченной дефектности теории социальных правил позитивистский подход не способен обосновать критерий строгого отграничения правовых стандартов от моральных и политических. Не позволяет этого и предлагаемая инкорпорация принципов/нормативных теорий в «систему правил», выделенных по «происхождению». Так, рассуждает Р. Дворкин, если его концепция и предполагает деление принципов, подлежащих и не подлежащих применению в качестве права, она строится не на признании судьями базового социального правила, а на возможности обосновать нормативные теории о том, как им следует решать сложные дела. При этом, если здесь принимается нормативная теория, не разделяемая остальными, она будет включать спорные положения, например, об обязанности судей отдавать приоритет недавним прецедентам, что потребует аргументации, например, теории о смысле института прецедента, которая, в свою очередь, зависит от спорных принципов политической морали (о месте суда в демократии и т. д.). Этот тип зависимости и отрицается в позитивизме [Dworkin, 1978: 60–61].

Доводы в защиту теории социального/конвенционального правила распознавания видятся Р. Дворкину неудовлетворительными.

Во-первых, речь идет об аргументе Г. Харта, согласно которому правило распознавания допускает неясность лишь в малом числе случаев (например, в установлении того, действителен ли акт пар-

ламента, ограничивающий полномочия его будущего состава), ясно регламентируя большинство ситуаций, что достаточно для первого тезиса позитивизма [ср.: Hart, 1994: 148 ff.]. По Р.Дворкину, такой довод противоречит идее социального правила, которая предполагает согласованность практики, конституирующей стандарт поведения и выступающей необходимым и достаточным условием фиксации того, что судьи должны считать правом — по сути, позитивистское правило распознавания является определенным, не охватывая при этом спорные полномочия парламента. Между тем, такое ограничение не исключает новые контрпримеры: вопреки Г.Харту, споры о критериях юридического не сводятся к редким экстраординарным случаям, постоянно возникая при рассмотрении судами сложных дел, что для доктрины правила распознавания фатально [Dworkin, 1978: 61–62].

Во-вторых, продолжает автор, можно было бы утверждать, что социальное правило распознавания существует, если судьи принимают как руководство его конкретную словесную формулировку, которая и может быть смутной в спорных случаях. Однако такой довод придает слишком большое значение языковым и историческим случайностям: спор идет — и обычно воспринимается участниками как спор — о существовании социального правила, а не о разных его формулировках [Dworkin, 1978: 62–63].

В-третьих, по Р.Дворкину, можно заявлять, что правило распознавания фиксирует только минимальные или пороговые обязанности судей, пригодные для ясных случаев, давая лишь рекомендацию для спорных ситуаций, решаемых по усмотрению. Однако такой довод не способен дать целостное объяснение судейскому долгу, базируется на сомнительной моральной доктрине, по которой обязанности не могут быть спорными, а также противоречит принятым моральным обычаям и употреблению понятия обязанности в моральных рассуждениях (где споры касаются понимания обязанностей, а не самого их существования) [Dworkin, 1978: 63–64].

Наконец, Р.Дворкин считает несостоятельной и возможную переработку позитивистской доктрины правила распознавания в духе идеи «институциональной поддержки» (предложенной им ранее для иллюстрации обоснования правового характера прин-

ципов и их веса в апелляциях судей к принятым законам и прецедентам [Dworkin, 1978: 40 ff.]). Учение об институциональной поддержке автор излагает следующим образом. Во-первых, можно собрать все очевидно действующие юридические правила в каком-либо штате США, а также все явные правила институциональной компетенции, составляющие основу для рассмотрения первого множества правил как действующих. Во-вторых, можно спросить, какое множество принципов будет достаточным для оправдания собранной совокупности материальных и институциональных правил. Любой судья или юрист этого штата может разработать «теорию права», которая бы описывала это множество принципов и придавала каждому из них соответствующий вес, и утверждать, что именно его множество принципов следует считать принципами данной правовой системы. В этом контексте, резюмирует Р. Дворкин, принцип является правовым, если он присутствует в «наиболее здоровой» (sound) теории права, которую можно предложить в качестве оправдания для явных материальных и институциональных правил рассматриваемой юрисдикции [Dworkin, 1978: 66].

При этом, подчеркивает правовед, в силу нетождественности друг другу, теории отдельных судей и юристов не образуют отставимое позитивистами социальное правило распознавания. Недостаточно для этой роли и самой институциональной поддержки, завязанной на вопросах «происхождения». По Р. Дворкину, (фактуальный) критерий институциональной поддержки не обеспечивает автоматической, исторической или морально-нейтральной основы для утверждения какой-либо теории права как наиболее здоровой, не позволяя даже отличать правовые принципы от моральных и политических. Между тем, чтобы создаваемая правовая теория обеспечивала основу для судебного долга, ее принципы должны выявлять не причины или мотивы принятия соответствующих юридических правил, а оправдывающие их политические и моральные интересы и традиции сообщества. Разработка такой теории, как и выбор наилучшей из них, зависит не только от официальных материалов, но и от широкого круга нормативных соображений, выходящих далеко за пределы позитивистских доводов, значимых для идентификации права: трудно помыслить

какой-либо принцип общественной или политической морали сообщества (не вычеркнутый конституционно), который бы отсутствовал в развернутой схеме оправдания действующих правил правовой системы. Позитивист может принять критерий институциональной поддержки в качестве предельного основания права лишь ценой отказа от всех остальных используемых здесь соображений [Dworkin, 1978: 67–68].

В итоге, по Р.Дворкину, невозможность создать закрытый список стандартов для надлежащего обоснования юридических прав и обязанностей подрывает построенное на выявлении таких стандартов и традиционное для (позитивистской) юриспруденции определение права — отграничение юридических прав и обязанностей должно идти иным путем [Dworkin, 1978: 68].

15.6. Вызов Р. Дворкина позитивизму: импликации для осмысления правовой нормативности

Построения Р.Дворкина показывают фундаментальность его интеллектуальных притязаний и полемики с позитивизмом, несводимых к вопросам о том, является ли право системой правил, обладают ли судьи усмотрением, и пр. В центре внимания здесь — спор правовых онтологий, различающихся прежде всего в понимании отношений моральности (легитимности) и легальности [Паттаро, 2009: 329–342; Shapiro, 2007: 3–5, etc.; Priel, 2020: 44 ff.] и, тем самым, в понимании природы, оснований и границ правовой нормативности.

Р.Дворкин отвергает как общую теорию социальных правил, так и производную теорию конвенционального правила распознавания, которое, даже не сводя критерии права к «происхождению», связывает их исключительно с фактом конвенциональной практики судей (правоприменителей). По мнению автора, конвенция как сложный социальный факт не может объяснить правовые суждения и поведение участников юридической практики. С одной стороны, она сама по себе не дает нормативных оснований для правового обязывания, с другой — она не может сформировать

надежного и автономного базиса юридической регламентации, предполагая согласие по содержанию и сфере действия социальных правил, учреждаемых на основе практики, что противоречит масштабу (реальных и потенциальных) разногласий между членами сообщества.

Позитивистскому подходу Р.Дворкин противопоставляет идею организации судебного рассуждения и, тем самым, системы права с ключевой ролью принципов, содержание, статус и вес которых не исчерпывается конкретными случаями их использования в официальной практике и задан признанием их авторитета, ценности. В этой перспективе право выстраивается в качестве двухуровневой «бесшовной сети», где эксплицитные юридические правила действуют на идейной и легитимирующей базе «созвездия» правовых принципов с разной степенью формализации, восходящих к господствующей политической морали сообщества. Не заявляя тождества в нормативных требованиях морали и права (и, по сути, не отвергая институциональный характер последнего), Р.Дворкин оспаривает позитивистский критерий их дифференциации/автономизации: любой подобный критерий в своей основе должен включать моральное рассуждение и оценку [Postema, 2011: 407]. По мысли автора, «юридичность» стандартов — принципов — определяется их соответствием наиболее «здоровой» нормативной теории, обеспечивающей наилучшее оправдание ясно установленному позитивному праву, а юридическая практика характеризуется конкуренцией таких теорий, отражающей разногласия нормативных воззрений правоведов и судей.

Важным следствием вызова Р.Дворкина становится переосмысление и корректировка изначальных подходов к праву в лагере позитивистов. Помимо признания важности феномена правовых принципов [Shapiro, 2007: 19, etc.; Postema, 2011: 407 ff. и др.], здесь, среди прочего, с одной стороны, констатируются ограничения введенной Г.Хартом «теории правил как обыкновений» (practice theory of rules): ее неспособность объяснить правила, не основанные на практике, разграничить социальные правила и признаваемые основания для действия, и, в определенном смысле, даже показать собственно нормативность правил (объяснить ее конкретные основания, а не просто описать их наличие или

признание со стороны участников практики, раскрыть особенности нормативного словоупотребления и пр.) [Raz, 1999: 53–58; Shiner, 2010: 233, etc.; Паттаро, 2009: S. 3.3; но ср.: Coleman, 2002: 14–15; Hart, 1994: 255–256; Coleman, Leiter, 1996: 243 ff.]. С другой стороны, позитивисты сохраняют приверженность трактовке права как системы практических поведенческих оснований или стандартов, восходящих к «социальным источникам» [Раз, 2021: 78 и др.; Лайтер, 2011: 125], в том числе к факту конвенционального принятия и использования правила распознавания в практике судей и должностных лиц [Coleman, 2002: 20 ff.; Hart, 1994: 256].

При этом в качестве реакции на критику Р.Дворкина формируется ряд новых форм позитивистской теории и моделей правовой нормативности.

Во-первых, это концепция исключаящего позитивизма, которая принимает строгость описанных Р.Дворкином позитивистских критериев права, но отвергает его видение принципов и границ правовой системы (правовой нормативности). Согласно Джозефу Рау, критерии действительности в правиле распознавания должны всегда обеспечивать дифференциацию права сугубо на базе социальных источников, без обращения к морали [Раз, 2021: 94 и др.]. Отсюда юридическая нормативность выступает функцией институциональной действительности — как следствие, принципы будут правовыми лишь при их надлежащем официальном признании [Shapiro, 2007: 21]. Вместе с тем, в более широком смысле, нормативность права для Дж.Раза имеет «внешний» источник [Shiner, 2010: 420]. По мысли автора, право притязает на моральную власть (authority), т. е. на легитимное подчинение со стороны своих адресатов, на наличие у них для этого надлежащих оснований. В свою очередь, такое притязание состоятельно, если право успешно как посредник между субъектами и разделяемыми ими основаниями для действий, который «замещает» последние, предлагая наилучший способ их осуществления [Раз, 2021: Ч. I; Shiner, 2010: 420].

Во-вторых, это концепция включающего позитивизма, которая, соглашаясь с идеей морально ангажированных принципов, не приемлет трактовку Р.Дворкином позитивистских критериев права, отстаивая возможность — но не необходимость — инкорпорации в их число моральных элементов в силу социального

установления (факта признания в сообществе соответствующего правила распознавания) [Coleman, 2002]. Иначе говоря, мораль может быть частью правовой системы и источником юридической нормативности в силу формальных/институциональных стандартов действительности самого права [Shiner, 2010: 430]. Так, Уилфрид Вэйлчоу указывает на институт судебного конституционного контроля за законодательством (Канада, США и др.) на предмет его соответствия принципам хартии или билля о правах, как особых юридических документов, гарантирующих доюридические/фундаментальные свободы граждан. Обычно такие документы отсылают к очевидно моральным понятиям (свобода, равенство, «жестокое и необычное», «должный процесс» и т.п.), так что определение их правового статуса в процессе требует от судей использования моральной аргументации: нормативная сила постановлений проистекает здесь не только из юридической действительности конституционной гарантии или из экстралегальной морали, но из моральных принципов как части права [Waluchow, 1994; Shiner, 2010: 431].

В-третьих, это соотносимые с обоими вариантами позитивизма доктрины конвенционализма, которые развивают заложенные Г.Хартом идеи конвенциональности оснований права (но с различным отношением к идее институциональной правовой нормативности *suī generis*). Подобно тому, как, по мнению британского правоведа, элементы командной теории (идеи приказа, подчинения, угроз и обыкновений) не включают и в сочетании не могут дать идею правила [Hart, 1994: 80], так и, согласно конвенционалистам, элементы теории самого Г.Харта (идеи внутренней точки зрения, социального правила, первичных и вторичных правил) не включают и в сочетании не могут дать сущностную характеристику права, как практики взаимодействия и координации, т. е. как нормативной системы [Shiner, 2010: 433]. Соответственно, здесь предлагается объяснение права (во главе с правилом распознавания) по модели конвенции, которая, например, может усматриваться в координации поведения членов сообщества, конституировании нормативных рамок института, в совместной скоординированной деятельности с приверженностью взаимной поддержке, отношениями власти, привязкой к базовым морально-политиче-

ским началам и пр. [Shiner, 2010: 433–439; Postema, 2011: Ch. 11]. При этом описание конвенциональности права как факта социальной практики и мыслится здесь описанием его нормативности (оставляя вне фокуса должны основания ее признания, нормативные доводы и пр.) [Shiner, 2010: 431–432, 437, etc.].

В свете данных подходов уже построения Р.Дворкина становятся объектом серьезной критики и контраргументации.

Так, тезис автора, по которому отграничить правовые стандарты может лишь нормативное правило, восходящее к морально-политическим доктринам, а не социальное правило, образуемое совпадающим поведением, встречает ряд возражений. С одной стороны, утверждается, что правило распознавания не должно с необходимостью опираться на нормативные соображения, не укорененные в социальных правилах [Coleman, 2002: 23; Bayles, 1991: 357]. С другой стороны, подчеркивается смещение Р.Дворкином правила и обнаруживающей его социальной практики либо смещение им оснований принятия людьми правила и соответствующего факта: согласно позитивистам, по каким бы мотивам ни принималось правило — а таковые не сводятся лишь к доводам морали [Hart, 1982: 158 ff.; Hart, 1994: 257; Spaak, 2005: S. 4.3] — констатация этого факта есть описательное, а не нормативное суждение [Bayles, 1991: 357–358; Лайтер, 2003: 123; Postema, 2011: 413–414].

Далее, заявленный американским правоведом «аргумент от разногласия», по которому множественность споров о критериях юридической действительности исключает наличие единой социальной практики и, тем самым, обязывающего правила распознавания, парируется доводом, восходящим к Г.Харту: «Все, что имело успех, успешно» [Hart, 1994: 149]. Для Дж. Колмана, Г. Харта и др. правило распознавания может оказаться неопределенным, однако, вопреки мнению Р.Дворкина, такие случаи немногочисленны, касаются в основном не содержания правовых критериев, а их применения, и компенсируются усмотрением. Отсюда, правило распознавания по-прежнему способно выполнять функцию обеспечения определенности в системе [Coleman, 2002: 20 ff.; Bayles, 1991: 355–357; Hart, 1994: 251–252].

Наконец, позитивисты отвергают и замечание Р.Дворкина о недостаточности «институциональной поддержки» и необходи-

мости моральных оснований для фиксации юридического статуса стандартов и обязанностей. С одной стороны, ими утверждается отсутствие юридической основы выбора решений в спорных случаях и правомочие судей обратиться к дополнительным, экстралегальным соображениям. С другой стороны, заявляется, что правило распознавания налагает на судей обязанность использовать здесь моральные доводы, формируя тем самым метод юридической аргументации/решения второго порядка [Coleman, 2002: 22–23; Hart, 1994: 247; MacCormick, 1994: S. V; Bayles, 1991: 355].

При всей весомости изложенных контраргументов, они, как представляется, обеспечили лишь частичную нейтрализацию доводов американского правоведа, сохранивших в рамках полемики свой объяснительный и критический потенциал (в том числе в формате «юридического интерпретизма» [Dworkin, 1985; Дворкин, 2020]) как для отдельных версий современного позитивизма, так и для позитивистской программы в юриспруденции в целом.

Во-первых, Р. Дворкин обсуждает ключевые для правовой философии проблемы соотношения нормативности и фактичности в праве [ср.: Кельзен, 2015а; Кельзен, 2015b]. В противовес позитивизму, увязывающему базис правовой системы с конвенциональной практикой как сложным социальным фактом, автор отстаивает необходимость, автономию и приоритет именно нормативных оснований права: правило распознавания как обязывающее правило должно давать надлежащее объяснение не только тому, какие стандарты носят обязывающий характер, но и тому, в силу чего они таковыми являются [Postema, 2011: 411; Shiner, 2010: 431, etc.; но ср.: Vix, 2006: 7–8]. Даже если доктрина Р. Дворкина дефектна, а положения, вмененные им позитивизму, неверны, для оценки состоятельности/востребованности последнего по-прежнему имеет значение его способность представить полноценную теорию о том, как «факты порождают право», выходящую за пределы простой констатации использования в сообществе тех или иных критериев юридического распознавания.

Во-вторых, отвергая введенную Г. Хартом теорию социальных правил, Р. Дворкин, по сути, оспаривает и общее понимание права как такового, воспринятое британским правоведом из анали-

тической лингвистической философии. Образцом здесь выступают правила обыденного языка как социальной/институциональной практики — правила, которые мы усваиваем и которым следуем «слепо» [ср.: Витгенштейн, 1994: §219]. Р.Дворкин же подчеркивает рефлексивный и аргументативный характер правил и правилосообразного действия, подразумевая, что следование юридическому правилу требует согласования многообразных и разнородных стандартов и включает ориентацию на их наиболее оправданное — а не просто «типичное» — толкование и применение, возможность отступления от устоявшихся поведенческих образцов и т.д. Более того, автор проблематизирует саму способность практики конституировать образцы должного поведения: акцент сдвигается на идеальные/моральные основания нормативности (в том числе в отсутствие социальных обыкновений и в противовес им), предполагающие выявление и оправдание «наиболее здоровой теории», рационально создаваемой социальными деятелями в спорном практическом контексте. Развитием этой линии далее станет центрирование Р.Дворкином толкования как ключевой черты многих видов человеческой деятельности, включая юридическую практику [Dworkin, 1985: 146 ff.], и разработка им интерпретативной теории права в противовес — ограниченному здесь — позитивизму как сугубо аналитической/«семантической» теории [Дворкин, 2020: 53–58 и след.], сосредоточенной на описании (понятия) права и критериев его отграничения и не предлагающей самостоятельной теории юридической интерпретации [Patterson, 2021: 689].

В-третьих, Р.Дворкин отвергает позитивистскую идею конвенции как основания права, необходимо подразумевающую единство, согласие и определенность, что, по его мнению, противоречит многочисленным «теоретическим разногласиям» между судьями относительно самих критериев юридического в системе, которые нельзя описать как заблуждения о действующем праве или как дискуссии о его усовершенствовании [ср.: Дворкин, 2020: 22 и след.]. В противовес этому Р.Дворкин далее акцентирует идею фундаментальной спорности ценностно-нормативного знания, лежащего в основе наших социальных практик и институтов (причем вполне совместимой с существованием наиболее обо-

снованной теории права, моральной или эстетической теории, истины в интерпретации, с полной правовой регуляцией и наличием единственно верного ответа даже в сложных судебных делах [Dworkin, 1985: 119–189; Дворкин, 2020: 111–124, 305–371; Dworkin, 1978: 279–290]). В этом плане предлагаемая автором правовая теория, стремящаяся учесть феномен спорности, выглядит, при прочих равных, более значимой/амбициозной по сравнению с традиционным подходом позитивизма, ограниченным жесткой моделью конвенции, который оказывается неспособным адекватно объяснить не только отмеченные «теоретические разногласия», но, по сути, и право в целом. Апеллируя к конвенциональной практике, позитивизм пытается отстоять наличие объективных, самодостаточных фактов, легитимирующих ценностно-нейтральное описание права и его отделение от морали, автономизацию правовой нормативности. Отсюда признание Р.Дворкином спорных нормативных начал правового рассуждения не только связывает их с дискуссионными положениями морали, подрывая раздельный тезис позитивизма, но и намечает перспективу осознанного конструирования правовой теории в методологическом контексте скептицизма/релятивизма [ср.: Dworkin, 1985: 146–189; Дворкин, 2020: 111–124].

Библиография к главе 15:

1. *Витгенштейн Л.* Философские исследования // Витгенштейн Л. Философские работы / пер. с нем. М. С. Козловой, Ю. А. Асеева. Ч. I. М.: Гнозис, 1994. С. 75–319.
2. *Дворкин Р.* Империя права / пер. с англ. С. Моисеева. М.: Издательство Института Гайдара, 2020. 592 с.
3. *Кельзен Г.* (а) Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лёзова. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 542 с.
4. *Кельзен Г.* (б) Чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., франц. М. В. Антонова. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 702 с.
5. *Лайтер Б.* За пределами спора Харта и Дворкина: проблема методологии в юриспруденции / пер. с англ. С. Н. Касаткина // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009 / под ред. А. В. Полякова. СПб.: ИД СПбГУ, 2011. С. 116–151.

6. *Остин Дж.* Определение области юриспруденции. Курс лекций по юриспруденции «Философии позитивного права». Ч. 1. О пользе изучения юриспруденции / пер. с англ. А. М. Корженяк, А. П. Зройченковой, С. Н. Касаткина. СПб.: Алетейя, 2022. 472 с.
7. *Паттаро Э.* Нет права без норм / пер. с англ. С. Н. Касаткина // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008 / под ред. А. В. Полякова. СПб.: ИД СПбГУ, 2009. С. 284–342.
8. *Раз Дж.* Авторитет права. Эссе о праве и морали / пер. с англ. И. Дягилевой. М.: Издательство Института Гайдара, 2021. 552 с.
9. *Bayles M.* Hart vs. Dworkin // *Law and Philosophy*. 1991. Vol. 10. P. 349–381.
10. *Bentham G.* Of Laws in General / ed. by H. L. A. Hart. London: Athlone Press, 1970. 342 p.
11. *Bix B.* Kelsen, Hart and Legal Normativity // *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2018. No. 34. P. 25–42.
12. *Bix B.* Legal Positivism and “Explaining” Normativity and Authority // *American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*. 2006. Vol. 5. No. 2. P. 5–9.
13. *Coleman J. L.* Negative and Positive Positivism // *Coleman J. L. Markets, Morals, and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 3–27.
14. *Coleman J. L., Leiter B.* Legal Positivism // *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* / ed. by D. Patterson. Oxford: Blackwell, 1996. P. 241–260.
15. *Dworkin R.* A Matter of Principle. Cambridge, Ma., London: Harvard University Press, 1985. 425 p.
16. *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. 2nd ed. with “A Reply to Critics”. Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 1978. 371 p.
17. *Guest S.* Ronald Dworkin. 3rd ed. Stanford, Ca.: Stanford Law Books, 2013. 312 p.
18. *Hart H. L. A.* Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1983. 396 p.
19. *Hart H. L. A.* Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory. Oxford: Oxford University Press, 1982. 250 p.
20. *Hart H. L. A.* The Concept of Law. 2nd ed. with H. L. A. Hart’s “Postscript”. Oxford: Clarendon Press, 1994. 336 p.
21. *MacCormick N.* Legal Reasoning and Legal Theory. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. 322 p.
22. *Marmor A.* Interpretation and Legal Theory. 2nd ed. Oxford; Portland, Or.: Hart Publishing, 2005. x, 180 p.

23. *Patterson D.* Dworkin's Critique of Hart's Positivism // Cambridge Companion to Legal Positivism / ed. by T. Spaak, P. Mindus. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. P. 675–694.
24. *Postema G. J.* A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 11: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Dordrecht: Springer, 2011. XXV, 618 p.
25. *Priel D.* Making Sense of Nonsense Jurisprudence // Osgoode Legal Studies Research Paper. 2020. URL: <http://ssrn.com/abstract=3696933> (accessed: 5 May 2023).
26. *Raz J.* Practical Reasons and Norms. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1999. 220 p.
27. *Shapiro S.* The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed // University of Michigan Law School. Working Paper No. 77. 2007. URL: <http://ssrn.com/abstract=968657> (accessed: 5 May 2023).
28. *Shiner R.* Law and Its Normativity // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory / ed. by D. Patterson. 2nd ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010. P. 417–445.
29. *Spaak T.* Kelsen and Hart on the Normativity of Law // Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honour of Jes Bjarup / ed. by P. Wahlgren // Scandinavian Studies in Law. Vol. 48. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005. P. 397–414.
30. *Waluchow W. J.* Inclusive Legal Positivism. Oxford: Clarendon Press, 1994. 290 p.

НОРМАТИВНОСТЬ И ЛЕГИТИМНОСТЬ ПРАВА С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ М. ВАН ХУКА

С работой профессора Гентского университета М. ван Хука «Право как коммуникация» русский читатель познакомился благодаря переводу М. В. Антонова и А. В. Полякова [Хук, 2012]. Выдвинутая М. ван Хуком «перспектива» осмысления права как коммуникации выстраивается юристом-правоведом на традиционном поле теории права. Ее развитие также осуществляется в концептуальном пространстве, сформированном противостоянием закрытого подхода Лумана и открытого — Хабермаса. Хотя оно не было завершено «прорывным» для теории права результатом, его интегративные, универсалистские интенции еще могут принести свои плоды, даже в весьма отдаленной перспективе.

Сначала необходимо обозначить идейные источники движения мысли ван Хука. К ним относятся: во-первых, сравнительное правоведение, во-вторых, теории глобализации, в-третьих, правовой плюрализм, в-четвертых, сетевой подход. Все они тесно взаимосвязаны как в биографическом аспекте творчества исследователя, так и в контексте теоретической повестки, детерминировавшей проблематику его работы «Право как коммуникация», опубликованной в 2002 г.

Правовая компаративистика как самостоятельная область исследования имеет длительную историю, прогресс в которой всегда затруднялся удвоением требований к исследователю, который в идеале должен быть достаточно эрудирован минимум в двух сравниваемых объектах, что предполагает высокий уровень владения двумя национальными языками и компетентностью в двух национальных правовых системах. Как писал Р. Давид, «сравнительное право показывает нам множество правопониманий. Оно знакомит нас с обществами, в которых право — синоним принуж-

дения и даже символ несправедливости, и тесно связано с религией и составляет ее сакральную часть» [Давид, Жоффре-Спинози, 2009: 14]. Можно сказать, что компаративист всегда погружен в правовую реальность, аксиоматически и априорно сконструированную как множественность правовых систем.

Если в середине XX в. главным ориентиром эволюции сравнительного правоведения была гармонизация национального права и унифицирующегося международного права, то на рубеже XX — XXI вв. главным трендом в правовом развитии стала усиливающаяся роль международных (над- и транснациональных) организаций, активно включающихся в правогенез. Мир права начинает трактоваться как пространство, в котором «глобальное и локальное оказываются нормативно-институционально связанными между собой» [Кравиц, 2011: 12] в процессах глобализации правовой коммуникации.

Глобализация стала внешним источником развития правового плюрализма, ситуации, когда множественные правовые системы не просто существуют одновременно, но когда некоторые из них одновременно действуют на одной территории. Формально истоком дискурса о правовом плюрализме (юридическом плюрализме, полиюридизме) считают публикацию в 1971 году сборника трудов Ж. Джиллисана «Правовой плюрализм», в котором концептуализировались полевые исследования обычного права и впервые было проведено различие между «действующим правом» и «государственным правом» [Gilissen, 1971]. От исследований обычного права постколониальных стран теоретики правового плюрализма перешли к исследованию правовых порядков, возникающих под влиянием глобализации на территории Евросоюза. Важно отметить, что эта концепция не предполагает анархичности сосуществующих правовых порядков, напротив, она учитывает характерные для них отношения соподчинения: «ни один из рассматриваемых правовых порядков не является полностью автономным. Они [правовые порядки] не изолированы ни от общества, ни от государства — они не могут не взаимодействовать с другими правовыми порядками» [Burg, 2013]. Еще конкретнее эту идею проводят Л.Х. Уршелер и Ш.П. Донлан: современные элементы правового плюрализма «скорее относительно, чем вер-

ховны, зависимы, а не независимы, приспособливаются, а не доминируют, и способны изменять свой нормативный охват в ответ на другие требования» [Donlan, Urscheler, 2016: 11].

Исследования глобализирующихся социальных порядков выдвинули на передний план понятие сети как структуры, становящейся альтернативой вертикальным иерархиям модерна. В правоведение сетевой подход проникал медленно, поскольку юридическая догматика всегда опирается на иерархический подход. Как показывает Г. Харшер, сетевой подход в правоведении основан на убеждении в том, что «сеть» более эгалитарна, чем иерархия, а значит, более «современна» и более демократична, сетевой подход предполагает, что классическая «вертикальная» иерархия будет заменена «горизонтальной» гетерархией, авторитет — консенсусом, послушание — переговорами, что в целом сетевая парадигма конотирует с творчеством, гибкостью, плюрализмом, обучением на протяжении всей жизни, мягкостью, общительностью, мирным сосуществованием, она предлагает более сложные уровни организации, нежели иерархия [Haarscher, 2005: 300–312]. В развитии этого подхода важную роль сыграла работа Ф. Оста и М. ван де Кирхова «От пирамиды до Сети? К диалектической теории права» [Ost, Kerchove, 2002], вышедшая в том же году, что и «Право и коммуникация». Ван Хук цитирует более раннюю работу этих авторов (с одним из которых он ранее работал в соавторстве [Hoecke, Ost, 1993]), очевидно, стараясь понятием «сеть» не злоупотреблять, тем не менее, его концепция циркулярности явно производна от сетевого подхода.

Свою работу «Право как коммуникация» ван Хук позиционирует как обобщенный взгляд на правовую теорию [Хук, 2012: 9], центром которого является анализ коммуникации в праве и для права. Теоретико-методологическими основами его анализа, как показывает А. В. Поляков, выступают теория коммуникативного действия Хабермаса, положения психологии, лингвистики, теория правового аутопойезиса Лумана, идеи Кельзена, Раза, Фуллера, Харта [Поляков, 2006: 39].

Констатируя многообразие подходов к определению права, ван Хук проводит параллель между образами права, формирующимися на обыденном уровне в результате негативного или положи-

тельного опыта контакта с правовыми явлениями и нарративами о праве, вырабатываемыми правовой теорией, — поскольку теоретики работают с разными аспектами права, они концептуализируют разный опыт о праве. При этом представления о праве, полученные в результате образования, неизбежно расходятся с опытом, поскольку право меняется. Его изменения протекают медленнее, чем изменения социального контекста, а теоретическая рефлексия запаздывает еще больше. К моменту трансляции рассогласование не просто неизбежно, оно удваивается и утраивается, поскольку на момент формирования образа права имела место конкуренция разноаспектных подходов. На первый взгляд, постулирование изменчивости права является общим местом, но ван Хук идет дальше и утверждает, что историческая детерминированность развития права закономерно приводит к тому, что разные поколения людей застают разные этапы развития правовой реальности: «Теория, которая казалась очевидной предшествующему поколению (часто потому, что оно хотело видеть ее очевидной: люди верят в то, во что они хотят верить), может показаться странной в настоящее время. Во-первых, это новое поколение забывает исторические соображения, которые вызвали к жизни существующие теории... Во-вторых, установившаяся теория уже не отвечает реальности» [Хук, 2012: 14]. Различные аспекты права могут недооцениваться или переоцениваться в теории, но ван Хук концентрируется не столько на проблеме расхождения факта и теории (хотя и отмечает, что в основе юридического позитивизма XIX в. лежит наивная вера в существование «чистых фактов», т. е., по сути, одна из самых рациональных правовых доктрин основана на зыбкой эпистемической иллюзии), сколько занимает позицию жесткого историзма. Он демонстрирует ее на примере сопоставления средневекового и современного права: «Нам очень трудно сегодня осознать, как наши предки представляли себе феномен, называемый правом, но мы можем предположить, что в современной юридической литературе можно найти лишь очень немногие дефиниции, которые бы этому соответствовали. Такие концепции права, как концепция Кельзена или аутопойетическая система, не могли вписаться в средневековую картину мира не потому, что средневековые люди расходились во мнениях, но потому, что они просто не могли понять

эти подходы. Они не могли соответствовать их мировоззрению, в котором не было места для подобных рациональных, системных подходов к действительности» [Хук, 2012: 18]. Право разных эпох может быть весьма мало похожим, в разное время доминируют различные правовые институты и формы, и дать в теории все возможные перспективы такого многообразия невозможно. Но можно, и в этом ван Хук видит свою задачу, найти такой ракурс взгляда на право, который позволит увидеть большее количество таких ключевых эпохальных перспектив. Если исчерпывающий взгляд на право невозможен, то это отнюдь не значит, что при выборе между узким и широким охватом нужно предпочесть первое.

Максимально широкий взгляд на право дает его интерпретация через категорию «коммуникация». Это значит, что право рассматривается как инструмент человеческого взаимодействия, причем инструмент процессуальный. Важно, что ван Хук исходит из того, что коммуникация в праве обнаруживается на разных уровнях и в разных формах, т.е. речь идет о разных способах и видах коммуникации, характерных для права, а не о том, чтобы право специфицировать к конкретному типу коммуникации, обладающему особыми характеристиками, или его элементам, к тем же правовым нормам, например.

Опираясь на парадигму интерессубъективизма, мыслитель настаивает на том, что «чистые факты» являются конструктами, зависящими от опорных структур теории, разрабатывающей их описание (реальность частично детерминирует теорию, теория частично детерминирует право). Попытка определить право предполагает такую теоретическую работу, в которой будет учитываться как существование конституций, актов, законодателей, судов, государств, договоров и других юридических фактов, так и смысл, придаваемый праву обывателями и юристами в наше время [Хук, 2012: 26].

Эта работа должна начинаться с калибровки применимости коммуникативного подхода к общепризнанным¹ признакам права, анализа последних с точки зрения прояснения их содер-

¹ Ван Хук в названии соответствующей главы помещает слово «возможные» в скобки: «(Возможные) признаки права», тем самым акцентируя дискуссионность набора признаков права, обычно приводимых в юридической литературе как однозначно определенные, проблематизируя тем самым существующие перечни.

жания и установления того, насколько они могут быть объяснены через коммуникацию. Ван Хук выбирает для нее девять признаков права: 1) право как регулятор человеческого поведения; 2) право как совокупность норм; 3) право как институционализованный нормативная система; 4) право как продукт государства; 5) право как результат принуждения; 6) право как автономное образование; 7) право как закрытая и полная система; 8) право как культурный феномен; 9) право как справедливость.

Первый признак исследователь заужает, доказывая, что право регулирует не человеческое поведение вообще (к нему не относится то, что делает Робинзон Крузо на необитаемом острове в одиночестве), а только человеческое взаимодействие (коммуникацию), межличностное поведение.

Второй признак уточняется в контексте ограниченности совокупностей норм, присутствующих в обществе (кроме права, ван Хук относит к ним мораль, религию, идеологию, обычаи, обыкновения и этикет — перечень исчерпывающий). Специфику права в ряду других нормативных систем он связывает с тем, что, во-первых, санкции права формулируются четко и конкретно до нарушения права и, во-вторых, процесс наложения санкций также регламентируется правом [Хук, 2012: 32]. Кроме того, нормы права всегда связаны друг с другом хотя бы слабыми связями, поэтому они являются не «коллекцией», а системой.

Третий признак ван Хук детализирует от общего к частному, начиная с формальной институционализации. Здесь он опирается на идею Харта о том, что право представляет собой единство первичных и вторичных правил. Первичные правила адресованы к членам общества и представляют собой дозволение или запрет тех или иных действий. Вторичные правила — это правила о правилах. Их институционализация проходит в двух аспектах — структурном и процедурном и приводит к появлению двух уровней — правотворчества и правоприменения. Функциональное разделение на нормотворчество и нормоприменение обнаруживается в любой правовой системе, тогда как структурно оно не обязательно, поскольку обе функции могут сосредотачиваться в одних руках. Создание правил предполагает установление значения и границ применения правила, поэтому институ-

ционализация всегда конкретизирует как определение правил, так и установление их применимости.

Далее ван Хук отказывается следовать за Хартом, вводящим третий тип вторичных правил, а именно — правила признания. По его мнению, эти правила социетальны, а, значит, не могут быть институционализированы, как то, что является фактом, а не нормой. Эти правила, касающиеся установления источников права, постоянно находятся в движении.

Ван Хук разделяет социологическую и профессиональную институционализацию права. К первой он относит «обобщенное признание в данном обществе формальных институтов рассматриваемой правовой системы» [Хук, 2012: 41]. Это понятие он использует, чтобы иметь возможность обозначить процесс социальной легитимации права таким образом, чтобы можно было определять степени его действенности (эффективности). В этом случае речь должна идти не о том, что в данном обществе соблюдаются установленные правовые нормы, а правовые институты и должностные лица признаются имеющими власть «делать право действительным», реализовывать его. Иначе говоря, социальная институционализация права предполагает признание не первичных правил, а вторичных, а само признание трактуется как феномен социальной психологии. Такое социально-психологическое признание позволяет ван Хуку разграничить, например, правовую систему Италии и нормативную систему итальянской мафии. Нормы права, установленные государством в Италии, могут не соблюдаться или соблюдаться реже, чем мафиозные правила, но мафия никак не может «контролировать верования народа в действительность вторичных правил» [Там же].

Профессиональная институционализация права характерна не для всех обществ и не является необходимым условием для существования права, но она является признаком развитости правовой системы. Только на современном этапе формируются три вида самостоятельных юридических профессий — законодатели, представители юстиции и представители доктрины, при этом степени и темпы их профессионализации автономны друг от друга и асинхронны, возможна ситуация, когда профессия судьи отличается сложным набором норм, регулирующих эту роль, а профес-

сионализация доктрины является слабой. Профессионализацию научной деятельности мыслитель считает необходимой для дальнейшего развития современного права.

В четвертом признаке ван Хук сосредотачивается на связи государства и права. Он исходит из представлений об эрозии национального суверенитета в период глобализации, связанной с утратой государствами некоторого объема властных полномочий, децентрализацией и появлением Евросоюза. Из этого следует ослабление верховенства правовых систем, установленных централизованными государствами. Обращаясь к новой роли национальных и международных спортивных организаций, церквей, объединений нацменьшинств, ван Хук настаивает на том, что для «правовой системы первичной является способность устанавливать соглашения, а не быть производной от соглашений», ее производность от государства и связь с ним для него, очевидно (во всяком случае, для самого автора), отходит на второй план. Ключевой в этом случае является апелляция к феномену международного права.

Формальная институционализация как появление правил о правилах универсальна для всех правовых систем, социологическая институционализация (легитимация) характерна как для государственных, так и для не государственных правовых систем (например, для канонического права), профессиональная институционализация чаще встречается в государственных правовых системах, но ей обладает то же каноническое право. Иначе говоря, институциональные признаки правовой системы сами по себе прямо не связаны с государством. Ван Хук предлагает выйти в широкий социальный контекст для ответа на вопрос о том, какие именно виды структурированных общественных отношений являются правовой системой. Он однозначно декларирует правовой плюрализм, развитие которого на уровне определения права он связывает с отказом от юридического понятия государства в пользу социологического понятия общества. Поскольку последнее весьма плюралистично благодаря широкому спектру парадигм социальной теории, ван Хук использует максимально приближенное к потребностям правовой рефлексии понятие общества, введенное Дж. Финнисом, согласно которому общество может суще-

ствовать «везде, где в течение определенного промежутка времени происходит координация деятельности ряда индивидов в форме взаимодействий и представлений об общей цели» [Finnis, 1980: 153]. В этом случае речь идет о социологически институализированной группе людей, в которой распределяются различные функциональные совместные интеракции и есть конкретные общие верования и ценности, сплачивающие группу, но разделение правил на первичные и вторичные еще не акцентировано. Так понятие «общество» может учредить конституционный договор и стать государством, отвечающим классическим признакам Ф.Энгельса. Но оно может представлять собой и меньшую группу в составе большей или на «пересечении» больших групп (и даже «над» ними). И в этой группе будет сплавляться традиция и инструментализм, «исторически развивавшиеся правила и общие цели» [Хук, 2012: 48], для которых выработаны «новые правила» [Там же] под оперативную координацию наличных функциональных задач социального обмена. С социологической точки зрения такая группа в смысле финнисовского общества представляет собой зрелый тип средних и переходящих в большие социальных групп, со всеми выделяемыми социальными теоретиками признаками (цель, ролевое взаимодействие, контроль, образцы поведения, правила, чувство принадлежности и ролевые ожидания), позволяющими отличить их от социальных движений, групп по интересам, воображаемых сообществ и т.п. На правовом уровне финнисовское общество ван Хук отождествляет с понятием «полуавтономного поля» С.Мур, классика кросс-культурных сравнительно-правовых исследований. Ключевой особенностью автономного поля является способность самостоятельно генерировать собственные нормы, обычаи и символы, а не культивировать общесоциальные. Такой подход весьма эффективен в контексте правовой компаративистики, поскольку позволяет исследователю фокусироваться на разноуровневых правовых нормах, вызванных к жизни разными источниками права в одном социальном контексте, не ставя вопрос о статусе источников. Он очень удобен там, где позитивные правовые нормы сосуществуют с обычными нормами, прецедентами и договорами. Но легко превращается в маргинальный подход там, где правовая система основана на нормативно-пра-

вовых актах, и именно они составляют эмпирическую базу для юридической квалификации и научного правового исследования.

Тем не менее, он позволяет ван Хуку выдвинуть следующее определение права: право есть институционализованный нормативная система сообщества [Там же]. Понятие «сообщество» воспроизводит логику и Финниса, и Мур, оно применимо к любым социальным группам, производящим правовые нормы, независимо от того, опираются ли они на военную силу, как государства, или на международные политические дебаты, как международное право. Монополию на применение военных сил в рамках конкретной территории, способность структурировать политические дебаты и делать выбор, связывающий все правовые системы, действующие на конкретной территории, ван Хук считает признаками государства. Разумеется, он не игнорирует ведущую роль государства как политического сообщества в современных процессах правообразования, скорее, он отрицает исключительность этой роли.

В анализе пятого признака, принуждения, ван Хук переходит к принципиальным основаниям своей позиции. Казалось бы, этот признак легко скомпрометировать как прямой вывод из итога по предыдущему: если не все правовые системы порождены государством, а признаком государства является монополия на принуждение, то не все правовые системы опираются на принуждение. Однако ван Хук идет дальше и исследует «механику» работы санкций, исходя из модели права, установленного государством. Он утверждает, что, хотя принуждение подкрепляет общую легитимацию власти, пока не начинается ее кризис, для определения права оно незначимо. Во-первых, сами санкции имеют значительно более слабый характер, чем это обычно постулируется, поскольку они могут вообще не применяться, применяться редко и, так сказать, «по нижней планке». Во-вторых, санкции аналитически значимы для первичных и вторичных правил, а не для правовой системы в целом, и значимы они как возможность, а не социологический факт. Большинство правил соблюдается спонтанно, например, люди чаще всего вступают в брак потому, что хотят жить с любимым человеком, а не потому, что хотят реализовать правовую норму; не убивают других людей потому, что не имеют ни малейшего желания этого делать. Те нормы, которые дей-

ствительно регулируют поведение, могут приниматься в разной степени — полностью, условно или принудительно, а в случае принятия все равно могут нарушаться, независимо от того, какая санкция за это предусмотрена, поскольку детерминированы мотивами иного порядка. Точно также и выполнение правил может быть никак не связано с самой нормой, а объясняться аффектами или экономической выгодой.

Шестой признак, автономность права, ван Хук рассматривает с позиции системного подхода — право является частью социальной системы. Поэтому оно относительно автономно. Как показывают И. Л. Честнов и Е. Г. Самохина, слабая автономия права у ван Хука означает, что речь идет не просто об отражении правом набора внеправовых правил [Chestnov, Samokhina, 2020: 46]. Если бы право было абсолютно автономно, оно бы не нуждалось во внешней (в терминах ван Хука — социологической) легитимации. Но и внутренняя легитимация (самолегитимация) автоматически не предполагает автономии. Рассмотрение формальной автономии ван Хук начинает с критики кельзеновской модели легитимации права. Под ней понимается линейный процесс, в котором судебное решение обосновывается более высоким правилом, а оно само — вышестоящим, и так вплоть до основной нормы. Ван Хук показывает, что вышестоящие нормы в иерархии права не только обосновывают нижестоящие нормы, но и сами обосновываются ими (например, судебная власть подчинена законам, но некоторые суды могут отменять некоторые виды законов). Эту специфику права ван Хук называет циркулярностью и подчеркивает ее коммуникативный характер, поскольку циркулярность не реализуется автоматически, а требует коммуникативных действий и аргументации. Ванхуковское понятие циркулярности Р. Мансилла конкретизирует следующим образом: циркулярность — это гетерархическая связь, которой нормы связаны друг с другом как в цепочке круговых причинно-следственных процессов, где существует взаимное влияние [Mancilla, 2020: 56].

Затем исследователь конкретизирует «относительность» закрытости/открытости правовой системы, поскольку недостаточно констатировать, что одни системы более/менее открыты, чем другие, необходимо указать, что в системе «открывается», что «за-

крывается» и какими именно способами. Здесь ван Хуку помогает критика лумановского аутопойезиса, который он использует как точку опоры, одновременно показывая уязвимость лумановских схем и предлагая их корректировку. Правовые системы закрыты оперативно, т.е. они перерабатывают социальные факты в факты юридические по своим собственным правилам, не включая в этот процесс внешних социальных агентов. При этом когнитивно правовые системы открыты, поскольку постоянно взаимодействуют с «внешним» миром, в который, кстати, включены и другие правовые системы. Важно отметить, что понимание автономии, отстаиваемое ван Хуком, задано общей методологией системного подхода (в данном случае то обстоятельство, что работает он преимущественно с его лумановской версией, неважно, поскольку аутопойезис ровно на системный подход и опирается), поэтому автономия отнюдь не исключает отношений взаимозависимости — системы могут использовать другие системы как ресурс, без которого их существование проблематично, или управлять друг другом, но они не могут быть частями друг друга, что, конечно, не мешает им играть роль подсистем в предельно общей социальной системе.

В итоге этой специфической открытости формируются следующие виды автономии права: формальная автономия (сводится к наличию у правовой системы собственных институтов), процедурная автономия (вторичные правила), профессиональная автономия (юридические профессии), методологическая автономия (особый язык, стиль и аргументация внутри правовой системы) и доктринальная автономия. Формальная и процедурная автономия универсальны, профессиональная характерна только для развитых правовых систем, методологическая в разных системах имеет разные степени сложности, доктринальная появляется там, где есть профессиональная и сложная методологическая автономия.

Чем больше видов автономии обретает система по мере развития, тем выше циркулярность ее норм и тем меньше она нуждается во внешней легитимации, поскольку сама осуществляет легитимацию в юридических терминах и на основе юридических источников, т.е. внутренними способами. При этом рост автономии неизбежно приводит к аутопейетическому парадоксу: «чем больше правовые системы развиваются и становятся автоном-

ными как системы, тем меньше их автономия определяет их содержание» [Хук, 2012: 67].

Поскольку современные правовые системы основаны на общности методологической автономии (у них общие правовой язык, стиль и аргументация) и заимствуют нормы и понятия друг друга, будучи при этом связаны отношениями циркулярности, их автономия друг от друга слаба, но эта слабость является основой сильной автономии от других социальных систем, появляющейся в результате синергического эффекта. При этом первичные нормы обладают слабой автономией от внешних социальных систем (зависят от них и детерминированы ими), а вторичные — сильной. В целом нужно отметить, что анализ автономии как признака права ван Хук строит в лумановской парадигме (в тойнберовской ее версии), внося в нее корректировки и уточнения, связанные с калибровкой системного подхода.

Эту логику он продолжает, обращаясь к седьмому признаку, к которому были отнесены полнота и закрытость права. Ван Хук продолжает отстаивать тезис об относительной открытости права как системы, полемизируя с Кельзенем (статическая модель закрытой системы права) и Луманом (динамический закрытый аутопойезис). Исследователь отмечает, что максимальная полнота права характерна для государственных систем, сумевших за последнее столетие охватить почти все сферы общественных отношений. Однако это обстоятельство он использует для того, чтобы показать не только диалектику операциональной закрытости и когнитивной открытости, но чтобы доказать, что и операциональная открытость также не абсолютна: правовые системы не могут быть полностью завершенными на уровне первичных правил (многообразие ситуаций неисчерпаемо). На вторичном уровне правовая система должна закрываться на основе «правила закрытия», т. е. правила, определяющего алгоритм действий при обнаружении ситуации, не регламентированной правовой системой на уровне первичных правил. Ван Хук показывает, что «правило закрытия» имеет ограниченную область применения, а часть ситуаций пробела снимается на третьем уровне «технической закрытости», где правовая система решает использование правил других систем для закрытия своих пробелов, а решение это

детерминировано четвертым уровнем, идеологическим, интегрирующим в право неправовые ценности. Таким образом, и на операциональном уровне правовая система никогда не бывает полной и закрытой, выступая четырехуровневой системой разрывов, закрываемых разными способами, причем последний уровень циркулярно связан с первым.

Восьмой признак — связь с культурой. Эта связь начинается с общих ценностей и мировоззрений, затем охватывает ценности групповые (причем к ним относится само переживание групповой принадлежности как особая ценность), затем переходит на уровень собственно правовой культуры, дифференцирующейся на внешнюю (представления обывателей о правосудии, справедливости, правопорядке и т. п.) и внутреннюю (профессиональная культура юристов). Как показывает Й. Крайован, у ван Хука правовая культура в своем ядре, т. е. базовой парадигме, содержит ключевые точки зрения на концепцию права, источники права, методологию права, легитимность права, в более общем плане, общие ценности и определенный взгляд на мир [Craiovan, 2019: 320]. Правовая культура порождается правом, может блокировать его развитие или ускорять его, но, по мнению ван Хука, зависит от политической воли, вплоть до утверждения о том, что юристы прекратят менять свои привычки, если их к этому вынудит право [Хук, 2012: 85].

И последний признак — справедливость. По мнению ван Хука, справедливость сама по себе не является сущностным признаком права, однако стремление к ней атрибутивно для любой правовой системы: «право всегда претендует на обладание хотя бы минимумом справедливости и честности» [Там же]. Эта идея «минимальной справедливости», понимаемой как применение принципа справедливости на уровне создания и применения права, важна для социологической институализации (легитимации) права. Пренебрежение ею может привести к кризису и смене правовой системы, но вовсе не обязательно к ним приводит, поскольку объектами социальной критики по вопросам справедливости являются правила, установленные представителями публичной власти, а также действия этих представителей.

Таким образом, три признака из девяти ван Хук не считает пригодными к применению, из оставшихся шести пять переопре-

деляются преимущественно в контексте детализации их «частичности» или возможности градации степени выраженности. Что остается? Право — регулятор человеческой коммуникации, представляющий систему норм, в которую включены первичные и вторичные (нормы о нормах) нормы. Вокруг вторичных норм могут выстраиваться юридические профессии, признание этих норм обществом делает правовую систему действующей. Правовые нормы создаются сообществом, которому необходимо координировать социальную деятельность внутри себя ради достижения общих целей (в эти цели имплицитно встроена справедливость); таких сообществ много, те из них, что являются политическими, создают государственные правовые системы, использующие монополию на подчинение. Система норм динамична, нормы «расположены» иерархично, но при этом их возникновение циркулярно: они могут возникать как на низшем уровне под влиянием норм высшего уровня, так и наоборот. Формальная и процедурная автономия (установление самих первичных и вторичных норм и порядков их производства) универсальна, над ними может «надстраиваться» профессиональная, методологическая и доктринальная автономия. Последние три вида автономии возникают не везде, могут возникнуть в разных комбинациях, правовые системы с разным набором автономий сосуществуют и взаимодействуют друг с другом, по отношению к порождающему их сообществу как социальной системе они в высокой степени операционально закрыты (есть система разрывов, позволяющих компенсировать принципиальную неполноту норм таким образом, что в итоге система переводит, «объявляет» неюридическое юридическим там, где разрыв радикален) и открыты когнитивно. Правовая система продуцирует появление в культуре специфических ценностей (правовых) разного порядка, их взаимодействие может влиять на развитие самой системы.

После анализа определения права и его признаков ван Хук рассматривает функции права, т.е. ту работу, которую право выполняет в обществе (речь идет всегда об обществе в специфическом, финнисовско-муровском смысле сообщества — полуавтономного поля). Право структурирует политическую власть, легитимируя ее; оно сохраняет социальную связь, интегрируя социальную систему и консолидируя саму правовую систему; право содействует инди-

видуальной жизни, намечая наиболее эффективные и разумные модели социальных интеракций в практически бесконечном разнообразии потенциальных действий; создает сферы автономии в условиях дефицита усилий конкретных людей; побуждает индивидов к желаемому (наиболее удобному для всех) поведению; координирует, согласует человеческую деятельность; предлагает инструменты для заключения частных соглашений; позволяет индивидам и их объединениям концентрировать ресурсы; делает возможным безопасное для индивидов перераспределение этих ресурсов (в форме товаров и услуг); обеспечивает разрешение конфликтов.

От рассмотрения функций права ван Хук переходит к правовым нормам, которые уже им разделены на первичные и вторичные. Вторичные выступают структурой для первичных [Хук, 2012: 101]. И те, и другие он рассматривает как основания для действия человека и воспроизводит выдвинутое Дж. Разом деление норм на обязывающие (прескриптивные в терминологии ван Хука), разрешающие и предоставляющие полномочия. Все три вида облегчают действие, поскольку: а) предоставляют готовую модель действия, экономя мышление, и б) синхронизируют ожидания людей, прогнозирующих поступки друг друга. И здесь возникает вопрос о том, кому в первую очередь помогают нормы, т. е. кто является коммуникантом в коммуникации, инструментом которой (сообщением) является сама норма, и как соотносены коммуниканты. Ван Хук противопоставляет командную теорию права, отождествляющую закон с чистой волей суверена, движение реалистов, в американской версии акцентирующее роль судей как нормополучателей, а в скандинавской — роль граждан, и теории «черных литер», сводящие норму исключительно к тексту. Это противопоставление позволяет ему «распределить» функции элементов коммуникации, показав влияние нормоотправителя и нормополучателя на саму норму и их обоих — на ее анализ, интерпретацию и реализацию.

Анализ правовых норм нужен для того, чтобы подойти к системному изложению специфики правовой коммуникации и обосновать используемую им модель коммуникативного акта. Роли коммуникантов он уточняет следующим образом. Нормоотправителем является формальный законодатель, даже если он не совпа-

дает с реальным коммуникатором, поскольку законодательный процесс выступает синтезом коммуникаций между профильными комитетами законодательного органа и агентами политических дебатов по поводу нормы. Нормополучатель включает в себя и граждан, и «судей», причем вторые включаются в коммуникацию как «средства», позволяющие изменить поведение первых.

Именно связи между нормами, совпадающие с коммуникативными процессами, лежат в основе правовых систем. Первичные нормы, по его мнению, в исторических масштабах редко организуются в иерархию, где их иерархичность формируется через логическую иерархию понятий, аксиологическую иерархию, иерархию источников права, системную иерархию отраслей и входящих в них институтов. Анализ правовой системы всегда основан на статике (требует гипотетического синхронического «снимка» из статичной позиции), тогда как анализ механизма права, под которым мыслитель и понимает совокупность связей между нормами, требует учета динамики, «фильма». Связано это с таким аспектом вторичных правил, как их неполная формализация, вызванная циркулярностью. Оказавшись на перепутье между иерархическими и анархическими моделями правовых систем², ван Хук выбирает компромиссную позицию в оценке реальной модели: «ни одна правовая система не может быть полностью “иерархической” или полностью “анархической”, но всегда будет в некоторой степени циркулярной» [Хук, 2012: 152–153]. Циркулярность для ван Хука оказывается понятием, позволяющим сочетать индивидуальное стратегическое действие, ориентированное на партикулярные цели актора, и коммуникативное действие, ориентированное на общую цель, в терминологии Хабермаса. Встроенность частных и общих целей в коммуникативность циркулярности формирует системную структуру правовой системы.

Таким образом, ван Хук подходит к ключевому моменту своей концепции, где начинает применять модель сети для объяснения системного взаимодействия. Поскольку ван Хук не работает в традиции, проводящей линию демаркации между системой права и правовой системой, вопрос об атомарном статусе правовой нормы

² Здесь ван Хук апеллирует к работе: *Kerchove M. van de, Ost F. Legal System Between Order and Disorder. Oxford, 1994.*

ему нет необходимости ставить. Право предстает для него как связанные сложными сетями взаимной циркуляции комплексы первичных и вторичных норм, в каждом из которых есть собственные правила построения нормативных иерархий. Этот конгломерат норм размыкается «во все стороны», в социальное и в другие правовые системы, зоны размыкания также представляют собой сгустки сетей. Коммуникация циркулярности возвышается над механикой взаимодействия благодаря включенности в применяемую аутопойетическую методологию аспекта понимания, а значит, смысла, собирающего в единое целое правовую систему. Именно поэтому ван Хук постулирует теоретический статус правовой системы, настаивая на том, что она есть «не некий действительный факт, но продукт теории» [Хук, 2012: 159]. Смысл конструируется как когерентность, логичность норм, их внутреннее единство и внешняя связь с социальными фактами. Поэтому в правовой системе неизбежно переплетаются форма и содержание, неразрывно связанные друг с другом. Выбранная для анализа точка зрения определит подход к теоретическому конструированию формы наблюдаемого типа права (правовой семьи), из которого будет потом выводиться «базовый элемент» права, релевантный для этого типа структуры. Иначе говоря, первоэлементом права всегда будут структуры коммуникативного действия, в данных исторических условиях формирующих правовые нормы. Этот ключевой вывод ван Хука вызывает наибольшую критику [Vertea, 2005], поскольку он не дает конкретного и однозначного ответа о том, какой элемент в цепи «нормоотправитель — правовая норма — нормополучатель» делает саму эту цепь правовой.

В защиту концепции ван Хука можно отметить два обстоятельства. Первое: универсальность выбранного им базового элемента (структуры коммуникативного действия) выявляется тогда и там, где исследователь работает с разными правовыми системами и может сопоставлять и сравнивать их только при условии использования пяти видов автономии, которые наслаиваются друг на друга, как куклы в матрешке. Эти куклы весьма различны по размеру и форме, которая может быть, допустим, зооморфной, антропоморфной или сложной стереометрической. Грубо говоря, перед исследователем лежит три таких матрешки, в каждой из ко-

торых есть первые два слоя (формальная и процедурная автономии), поскольку они универсальны, у двух есть третий слой — профессиональная автономия, и только у одной есть четвертый и пятый — методологическая и доктринальная автономия. Каждая из условных «матрешек» является правом в полной мере, нельзя сказать, что что-то в ней является не/внеправовым. В самой толстой «матрешке» способы производства правовых норм очень сложны и перегружены циркулярными сетями, в самой тонкой они «усечены» и включают гораздо меньше видов агентов-коммуникантов. Если разрезать «матрешек права» на части и попытаться сопоставить полученное через механическое соотнесение, обнажатся только различия, между тем, сходства обнаруживаются в сердцевине слоев и в способах их дальнейшего производства, который и сводится к формированию коммуникативных структур.

Второе: ван Хук детализирует различные виды правовой коммуникации, однако работает он при этом с современными правовыми системами, в которых сложилась профессиональная, методологическая и доктринальная автономия. Как показывают Л. Х. Уршелер и Ш. П. Донлан, ван Хук, будучи одновременно компаративистом и теоретиком права, включает в свой анализ правовые нормы, выходящие за рамки позитивных правовых предписаний, и ставит вопрос сущности «правовой системы», исходя из того, что эта система кажется естественной, а ее значение — самоочевидным, несмотря на то, что по факту она является «изобретением» континентальной Европы [Donlan, Urscheler, 2016].

Профессиональная автономия, как показано выше, предполагает разделение юридических профессий, базовым из которых является деление на законодателей и судей. Вторая предполагает конкретизации связи правового мышления (которое, будучи заданным исторически, практически и конкретно, заключается в принятии решений [Хук, 2012: 171]) и языка, основанного на треугольнике «отправитель — знак — получатель», где знак через смысл обозначает реальность [Хук, 2012: 173]. Смысл ван Хук понимает как содержание сообщения, закладываемое отправителем и/или интерпретируемое получателем. Перед нами в итоге модель коммуникации, которая при необходимости легко трансформируется в классическую линейную модель Лассуэлла, устанавливающую

изменения в сознании и поведении реципиента под влиянием переданного коммуникатором сообщения, или в циркулярную модель Осгуда — Шрамма, калибрующую динамику содержания сообщения от заложенного коммуникатором до понятого реципиентом. На этой основе ван Хук описывает законотворчество через одностороннюю модель Лассуэлла, где односторонняя коммуникация основана на властеотношении, подчиняющем граждан как реципиентов тому содержанию сообщения, который дает законодатель. Позднее на основе идей ван Хука выдвигались проекты полимодельного инструменталистского подхода к законотворчеству [Butculescu, 2014; Kłodawski, 2012]. Но в его концепции линейной специфике законотворчества подчиняется методология законодательства, разрабатывающая подходы к дефинициям и обозначению логических связей между ними, и определяющая подходы к толкованию законов и интерпретации правовых принципов.

Сложнее дело обстоит с атрибуцией правовой коммуникации, осуществляемой судьями. В первом приближении судья выступает интерпретатором норм законодателя, т. е. должен бы быть встроен в предыдущую модель. Однако ван Хук настаивает на отношениях циркулярности между законодателями и судьями. Конституционные суды отменяют законы, а вышестоящие суды иногда принимают позицию нижестоящих, меняя толкование нормы весьма существенным образом. В этом случае речь идет о правовой коммуникации судья — законодатель, где правоприменительная норма оказывается сообщением, а новая правовая эффектом. Но такая модель является результирующим вектором целой серии совещательной коммуникации, пронизывающей судебную практику. Совещательная коммуникация чаще всего (но не всегда) приближается к диалогической модели равноранговой коммуникации и приводит к появлению особых коммуникативных сфер, в которых происходит убеждение сторон, приводящее к тому, что их позиция становится если не консолидированной, то хотя бы не конфликтной. Ван Хук описывает пять таких сфер [Хук, 2012: 238]. Первая — обе стороны принимают решение, предлагаемое судьей, соглашаются с ним. Вторая — вышестоящий суд принимает аргументы обеих сторон, включая несогласную с судом первой инстанции, и аргументы самого этого суда. Третья — если дело до-

статочно интересно, то оно публикуется в учебной или научной литературе, и к обсуждению присоединяются ученые-правоведы. Четвертая — дело получает медийный резонанс, к его обсуждению присоединяются СМИ, оно выходит за рамки юридической аудитории. Пятая — дело получает общественный резонанс, к его обсуждению присоединяются граждане. В итоге расширения сфер по разным вопросам формируются различные варианты публичного форума, отвечающего за общественный контроль, критику и обсуждение. Множественность публичного форума есть реализация циркулярности судебных решений, которая при этом столь сложным и многоступенчатым способом обеспечивает легитимацию судебной власти, рекрутирование которой в демократических обществах почти всегда осуществляется недемократическим (профессиональным) способом. В результате такой интерпретации применение права оказывается многосторонним коммуникативным процессом, включающим законодателя, судей различных инстанций, госслужащих, участников судебного процесса, ученых-правоведов, СМИ и даже общество как целое.

Особое внимание он уделяет правовой доктрине — последнему уровню автономии права, далеко не массовому для существующих правовых систем. Правовая доктрина является главным пространством и, одновременно, главным инструментом совершенствования юридического языка и юридической методологии, которые сами собой, на уровне методологической автономии, не могут достичь высоких степеней совершенства. В контексте доктринальной методологии он выдвигает гипотезу о том, что она является основанием для дальнейшего развития права, поскольку позволит добиться того, что юридические «профессии будут использовать деятельность друг друга как строительные блоки для построения собственной функциональной деятельности» [Хук, 2012: 243]. Фактически, речь идет о том, что на уровне доктринальной автономии появится возможность формировать коммуникативные структуры, гибко координирующие коммуникацию основных юридических профессий способом, не снижающим уровень их институционализации.

Основными очевидными функциями правовой доктрины являются описание правовых норм (разработка теорий юридических

источников и теорий интерпретации) и систематизация законодательства. Но главный ее потенциал заключается в перспективной выработке консенсуса юристов, объединяющего практику и теорию. Этот консенсус и представляет собой правовую культуру, возникающую вокруг правовых исследований по закономерностям общенаучных парадигм Т. Куна. Правовая культура строится на общности понятий в вопросах дефиниции права, установления его источников, методологии его создания и применения, теорий аргументации и легитимации, а также общей базовой идеологии. Обсуждения базовых понятий могут быть как эксплицитными, так и имплицитными для большинства юристов, тем не менее, именно они являются основой их долгосрочной внутренней межпоколенческой коммуникации и коммуникации с обществом в целом. И именно они закладывают структуры коммуникации, необходимые для легитимации права, особенно дефицитной в условиях государственного права, установленного на демократических началах. Стоит отметить, что механику такой легитимации, характерной для наблюдаемого ван Хуком общества, исследователь детализирует таким образом, чтобы согласовать свои идеи с общими контурами хабермасианской делиберативной демократии. Правовая доктрина у него размыкается в публичные форумы, вместе с которыми начинает формировать структуры широкого спектра коммуникативных действий.

В начале своего исследования ван Хук констатировал асинхронность теории и практики, причем инерционность первой определял как более высокую, чем инерционность второй по отношению к социальной динамике. Эти разрывы инерции временами сокращаются, как в условиях нормальной науки, так и в ситуациях научной революции. Предлагаемая им калибровка лумановского аутопойезиса, который сам ван Хук характеризует как полностью формальный и позитивный теоретический проект [Хук, 2012: 258], заключается в размыкании с помощью сетевого по сути понятия циркулярности замкнутой правовой системы в делиберативные коммуникативные процессы демократического консенсуса по установлению легитимных законов. Право интерпретируется как открытая система, состоящая из комбинаций различных типов коммуникации (односторонних, многосторонних, командных

и совещательных), выстраиваемых иерархически, но внутри и поверх иерархий, связываемых в гибкое целое преимущественно сетевой циркулярностью. Теоретическое отражение такой системы предъявляет высокие требования к правовой доктрине. Если она сможет ответить на этот вызов, то сможет выдвинуть и обосновать эффективные алгоритмы построения коммуникативных структур, подкрепляющих коммуникативные действия, и максимально сократить инерционный разрыв, интенсифицировав развитие права.

Таким образом, ван Хук создает коммуникативную теорию права, позволяющую, с одной стороны, примирить противостояние закрытого (Луман) и открытого (Хабермас) подходов к праву таким образом, чтобы показать единство правового развития как результирующего вектора для множественных правовых систем прошлого и современности. Логика его теории призвана учитывать все возрастающую роль международных организаций в правогенезе в релевантной развитию двухуровневой правовой системы Евросоюза. Опираясь на правовую плюрализм, он отказывается от доминирования древовидных моделей правовой коммуникации в пользу близких к сетевым моделям циркулярным для того, чтобы сформировать максимально широкий взгляд на право.

Базовое понимание правовой коммуникации ван Хука интерсубъективно, в этом отношении ван Хук следует за Хабермасом. Интерсубъективная коммуникация институализируется в особую социальную подсистему, которой и является право, в этом отношении ван Хук следует за Луманом, корректируя его идеи так, чтобы показать когнитивную открытость правовой системы и ее не абсолютную операциональную закрытость. Анализ общепринятых в теории признаков права позволяет мыслителю сократить и переопределить их перечень, отказавшись от фундаментального значения таких признаков, как связь с государством, принуждение и справедливость.

В итоге право понимается им как хронологически последовательное, но достигаемое в разных правовых системах развитие уровней автономии права: первичные нормы, прямо регулирующие интерсубъективную социальную коммуникацию и «собирающиеся» в правовые институты, и вторичные нормы (нормы о нормах) в своем развитии порождают универсальные для всех

правовых систем формальную и процедурную автономию права; их усложнение приводит к появлению и институционализации базовых юридических профессий, обслуживающих правотворчество и правоприменение; появление у последних особого языка и основанных на нем стилей и типов аргументации завершается появлением методологической автономии права; трансляция методологии через систему профессионального образования и научную деятельность завершается формированием доктринальной автономии права.

Развитие уровней автономии приводит к тому, что иерархические связи между правовыми нормами все больше сменяются и/или дополняются циркулярными, тогда как сами нормы являются основанием правовой коммуникации.

Не существует универсального «первоэлемента» для всех правовых систем, у каждой правовой системы он свой собственный и представляет собой те или иные структуры коммуникативного действия, в данных исторических условиях, формирующих правовые нормы. Иначе говоря, указать раз и навсегда конкретный элемент цепи нормоотправитель — правовая норма — нормополучатель как источник ее правового характера невозможно. Зато таким образом можно конкретизировать виды коммуникации, характерные для того или иного уровня правовой автономии. Наиболее значимым для современного развития западных континентальных правовых систем он считает правовую коммуникацию доктринальной автономии права, поскольку она позволяет уменьшить асинхронность теории и практики.

Библиография к главе 16:

1. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М.: Международные отношения, 2009. 453 с.
2. *Кравиц В.* Юридическая коммуникация в современных правовых системах (теоретико-правовая перспектива) // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 5(298). С. 8–26.
3. *Поляков А. В.* Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2006. № 2 (265). С. 26–43.

4. Хук М., ван. Право как коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонова и А. В. Полякова. СПб.: ИД С.-Петерб. гос. ун-та, ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. 288 с.
5. *Berteau S. Mark van Hoecke*. “Law as Communication” // *The Edinburgh Law Review*. 2005. Vol. 9. P. 346–347.
6. *Burg W., van der*. A Pluralist Account of Legal Interactionism // *Erasmus Working Paper Series on Jurisprudence and Socio-Legal Studies*. 2013. No. 13-01. May 13. Version: 1.0. URL: <https://ssrn.com/abstract=2264108> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2264108>
7. *Butculescu C. R.* Considerations regarding law as an instrument of communication // *Juridical Tribune (Tribuna Juridica)*. 2014. Vol. 4(2). P. 22–29.
8. *Chestnov I. L., Samokhina E. G.* The Principle of Relativity in the Post-Classical Theory of Law // *Journal of Siberian Federal University. Series: Humanities & Social Sciences*. 2020. Vol. 13. No. 1. P. 42–49.
9. *Craiovan I.* On Legal Culture Concept Within Transdisciplinarity // *US-China Law Review*. August 2019. Vol. 16. No. 8. P. 318–323. doi:10.17265/1548-6605/2019.08.002.
10. *Donlan S. P., Urscheler L. H.* Concepts of Law: An Introduction // *Concepts of Law* / ed. by S. P. Donlan, L. H. Urscheler. Routledge, 2016. P. 1–18. <https://doi.org/10.4324/9781315573298>.
11. *Finnis J.* *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, 1980. 500 p.
12. *Haarscher G.* Some Contemporary Trends in Continental Philosophy of Law // *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* / ed. by M. P. Golding, W. A. Edmundson. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2005. P. 300–312.
13. *Hoecke M., van, Ost F.* Epistemological Perspectives in Legal Theory // *Ratio Juris*. March 1993. Vol. 6. No. 1. P. 30–47.
14. *Kerchove M., van de, Ost F.* *Legal System Between Order and Disorder*. Oxford, 1994. 199 p.
15. *Kłodawski M.* Przepis prawny jako komunikat. Uwagi o refleksji nad komunikacją w polskim prawoznawstwie // *W Komunikologia. Teoria i praktyka komunikacji* / red. E. Kulczycki, M. Wendland. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM, 2012. S. 205–222.
16. *La Pluralisme Juridique: Études Publiées Sous la Direction de John Gilissen*. Bruxelles: Université libre. Centre d’histoire et d’ethnologie juridiques, Éditions de l’Université de Bruxelles, 1971. 332 p.
17. *Mancilla R.* Sociocybernetics and Political Theory in a Complex World. Recasting Constitutionalism // *Sociocybernetics and Complexity*. 2020. 1.1. P. 1–120. doi:10.1163/25900587-12340001.
18. *Ost F., Kerchove M., van de*. De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit. Brussels: Facultés universitaires Saint-Louis, 2002. 596 p.

**СУЩНОСТЬ НОРМАТИВНОГО
В СОЦИАЛЬНОМ: МОДЕЛИ СУДЕБНОЙ
МЕТОДОЛОГИИ О. ЭРЛИХА
И Г. КАНТОРОВИЧА**

17.1. Постановка проблемы

К исследованию внутренних закономерностей правоприменительной деятельности, ранее не анализируемых аспектов применения права впервые обратилась теория «свободного нахождения права» [Липень, 1994]. Она возникла на основе критики юридического позитивизма, и, как и любому новому движению, всем сторонникам «свободного права» была свойственна критическая направленность взглядов. Казалось, что только критика и объединяет их в единое движение, отстаивающее нормативность социальной практики, и аналогично правовым реалистам говорить о едином «движении» или «школе» нет основания. Однако одним из объединяющих постулатов, которые также присутствовали в данном направлении [Луковская, 2014], был подход к праву как более широкому понятию, чем только опубликованный закон. Для поиска этого неформализованного права разрабатывались методологии, которые по-новому отвечали на вопросы: «где искать право?», «в какой форме искать право?», «как искать право?» и, конечно же, «что есть право?».

Две различные модели судебной методологии были предложены видными теоретиками права XX века О. Эрлихом и Г. Канторовичем. В отечественной науке принято относить этих правоведов к одному движению свободного права, однако, как будет показано далее, несмотря на схожие взгляды по одним вопросам, существует ряд позиций, по которым их подходы следует не столько

объединять, сколько разграничивать¹. Как представители одного социологического направления, они полагали, что законодательство пробельно, и восполнение пробелов следует осуществлять с учетом реальных отношений в социуме. Как пишет М. В. Антонов: «Ценность идей Эрлиха связана не с тривиальной мыслью о том, что право связано с обществом; их ценность — в создании экспликативной схемы, позволяющей констатировать и объяснить такую связь. Центральным звеном этой схемы и является концепция живого права, которая не «затуманивает», а, наоборот, проясняет то, как право формируется в обществе и транслирует в социальное общение представления о справедливости» [Антонов, 2013]. Этот вывод в полной мере применим и к концепции «свободного права» Г. Канторовича, который считал «живое право» Эрлиха предтечей собственной теории: «Эрлих направил штурвал на новую цель, стали возникать голоса со всех сторон, в теории и практике, в правовой философии и юриспруденции, в государственном и частном праве, в Германии и Франции, которые ежедневно усиливают свое количество и решительность, предрекая юриспруденции изменения» [Flavius, 1906]².

Однако, хотя обоими правоведами и признавалась специфическая роль суда, вместе с тем, предлагаемые учеными модели судебной методологии содержательно различаются. В связи с этим поставим дискуссионный вопрос о том, чем подходы О. Эрлиха и Г. Канторовича к судебной методологии отличаются друг от друга. Не вдаваясь в детальное обсуждение их взглядов, сравним предлагавшиеся ими схемы поиска судьей нормы права для восполнения пробелов в законодательстве.

17.2. Историческое толкование (*ex tunc*) vs. современное толкование (*ex nunc*)

О. Эрлих допускал свободу судьи при принятии решения, однако ограничивал ее поиском социальной справедливости, выво-

¹ Об этом также писал М. В. Антонов. См., напр.: [Антонов, 2011: 9–63].

² Манифест «Борьба за науку права» был опубликован в 1906 г. Канторовичем под псевдонимом Гнея Флавия (Gnaeus Flavius).

димой из той исторической ситуации, в которой был законодатель. Для судьи важны продиктованные историческим контекстом намерения законодателя. Так, раскрывая методологию Эрлиха, М. В. Антонов пишет следующее: «Если судья находит, что интерес защищен статьей закона (правовым предложением), он применяет эту статью. Если же интерес не имеет защиты, то возможны две ситуации. Либо законом защищается противоположный интерес, и тогда судья должен отказать в судебной защите, либо же ни оспариваемый, ни противоположный ему интересы не отражены в законодательстве, и тогда судья должен выбрать из конфликтующих интересов тот, который подлежит защите с точки зрения той модели социальной справедливости, которую судья выводит из текстов законов как “намерение законодателя”. Отказать в судебной защите по причине отсутствия правовой нормы судья не может, но и решать дело по своему усмотрению он не должен. В данной дилемме Эрлих предлагает судье самостоятельно уравновесить интересы, не сбалансированные законодателем, но (гипотетически) принимаемые законодателем во внимание. Причем сделать это судья должен не путем определения наиболее сильного интереса (что предлагает Р. Иеринг), а путем анализа того социального контекста и тех представлений о справедливости, в ракурсе которых законодатель создавал тот акт, согласно положениям которого должна была бы получить свое разрешение спорная ситуация (к примеру, гражданский кодекс, если речь идет об имущественном споре)» [Антонов, 2013]. Вместе с тем, основным методом для судьи должно стать историческое толкование: «Для целей применения права историческое толкование является, таким образом, определяющим» [Эрлих, 2011].

Канторович же, в отличие от Эрлиха, считал, что все смыслы текста, которые закладывались законодателем в текст закона, изначально являются если и объектом исследования, то историка, а не юриста. Во всяком случае, историческому методу толкования он, в противовес Эрлиху, не придавал решающего значения. С точки зрения Канторовича, объективное понятие «закон» и субъективное понятие «законодатель», тесно связанное с историческими личностями законотворцев той или иной эпохи, должны четко разграничиваться. Для большей убедительности он прибегнул к срав-

нению исторического способа толкования с необходимостью изучения древнего языка для успешной социальной коммуникации в современном обществе: «Мы не должны никому позволить наколдовать право, согласно которому мы живем и чувствуем себя живыми, чтобы оно было вновь создано для нас еще раз в исторической реторте — точно так же, как мы не должны знать санскрит, чтобы говорить по-немецки» [Flavius, 1906].

Особое внимание Канторович уделил проблеме пробелов в праве. По его мнению, существуют «материальные пробелы» — ситуация, когда правовая норма «сама по себе отсутствует» [Kantorowicz, Patterson, 1928], и «текстуальные пробелы» — когда «не хватает только адекватного текстового выражения» [Idem], т. е. ясного смысла, цели текста. При этом в зависимости от вида пробела речь может идти либо о толковании, либо о правотворчестве. Так, он настаивал на том, что судья при восполнении текстуальных пробелов должен найти разрешение спорной ситуации путем толкования *ex nunc* либо для материальных пробелов — в своей правотворческой деятельности посредством анализа социального контекста и представлений о справедливости, которые существуют в обществе на момент разрешения спора. Он писал: «Текстуальные пробелы должны заполняться толкованием, которое, понимая закон в более широком или в более узком смысле (более широкий смысл включает процесс аналогии), приспособливает эту норму к ее собственной цели» [Idem]. При этом ученый уточняет, что «эта цель не должна отождествляться ни с субъективными намерениями законодателя, ни с интересами, которые защищаются законом, ни с абстрактным принципом, определяющим соответствующую норму права. Цель должна быть в настоящих социальных последствиях применения нормы в той мере, насколько она желательна, то есть насколько оправдано (правильно) существование данной нормы в сегодняшних условиях, что, конечно, не может быть установлено без социологических, экономических, психологических размышлений и исследований <...> Только эти цели обязывают суды. Поэтому, по мере изменения этих условий, применение закона соответственно должно изменяться» [Idem].

17.3. «Живое право» vs. «свободное право»

О. Эрлих, основоположник социологии права³, настаивал на выявлении «живого права» в социальных группах, которые, в силу самого своего существования, подтверждали наличие неких правил поведения, не установленных государством. Г. Канторович также полагал, что существует некое право без четкой формы, но он не столь однозначно противопоставлял это «свободное право» формальному. Наоборот, в основе обосновывавшейся им шестиступенчатой классификации форм права заложен критерий наибольшей оформленности и закреплённости правил поведения. Среди шести видов права только судебное усмотрение предусматривает отсутствие какой-либо социальной регламентации. И вообще практика общественного «саморегулирования», как считал Канторович, не менее значима, чем, например, правовая доктрина, предполагающая определенную разработанность соответствующих правил.

17.4. Судья находит «живое право» в многовариативной социальной практике vs. судья ищет «свободное право» только в четырех его формах

Наконец, по-разному правоведа подходили к вопросу о значимости роли и функций судьи при восполнении правовых пробелов. Так, Эрлих в своем знаменитом вступлении к работе «Основоположение социологии права» полагал, что «центр тяжести развития права» лежит в обществе [Эрлих, 2011]. Он настаивал на том, что суд может принять только некую норму решения, но ее источником всегда является правовое явление, исходящее от общества. Иными словами, судья, по Эрлиху, только «находит», но не создает право: «Живое право не является тем же, что в качестве обязывающего правила объявляют суды при разрешении правового спора. Живое право — то, чего придерживаются стороны в жизни» [Там

³ В частности, М. В. Антонов пишет, что именно дату публикации «Основоположения социологии права» (1913) следует считать датой появления социологии права. Подробнее см.: [Антонов, 2012: 42].

же]; «...научная значимость живого права проявляется не там, где речь идет о нахождении норм решения судов или о формировании содержания законов. Оно имеет свою собственную ценность, которая заключается в том, что живое право является основой правопорядка человеческого общества» [Там же].

Эрлих отмечал: «Каждая норма решения заключает в себе зародыш правового предложения. На основе содержащегося в ней вербализованного смысла, претендующего на общезначимость, такая норма решения становится правовым предложением» [Там же]. И именно социология права позволяет определить основу — «живое право». Метод анкетирования Эрлих и его ученики считали для этой цели наилучшим. «Но так ли трудно изучать недокументированное живое право? — задавался вопросом Эрлих. — Для этого нет иного средства, кроме как открыть глаза и познавать жизнь через ее внимательное наблюдение, расспрашивать людей и записывать их речи» [Там же]. Тем не менее, не секрет, что результаты проведенного им анкетирования не дали положительного результата [Антонов, 2013] в силу разнообразия социальной практики, которая не поддавалась какому-либо систематизированию.

Какова роль доктрины в судебной методологии Эрлиха? При разрешении спора для восполнения пробела приоритетным для Эрлиха являлось обращение судьи к «живому праву», т.е. к реально существующим в социуме правилам поведения людей, которые возникают и соблюдаются без какого-либо вмешательства государства. Правовая доктрина при этом выполняет второстепенную (вспомогательную) функцию. Как пишет М. Гертог, сущность учения Эрлиха заключается «в исследовании того, как право живет в повседневном опыте» [Цит. по: Антонов, 2013].

Эрлих был убежден в том, что возрождение юриспруденции как науки обусловлено осознанием практиками недостатков «мертвого права», а именно его имманентной пробельности. Разграничивая роли юриста и судьи как теоретика и практика, Эрлих писал: «Юрист старается оказывать влияние на судью как учитель, информатор, доктринер, критик судебных решений, он либо находит нормы решения для отдельного случая, либо ищет всеобщие принципы по исторически сложившимся методам юридической

техники — все это в отдельных случаях может оказать судье помощь» [Эрлих, 2011].

Подход Канторовича был иным. Еще в своем знаменитом труде — манифесте «Борьба за науку права» (1906) он настаивал на том, что суд является ключевой фигурой именно по созданию права. Эта процедура как раз и раскрывается в его судебной методологии поиска «свободного права».

Канторович, относя судебную методологию к правовой догматике (практической науке), отграничивал ее, во-первых, от социологии права (которую он считал исключительно эмпирической наукой) и, во-вторых, от философии права (деонтологической науки о ценностях).

По его методологии, судье требуется последовательное применение права, организованного в иерархическую (шестиступенчатую) систему, где переход к последующей ступени осуществляется только тогда, когда на предыдущем этапе не удалось определить норму для разрешения спора. Иерархическая система базируется на выделении двух форм формального права и четырех форм свободного права. Свободное право (кроме явного и неявного, которое также имеется и в формальном праве), в свою очередь, делится еще на два вида: зарождающееся и желаемое. Зарождающимся признается свободное право, которое стало бы формальным правом (более высоким по иерархии), если бы завершило процесс своего формирования, т.е. институциональная процедура его трансформации в формальное право еще не завершена. Желаемое право — это право, которое концептуализируется юристами (правовая доктрина), которые желали бы его трансформации в формальное право. Вкратце, иерархия права имеет следующий вид:

1. Формальное явное право: законы, подзаконные акты исполнительной власти, созданные на основании делегированных законодательных полномочий, решения высших судебных инстанций. Критерием разграничения является принцип разделения властей: за каждой ветвью власти закрепляется определенный вид формального явного права.
2. Формальное неявное право — правила поведения, формирующиеся судебной практикой.

3. Свободное зарождающееся явное право — нормы, которые можно определить на этапе законотворческого процесса (законопроекты).
4. Свободное желаемое явное право — правовые доктрины юристов, пользующихся уважением в профессиональном юридическом сообществе (по аналогии с *responsa juris*, оказавшем влияние на формирование римского права).
5. Свободное зарождающееся неявное право — правила поведения, существующие в деловой практике и общественной жизни.
6. Свободное желаемое неявное право — «интерпретации» юристов, которые хотя не имеют общепризнанного авторитетного признания, но желали бы, чтобы сформулированные ими правила (нормы) нашли применение в судебной практике.

Соответственно, судебная методология Канторовича предусматривает, что если не удалось выявить норму ни в законопроектах, ни в судебной практике, то современная правовая доктрина («свободное желаемое явное право») имеет приоритет перед существующими в обществе социальными обычаями («свободное зарождающееся неявное право»). Это означает, что норма может быть определена судьей на основании пользующейся авторитетом в профессиональном сообществе научной доктрины, без обращения к сформировавшимся в обществе правилам поведения и вне зависимости от их наличия в социуме. Канторович признает, что социальная практика может быть более важной социологически, чем мнения правоведов. Но этим мнениям он отдает предпочтение, напоминая об их определенности, точности, а также авторитетности [Kantorowicz, Patterson, 1928]. Нелишне вспомнить, что в качестве основных признаков права Канторович выделяет такие, как определенность, стабильность, равенство, объективность, последовательность, точность и авторитетность [Idem].

Нельзя не согласиться с Р.Иерингом в том, что конечной целью всех теоретико-догматических исследований в юриспруденции является практика, и исследование неполно, если раскрыт только научный аспект проблемы: «Юридический труд, который

намеренно игнорирует практическую применимость обсуждаемой темы, является ничем иным, как конструированием художественно исполненных часов, в которых не предусмотрено движение стрелок!» [Иеринг, 1909]. С. А. Муромцев, которого также относят к представителям движения свободного права и даже отмечают его новаторство по сравнению с ними [Луковская, 2014], подчеркивал практикоориентированность догматической юриспруденции: «Задача догматической теории состоит в том, чтобы дать правила и определения, способные руководить судебным практиком и облегчить ему его трудное дело». В противном случае оторванность теории от жизни приводит к риску «вернуться в область схоластики». Такой оборот игнорирует не только все успехи современной логики, но и успехи самой догматической юриспруденции, которая, начиная с сороковых годов настоящего столетия, настойчиво требует реального исследования взамен диалектического» [Муромцев, 1884]. Поэтому оценка рассматриваемых альтернативных моделей должна проходить не только в соответствии с общими правилами научно-теоретической верификации, но и с необходимостью ее соответствия процессам и потребностям настоящего времени.

Сравнение моделей судебной методологии «живого права» и «свободного права» в конечном счете предполагает рассмотрение реальной ситуации того или иного спора и социальных последствий его разрешения. Только практика может наполнить рассмотренные теоретические положения Эрлиха и Канторовича конкретным содержанием.

Библиография к главе 17:

1. Антонов М. В. Социология права: рождение новой научной дисциплины / Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. С. 9–63.
2. Антонов М. В. Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 4. С. 39–50.

3. Антонов М. В. Ойген Эрлих: живое право против правового плюрализма? // Правоведение. 2013. № 1(306). С. 157–181.
4. Иеринг Р. Смешное и серьезное в юриспруденции / пер. с нем. по изд. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1909. 117 с.
5. Липень С. В. Идеи «свободного права» в юридической науке дореволюционной России: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1994. 240 с.
6. Луковская Д. И. Об эволюции взглядов на судебское право во французской юриспруденции (конец XVIII — первая четверть XX в.) // Правоведение. 2014. № 4(315). С. 237–250.
7. Муромцев С. А. Что такое догма права? Критико-полемиическая заметка по поводу ст. г. Гольмстена «Несколько мыслей о позитивизме в науке права». М.: Типография А. И. Мамонтова и Ко, 1885. 35 с.
8. Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. 704 с.
9. Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft. Heidelberg: Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906. 51 s.
10. Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science — A Summary of Its Methodology // Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. No. 6. P. 679–707.

Раздел VI

**НОРМАТИВНОСТЬ И ФОРМАЛЬНАЯ
ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ПРАВА НА ПРИМЕРЕ
ИСТОРИЧЕСКИХ ПАМЯТНИКОВ ПРАВА**

ФОРМАЛИЗМ ПРОТИВ ТРАДИЦИОНАЛИЗМА, ИЛИ КАК ВЕЛИКАЯ ЯСА ЧИНГИСХАНА СТАЛА КОДЕКСОМ

Известный российский востоковед П. С. Попов (1842–1913) в начале XX в. заявил, что «наказы Чингисовы не существовали в письменном виде ни при Чингисе, ни даже при его преемниках, а хранились в устной передаче и, дойдя до мусульманских писателей в искаженном виде, были и записаны ими в этом виде. Этим объясняется, почему монгольский текст Ясы не дошел до нас — он просто не существовал в письменном виде, и все надежды на его открытие должны таким образом рухнуть» [Попов, 1906: 152]. Нет сомнения, что эту фразу его заставили произнести непрекращающиеся попытки исследователей найти и восстановить так называемый «свод законов» Чингисхана при отсутствии достаточных данных не только о его содержании, но и о том, что он когда-либо существовал. Тем не менее, как до заявления Попова, так и десятилетиями позже, те или иные авторы по-прежнему продолжали (и продолжают до сих пор) заниматься столь непродуктивной, по мнению востоковеда, деятельностью.

Почему же на протяжении веков исследователи ставят целью реконструкцию Великой Ясы Чингисхана — причем именно в виде кодекса? Попытку ответить на этот вопрос, а также выявить уязвимости подобного подхода предпринимает автор данной статьи.

Первые упоминания о законах и установлениях Чингисхана относятся к 1220–1230-м гг.: о его правотворческой деятельности сообщают китайские дипломаты Чжао Хун, Пэн Да-я и Сюй Тин — посланцы империи Южная Сун, побывавшие в монгольских владениях. В дальнейшем отдельные принципы и нормы права Монгольской империи находят отражение в записках европейских ди-

пломатов и путешественников XIII в. Иоанна де Плано Карпини, Бенедикта Поляка, Вильгельма де Рубрука, Марко Поло.

Краткую характеристику базовых правовых принципов регулирования правоотношений в Монгольской империи представили в своих исторических трудах представители покоренных монголами народов — грузинские и армянские историки XIII–XIV вв. Киракос Гандзакеци, Вардан Великий, Григор Акнерци (инок Магакия), анонимный автор грузинского «Хронографа» XIV в., а также европейские авторы, имевшие контакты с монголами — крестоносец Жан де Жуанвиль, миссионер Рикольдо де Монтекроче и др.

Более подробную характеристику правовой политики Чингисхана, включая фиксацию конкретных его указов, установлений и даже правовых изречений, содержат памятники так называемой «имперской историографии», составленные при дворах правителей из дома Чингисхана и нередко — по их прямому распоряжению. Наиболее известные из них — «История завоевателя мира» Алла ад-Дина Ата-Малика Джувейни и «Сборник летописей» Рашид ад-Дина. До некоторой степени к этой же группе можно отнести также династийную историю «Юань ши»: она была составлена в Китае сразу после свержения монгольской династии Юань по указанию Чжу Юань-чжана, первого императора династии Мин в 1369 г., однако в основу ее легли сочинения и документы, созданные именно в эпоху монгольского правления в Китае и, соответственно, отражавшие идеологию Чингизидов.

Наконец, сведения о правовых установлениях Чингисхана содержат сочинения арабских авторов XIV–XV вв., в частности, марокканского путешественника Ибн Баттуты, который в 1330-х гг. побывал в Золотой Орде и Чагатайском улусе, а также египетского ученого ал-Макризи, который сам никогда в монгольских владениях не был и с монголами не контактировал, но привел весьма подробную информацию, по его словам, на основе сообщений «заслуживающих доверия» соотечественников, которые посетили государства Чингизидов.

Анализ этих источников позволяет сделать два важных вывода относительно Великой Ясы Чингисхана.

Во-первых, все сообщения о ней содержатся исключительно в иностранных источниках, к каковым мы можем отнести также и произведения «имперской историографии». Собственно монгольских источников, содержащих сообщения об этом источнике права, до нашего времени не дошло. В сохранившихся же источниках, включая «Сокровенное сказание», датируемое 1240 г., и памятники более поздней монгольской историографии XVI–XIX вв., Яса не упоминается.

Во-вторых, в большинстве сообщений иностранцев, касающихся права Монгольской империи и законотворческой деятельности Чингисхана, не упоминается, что приводимые ими правовые принципы и конкретные нормы относились непосредственно к Великой Ясе: современники и последующие авторы говорят об «указах и распоряжениях», «законах и установлениях», «обычаях и традициях». Упоминания о положениях Великой Ясы достаточно лапидарны и фигурируют в сочинениях арабских, персидских, тюркских историков XIV–XVII вв. также в виде конкретных пунктов.

Только в двух источниках содержатся упоминания о Великой Ясе как о некоей кодификации — в «Истории завоевателя мира» Джувейни и китайской династийной истории «Юань ши». Однако причины, по которым составители указанных сочинений решили представить Великую Ясу в виде свода законов, — это предмет отдельного рассмотрения. Более того, далеко не все авторы XVIII–XX вв., изыскания которых и являются объектом настоящего исследования, в своих попытках реконструировать Великую Ясу в виде кодекса привлекали эти два источника. Тем не менее, тот факт, что о законодательстве Чингисхана сохранились только разрозненные сведения, и те в иностранных источниках, не стал препятствием в попытках упомянутых авторов «воссоздать» Великую Ясу как всеобъемлющую кодификацию Монгольской империи.

Первым автором, который предпринял такую попытку, стал Франсуа Пети де ла Круа (1653–1713), востоковед и знаток арабского языка, около 1710 г. написавший одну из первых биографий Чингисхана. В этом сочинении он представил перечень из 22 пунктов, которые охарактеризовал как «законы Чингисхана», которые были им почерпнуты из самых разных источников — от Виль-

гельма де Рубрука и Марко Поло до Рашид ад-Дина и персидского историка XV в. Мирхонда, причем на некоторые из приведенных положений ссылок он не указал [Petis de la Croix, 1710: 99–110]. Порядок этих законов он также ничем не обосновал. Именно Пети де ла Круа заложил историографическую традицию, согласно которой все сведения о праве Монгольской империи и законах Чингисхана стали восприниматься как содержание «книги Ясы» [Petis de la Croix, 1710: 99].

В самом конце XVIII в. другой французский востоковед, Луи-Матье Лянглэ (1763–1824), в свою очередь, опубликовал уже 34 пункта, которые охарактеризовал как «ясак» Чингисхана [Langles, 1799: 205–216]. Помимо источников Пети де ла Круа (на текст которого он в значительной степени опирался), исследователь также включил в свой перечень дополнительные фрагменты Мирхонда, тем самым продолжив традицию включать в источники о Ясе также и сведения авторов гораздо более позднего времени, чем то, когда она была составлена.

В 1833 г. шведский дипломат и востоковед Абрахам Константин Мураджа д’Оссон (1779–1851) опубликовал первый из четырех томов своей «Истории монголов от Чингиз-хана до Тамерлана», в последней главе которого также уделит внимание Великой Ясе Чингисхана. В отличие от своих предшественников, он широко привлек для ее «реконструкции» сочинение Джувейни «История завоевателя мира», в принципе, впервые обратив на него внимание как на важнейший источник об этом «кодексе» [Д’Оссон, 1937: 218–232]. Ссылаясь на Джувейни, он приводит любопытное сообщение: «Постановления и наставления Чингиз-хана были отредактированы, по его повелению, на монгольском языке и написаны уйгурским письмом, которое этот государь велел изучить молодым людям своей нации. Экземпляры этого сборника закона, озаглавленного “Улуг Яса, или Великие повеления”, бережно хранились в архивах его потомков. Во всех важных случаях эти государи, собираясь на совещания, заставляли приносить свитки, содержащие заповеди Чингиз-хана, и с благоговением справлялись с ними» [Д’Оссон, 1937: 231].

В 1860-х гг. к «реконструкторам» Великой Ясы Чингисхана присоединился отечественный востоковед Илья Николаевич Бе-

резин (1818–1896). Сразу стоит отметить противоречивую политику этого исследователя, который, будучи профессионалом, не мог не отметить вышеприведенные противоречия по поводу Ясы, что нашло отражение в следующей его фразе: «Но не следует ли из этих бесплодных поисков ясы вести заключение, что она никогда не была изложена письменно, а что изуственное предание было принимаемо на веру за письменный кодекс...?» [Березин, 1863: 27]. Однако это вполне логичное и обоснованное соображение отнюдь не помешало отечественному ориенталисту предложить свой вариант реконструкции Великой Ясы — на этот раз на основе текста вышеупомянутого арабского ученого ал-Макризи. Свои действия Березин обосновал следующим образом: «с чего же взялись у разных историков указания на Чингиз-ханову Ясу?» [Там же]. Не пытаясь представить постатейное изложение материала, как делали его французские предшественники, он предлагает собственную структуру изложения материала, сначала приводя «извлечения из уголовного кодекса», а затем — «разные административные и общественные постановления», дополнив их уже привлекавшимися прежними исследователями выдержками из сочинений Плано Карпини, Рубрука, Ибн Баттуты, Мирхонда и др. [Березин, 1863: 27–36]. Сомнений в том, что Великая Яса являлась кодексом Монгольской империи, действовавшим также и в ее улусах, в том числе Золотой Орде, Березин не выказывает.

В 1876 г. вышло сочинение «История монголов» Генри Хойла Ховорса (1842–1923), британского барристера и политика (члена парламента), являвшегося также историком-любителем, труды которого, впрочем, вызывают интерес у специалистов, которые неоднократно ссылаются на них. Как и И. Н. Березин, Ховорс не стал выделять конкретные статьи Великой Ясы, ограничившись их классификацией в соответствии с британской теорией преступных деяний: сначала были перечислены преступления, влекшие смертную казнь, затем те, которые влекли телесные наказания, а в заключение — некоторые «предрассудки», т. е. некоторые табу, распространенные среди монголов, нарушение которых также влекло наказание [Howorth, 1876: 111–112]. Собственно, помимо этой классификации, ничего нового о Великой Ясе сочинение Ховорса не содержит, являясь, тем не менее, очередным образчиком

ее «реконструкции» и продолжением традиции рассматривать ее именно как «свод законов», который был «записан» — собственно, здесь он практически дословно следует К. д’Оссону [Idem].

Российский юрист Яков Ильич Гурлянд (даты жизни неизвестны), автор многочисленных работ по юридической теории и практике, в начале XX в. опубликовал книгу о праве кочевников Евразии, вторая глава которой была посвящена Чингисхану и Великой Ясе. Ссылаясь на персидских историков, автор утверждает, что «все законы и постановления Чингисхана собраны им и написаны в книгах, называющихся “великой Ясой”», основой которой, впрочем, он считает «народный Ясак», т. е. некие степные обычаи [Гурлянд, 1904: 14]. Гурлянд вернулся к практике, заложенной в свое время Ф. Пети де ла Круа и Л.-М. Лянглэ: он приводит положения, которые считает элементами Ясы, по пунктам. Правда, при этом он решил также разделить их по источникам, соответственно выделяя сведения Макризи (п. 1–26), Мирхонда (п. 27–28), Ибн Баттуты (п. 29), Вардана (п. 30), Плано Карпини и Рубрука (п. 31–34). Любопытно также отметить, что Я. И. Гурлянд, кажется, первым из «реконструкторов» Ясы решил дополнить ее предполагаемые положения биликами — изречениями Чингисхана, имевшими бытовой или правовой характер, приведя 12 таких изречений по «Сборнику летописей» Рашид ад-Дина [Гурлянд, 1904: 15–23].

В отличие от востоковедов (а также британского адвоката Г. Ховорса), Гурлянд предпринимает попытку дать юридическую характеристику Великой Ясы, отмечая «необыкновенную бедность уложения» [Гурлянд, 1904: 24] (но при этом не сомневаясь в том, что Яса таковым являлась), прослеживая возможности применения ее отдельных положений при регулировании различных сфер правоотношений в Монгольской империи и ее улусах — особенно в тех, где ислам вскоре стал официальной религией. В результате он приходит к выводу, что в Монгольской империи она представляла собой «единственное, что ограничивало власть Великого Хана», в мусульманских государствах она оказалась менее востребованной, тогда как у монголов ее «особый дух... все еще был силен в законах потомков подданных Великой Чингисхановой империи» [Гурлянд, 1904: 26–28].

Имеет смысл упомянуть еще одного сторонника «реконструкции» Великой Ясы — Гарольда Альберта Лэмба (1892–1962), английского историка и писателя, автора многочисленных художественных произведений, а также ряда популяризированных биографий известных исторических деятелей, среди которых и жизнеописание Чингисхана, впервые опубликованное в 1927 г. Сразу стоит отметить, что никакой новизны с точки зрения исследования Великой Ясы в его произведении нет: в приложении он механически воспроизвел те самые 22 положения, которые привел еще Ф.Пети де ла Круа [Лэмб, 2002: 247–251], а в специальной главе, посвященной «кодексу», по сути, пересказал их своими словами [Лэмб, 2002: 80–90]. Тем не менее, его работа оказала определенное влияние на последующих авторов, поскольку он привлек интерес к подзабытой работе Пети де ла Круа, написанной еще в начале XVIII в. Не имея к ней доступа, исследователи Великой Ясы предпочитали ссылаться непосредственно на Лэмба.

Исследования Великой Ясы привлекли интерес целого ряда российских специалистов-эмигрантов.

Российский ученый и политический деятель Эрэнджен Хара-Даван (Эрэнджен Даваевич Даваев, 1883–1941) в своей работе, посвященной Чингисхану, впервые опубликованной в 1929 г. в Белграде, во многом пошел по пути, проложенному Я.И. Гурляндом. Он «восстановил» Ясу (или «Великий Джасак»), включив в нее «Билик», т.е. билики Чингисхана (30 п.) и собственно «Джасак» (58 п.), которые он также расположил, исходя из источников, которыми пользовался: Макриси, Мирхонд, Ибн Баттута, Вардан, инок Магакия, а также неназванных источников, которые он привел по вышеупомянутому сочинению Г. Лэмба [Хара-Даван, 1991: 136–145]. Стоит отметить, что его «реконструкция» оказалась самой «масштабной» из всех рассмотренных по числу пунктов. Отметим, что Э. Хара-Даван, не будучи ни юристом, ни даже историком, пожалуй, первым максимально некритично подошел к анализу источников и ранее проведенных исследований, собрав в Великую Ясу любые упоминания о праве Монгольской империи, а также все известные ему распоряжения и постановления Чингисхана вне зависимости от обстоятельств их появления, целей и пр. Однако именно этот подход впоследствии стал достаточно

широко применяться другими ревнителями кодифицированного характера Великой Ясы.

В 1931 г. Валентин Александрович Рязановский (1884–1968), еще один эмигрант, обосновавшийся в Харбине и ставший профессором (а затем и деканом) местного Юридического факультета, несмотря на то, что по образованию и практической деятельности являлся цивилистом, опубликовал книгу о монгольском праве, в первой главе которой рассмотрел Великую Ясу Чингисхана. Впоследствии этот раздел был опубликован в виде самостоятельной работы [Рязановский, 1933].

Не будучи оригинальным в своих наблюдениях, Рязановский однозначно рассматривает Ясу как кодификацию, хотя и характеризует ее при этом как «лишь объединение и закрепление действовавшего обычного права» [Рязановский, 1931: 10]. Он следует подходу Я. И. Гурлянда и Э. Хара-Давана, во-первых, разделяя приводимые им нормы по критерию источников, во-вторых, дополняя положения Великой Ясы (36 п.) биликами Чингисхана (29 п.). Кроме того, помимо источников, на которые опирались его коллеги, он включает в состав Ясы также некоторые положения из уложения династии Юань 1320 г., т. е. «Юань дьянь-чжан» [Рязановский, 1931: 12–18; см. также: Попов, 1906]. Любопытно отметить, что наряду с биликами Чингисхана В. А. Рязановский также приводит и некоторые правозначимые высказывания его потомков [Рязановский, 1931: 18–19], тем самым допуская участие их в формировании того «кодекса», который большинство исследователей приписывает исключительно самому основателю Монгольской империи.

Юридический характер исследования Рязановского подчеркивают его попытки классифицировать нормы Великой Ясы по отраслевой принадлежности. Начинает он, как и Г. Ховорс, с уголовно-правовых положений, отмечая, что 13 пунктов из 36 приведенных им предусматривают смертную казнь за различные правонарушения [Рязановский, 1931: 19–20], далее следуют нормы частного права — торговые и семейные и, наконец, административные. При этом автор, как и его предшественник Хара-Даван (на которого он прямо ссылается), довольно некритично подходит к источникам, не пытаясь разделить сведения источников, в которых те или иные положения прямо относятся к Ясе Чингисхана,

а другие — к нормам степного обычного права. Впрочем, именно включение в состав «кодекса» основателя Монгольской империи обычно-правовых норм, по мнению исследователя, обеспечило живучесть среди монголов если не «кодекса» как такового, то его «духа». В связи этим позволим себе привести небезынтересное наблюдение В. А. Рязановского: «Наконец, мы считаем не лишним отметить здесь еще одно достойное внимания обстоятельство. Это обстоятельство заключается в следующем. Народ, живущий скотоводческим хозяйством и патриархально-родовым строем со слабо развитым гражданским оборотом, не обладающий специальным законодательным аппаратом, обладает вместе с тем каким-то особым стремлением к нормативизму, к оформлению своей жизни путем приведения в ясность и закрепления своих правовых обычаев в особых сборниках, уложениях и положениях. И с этим явлением мы одинаково встречаемся как у собственно монголов, так и у бурят и калмыков со времен Чингиз-хана и до последнего времени, начиная с великой Ясы и до бурятской новеллы № 3 (1918 г.)» [Рязановский, 1931: 273–274].

Георгий Константинович Гинс (1887–1971), коллега В. А. Рязановского по Харбинскому юридическому факультету, также не обошел вниманием проблемы традиционного монгольского права. В брошюре, посвященной этой тематике, он посвящает первую главу Великой Ясе Чингисхана, используя при ее написании среди прочих исследований также наработки и Э. Хара-Даван, и В. А. Рязановского [Гинс, 1932: 8–16]. Соответственно, он не видит необходимости, подобно им, приводить конкретные пункты, а ограничивается приведением пунктов «по принятой в литературе нумерации их» [Гинс, 1932: 9], т. е. фиксирует уже вполне сложившуюся традицию рассматривать Великую Ясу именно как кодификацию с четко пронумерованными статьями!

В отличие от своих предшественников, Гинс не считает Великую Ясу «сборником обычного права», а видит в ней «законодательные постановления Чингисхана» [Гинс, 1932: 8]. Причиной ее составления он видит необходимость более четкой регламентации завоевательной деятельности основателя Монгольской империи и, как следствие, превращения подданных в «народ-войско» [Гинс, 1932: 9]. С этой же целью были введены суровые наказания за

преступления: Чингисхан стремился обеспечить мир среди своих подданных, свести к минимуму их конфликты и споры [Гинс, 1932: 12].

Некоторые нормы, предположительно входившие в состав Ясы, вызывают у Гинса недоумение — речь идет о тех положениях, которые Г. Ховорс охарактеризовал как «предрассудки»: запрет стирать одежду, наступать на порог юрты и пр. Но если британский юрист старался объяснить их существование и включение в Ясу боязнью монголов навлечь их нарушением гнев богов, то российский юрист-эмигрант пытается дать им рациональное объяснение: так, нарушение запрета наступать на порог, по мнению Гинса, могло привести к его поломке [Гинс, 1932: 13–14]. Впрочем, как и его предшественники, Гинс не испытывает ни малейших сомнений по поводу включения подобного рода положений в «кодекс» Чингисхана.

Разделяя мнение В. А. Рязановского о «нормативизме» монголов, Г. К. Гинс при этом старается подчеркнуть, что речь идет о формализации не столько обычно-правовых норм (которая не слишком-то вяжется с нормативизмом как таковым), а именно о законодательном «сборнике» [Гинс, 1932: 16].

Кульминацией попыток «реконструкции» Великой Ясы Чингисхана, венчающей собой ранее проделанную работу, начиная от Ф. Пети де ла Круа и заканчивая профессорами Юридического факультета в Харбине, несомненно, является работа еще одного ученого-эмигранта — Георгия Владимировича Вернадского (1887–1973) «О составе Великой Ясы Чингисхана», впервые опубликованная в Брюсселе в 1939 г. Исследователь, являющийся специалистом как по истории Монгольской империи и Золотой Орды, так и по истории права России, подошел к формированию образа Великой Ясы как «кодекса» весьма фундаментально.

Проведя анализ всех ранее предпринятых попыток «реконструкции» Ясы и систематизировав сведения всех доступных ему источников, Вернадский решил структурировать этот «всеобъемлющий кодекс», выстроив его уже не по порядку извлечения из разных источников, а по отраслевому принципу. Соответственно, им выделены такие разделы, как «Международное право», «Государственное и административное право» (вклю-

чающее в себя нормы, касающиеся верховной власти и статуса подданных, привилегий и иммунитетов, организации военного дела и охоты, системы управления, налогов и сборов), «Уголовное право» (с классификацией типов преступлений и наказаний), «Частное право» (включая семейное и наследственное), «Торговое право», «Судебное право» и своего рода переходные положения — «Укрепление закона. Вспомогательное законодательство» [Вернадский, 1999: 118–133]. Положения, извлеченные из разных источников, он разместил по разделам, которым, по мнению исследователя, соответствовало их содержание.

Г. В. Вернадский вслед за Г. К. Гинсом приходит к мнению, что Великая Яса отнюдь не являлась памятником обычного права, а представляла собой результат создания новых норм в условиях формирования империи с одновременным разрушением «прежнего родового государства». Также важным наблюдением является то, что в частную жизнь подданных, по мнению исследователя, Яса практически не вмешивалась [Вернадский, 1999: 134]. Что характерно, он отмечает, что сообщения арабских и персидских авторов могли быть не аутентичными реальным положениям Ясы, но при создании своей структуры «кодекса» сам же игнорирует собственное замечание [Гальперин, 2018: 208].

После работы Г. В. Вернадского мы не наблюдаем новых серьезных попыток «реконструкции» Великой Ясы Чингисхана ни в XX в., ни даже в XXI в. Одни авторы пытаются «перещеголять» Э. Хара-Давана в количестве «статей» этого «кодекса», извлекая их из самых разнообразных источников и исследований или выдавая за таковые любые слова, сказанные Чингисханом или приписываемые ему (особенно ярко этот подход проявляется в современной монгольской историографии). Другие, принимая как факт, что Великая Яса является кодексом, лишь ведут дискуссии о том, была ли она кодификацией обычного права или вновь созданным законодательством Чингисхана (см., например: [Кычанов, 1974: 80; Гумилев, 1992: 302–303]), либо о том, была ли она записана при самом ее создателе или позднее [см., напр.: Скрынникова, 2000: 354].

Итак, мы убедились, что процесс превращения совокупности отдельных указов, постановлений и распоряжений Чингисхана (а в ряде случаев — даже его высказываний по отдельным по-

водам) в некий всеобъемлющий «кодекс» занял не одно столетие. Опираясь на наблюдения своих предшественников, сторонники «реконструкции» Великой Ясы дополняли этот «свод» содержательно, а также старались его структурировать. Казалось бы, такая серьезная работа, строящаяся на преемственности ученых, поддержке и развитии их наработок последователями, должна вызывать безусловное доверие.

Логика исследователей вполне понятна: формирование империи, которая сумела победить крупнейшие государства Евразии и объединить под своей властью более половины материка, в их глазах было невозможно без создания глобальной писаной кодификации. Опыт других империй, начиная с державы Хаммурапи или Юстиниана I и заканчивая созданием империй Наполеона или Бисмарка уже в XIX в., казалось, подтверждает это [см., напр.: Кабрияк, 2007: 30–31, 35–36, 66–68, 72–74; Опимах, Волков, 2019: 8–14, 38–40, 85–88]. Некоторые исследователи даже прямо включают Великую Ясу в список подобных кодификаций [см., напр.: Кабрияк, 2007: 38–39].

Однако с формально-юридической точки зрения все проанализированные выше положения выглядят весьма неубедительными. Дело в том, что, как ни парадоксально, но ни один из исследователей — ни историки-востоковеды, ни правоведы — не попытался проанализировать Великую Ясу в категориях собственно правовой науки. И если мы это сделаем, то увидим, насколько смелыми и при этом необоснованными выглядят результаты трехсотлетних попыток превращения установлений Чингисхана в кодекс.

Для начала проанализируем представление о Великой Ясе Чингисхана как о кодексе с точки зрения теории кодификации.

Теоретики юридической систематизации выделяют три ее основных вида: инкорпорация, консолидация и кодификация [Чашин, 2010: 27–29; Ющенко, 2005]. «Реконструкторы» Ясы постоянно именуют ее «кодексом», «сводом законов» и даже «скрижалями», однако при этом ни один из них не задавался вопросом, какой же вид систематизации норм права, обычного или вновь созданного самим Чингисханом, был использован при составлении этой «всеобъемлющей кодификации».

Также совершенно логичным представляется мнение, что любой систематизации (и кодификации в особенности) предшествует длительная работа по учету нормативного материала [Чашин, 2010: 42]. Памятники «имперской историографии» весьма подробно освещают жизнь Чингисхана год за годом, однако ни один из них не сообщает о какой-либо подготовительной работе в рамках создания его «кодекса», ограничиваясь упоминанием факта провозглашения им неких принципов и норм, регулирующих основы государственного управления вновь созданной Монгольской империей. Между тем, даже в гораздо хуже освещенной истории Казахского ханства встречается четкое упоминание об «учете нормативного материала» при создании законов «Жеты жаргы» («Семь установлений», конец XVII в.): хан Тауке, считающийся их создателем, созвал биев — родоплеменных вождей и народных судей от всех трех казахских жузов, и вместе с ними обсудил обычаи казахов, на основе которых в дальнейшем и были разработаны нормы его законодательства [Зиманов, 2008: 48; Фукс, 2008: 124–125].

Не соответствуют формальным критериям кодификации и варианты «реконструкции» Великой Ясы, предлагаемые вышеупомянутыми исследователями — такие как высокая юридическая целостность и согласованность содержания, широкий круг регулируемых отношений и деление на части [Чашин, 2010: 57]. Как мы убедились, большинство авторов располагает материал в соответствии с источниками, откуда были почерпнуты сведения о тех или иных предполагаемых «статьях» Ясы. Единственная же более-менее завершенная попытка структурирования этих «статей» по сферам правоотношений, предпринятая Г. В. Вернадским, оказалась не слишком удачной: он сам признавал, что регулирование некоторых из сфер представлено не более чем одной статьей. Таким образом, и в этом отношении Великая Яса как кодекс не выдерживает проверки с формально-юридической точки зрения.

Также ни одно исследование Ясы как кодификации не дает ответа на еще несколько вопросов, которые ставят теоретики систематизации права, анализируя тот или иной кодифицированный акт. В частности, в их наработках нет определенности по поводу того, на кого была рассчитана Великая Яса — на какой-то узкий

круг лиц, социальную группу и т. п., либо на всю совокупность подданных Чингисхана и его преемников. Поскольку Чингисхан провозгласил свои постановления, получившие название Великой Ясы, после объединения тюрко-монгольских племен Великой Степи, неудивительно, что они отражали правовую ситуацию именно среди его кочевых подданных, особенности их образа жизни, ценностные ориентации и пр. — это, собственно, и является гарантией его эффективности [Кабрияк, 2007: 440]. В связи с этим весьма сомнительными представляются утверждения авторов, полагавших, что «кодекс» Чингисхана распространялся на оседлое население Центральной Азии [Кадырбаев, 1990: 17] или, тем более, Средневековой Руси [Жаров, 1995]. С другой стороны, распространение Великой Ясы лишь на кочевое население лишает смысла признания ее «сводом законов», поскольку, как известно, общегосударственные законы (а ведь Яса позиционируется ее реконструкторами именно в таком качестве) не могут распространяться только на часть государства [Кельзен, 2015: 381].

Весьма показательны расхождения исследователей относительно того, являлась ли Великая Яса отраслевым «кодексом» или же охватывала все сферы правоотношений в Монгольской империи. Большинство авторов склоняются ко второму мнению, что, в общем-то, выглядит логичным в сравнительно-правовом отношении: таковыми являлись и Законы Хаммурапи, и Салическая или Русская Правда, и другие древние и средневековые кодификации (что, впрочем, также свидетельствует об архаичности права этих государств [см., напр.: Кашанина, 2017: 199–200]). Было бы заманчиво видеть в Чингисхане не только завоевателя и создателя обширной империи, но и гениального законодателя, сумевшего создать универсальные законы для всех своих разнообразных подданных. Однако, как мы уже отметили, между последними существовали слишком уж значительные различия: совершенно разный образ жизни вели кочевники и земледельцы, разные правовые ценности имели тенгрианцы, несториане, буддисты и мусульмане, в разных регионах имелась разная экономическая специализация и т. д. Даже в наше время наряду с общегосударственным законодательством в государствах подобного типа существует и региональное, и местное, и рассчитанное на

отдельные категории населения, к тому же представители власти на местах имеют полномочия разрешать конкретные проблемы по собственному усмотрению [см. также: Харт, 2007: 133]. Тем более, в средневековую эпоху уровень юридической техники не позволил бы создать некую универсальную кодификацию при таком разнообразии населения Монгольской империи.

С другой стороны, и точка зрения их оппонентов, сторонников «отраслевого» характера Великой Ясы, не выдерживает критики: по крайней мере, в результате «реконструкции» ее содержания приводимые исследователями нормы слишком разноплановы, чтобы говорить о какой-то ее однозначно отраслевой принадлежности. Наиболее правдоподобным представляется мнение о том, что Яса регламентировала отношения, связанные с властью и управлением — государственно-правовые и административно-правовые, как сказали бы мы сегодня, тогда как сферу частной жизни ее нормы не затрагивали [Крадин, 1995: 55]. Таким образом, главными субъектами таких отношений выступали представители правящей верхушки и чиновничества и, следовательно, Яса являлась своеобразным «корпоративным правом», характерным для эпохи Средневековья, что, однако, также не предполагает наличия какой-то единой кодификации: исторически такой тип права как раз и отличался многообразием источников [Кашанина, 2017: 213–214, 262–265].

Наконец, непроработанным «реконструкторами» Великой Ясы представляется еще один весьма важный вопрос — о языке этого правового памятника. Ведь выбор языка для кодификации — это не только обеспечение доступности текста для адресатов, но и отражение государственной идеологии [Кабрияк, 2007: 345]. Единственное сообщение источника по данному вопросу — это указание Джувейни о том, что ее положения были записаны уйгурскими буквами, а исследователи, интерпретируя средневекового автора, пришли к выводу, что написано на монгольском языке. Однако и монгольский язык, и уйгурская письменность имели общегосударственное распространение лишь на начальном этапе существования Монгольской империи, а по мере ее дальнейшего расширения за счет Китая, Средней Азии, Ирана превратились в «локальный» вариант государственного языка и письменности.

Таким образом, составление «кодекса» Чингисхана на этом языке автоматически делало его недоступным для большей части населения империи, включая тот самый административный аппарат, который, как мы предположили выше, и должен был руководствоваться его нормами. О переводах же Великой Ясы на другие языки ни один источник не сообщает.

В завершение нашего исследования вернемся к вопросу о пресловутом «нормативизме» монголов, которым исследователи и объясняют необходимость создания «кодекса» Чингисхана: якобы только после официальной фиксации и сведения воедино всех правил поведения они стали обязательными для исполнения, и тем самым была достигнута цель законодателя по трансформации общества, воцарению законности и правопорядка.

Современные теоретико-правовые концепции опровергают и такое объяснение. Прежде всего, эффективность норм права зависит не от формы их выражения, а от легитимности, т. е. степени признания. А степень признания правовых норм населением зависит от степени признания им законности субъекта правотворческой деятельности [Антонов, 2018: 57]. Чингисхан, будучи официально избранным на курултае — съезде монгольской знати, поначалу имел «традиционную» легитимность. Однако в результате успешных войн, объединения Великой Степи и присоединения целого ряда оседлых регионов с многочисленным населением он снискал репутацию правителя, поддерживаемого Небом, т. е. приобрел также и «харизматическую» легитимность. Уже этого было бы достаточно, чтобы обеспечить повиновение его распоряжениям — вне зависимости от того, являлись они устными или письменными. Но не будем забывать, что он находился у власти в течение весьма длительного времени: его первое избрание в ханы датируется 1180-ми гг., а умер он, как известно, в 1227 г., т. е. занимал ханский трон не менее 40 лет, из них более 20 лет (с 1206 по 1227 гг.) — под именем Чингисхана. Таким образом, легитимность его постановлений и распоряжений в глазах подданных стала таковой уже «в силу привычки» [см.: Харт, 2007: 58–59].

Рассматривая проблему записи (и тем более кодификации) установлений Чингисхана, следует обратиться к проблематике «правовых норм» и «правовых предложений», поднятой О.Эр-

лихом. Для эффективной реализации правовых норм на практике они совершенно не должны превращаться в правовые предложения, т.е. некую фиксацию, в том числе и в форме законов [Эрлих, 2011: 97; см. также: Антонов, 2016: 212–213]. Применив это наблюдение к ситуации с Великой Ясой, мы приходим к выводу, что необходимости в ее кодификации не было по вышеприведенным причинам: правовые установления Чингисхана выполнялись, даже если высказывались в устной форме и не всегда были четко (в соответствии с современными критериями) сформулированы, по причине его высокого уровня легитимности, а также потому, что строились на основе той системы ценностей, которую признавали его подданные.

Таким образом, казус с превращением Великой Ясы Чингисхана в кодекс усилиями исследователей, как представляется, демонстрирует причудливое сочетание традиционалистского и формалистического подходов в исследовании историко-правового памятника при практически полном отсутствии его анализа в формально-юридическом отношении. Сложившаяся вокруг Великой Ясы ситуация показывает, насколько ошибочным может оказаться исследование правовых памятников исключительно с помощью исторических методов, без задействования инструментария юридической науки.

Библиография к главе 18:

1. *Антонов М. В.* Учение Ойгена Эрлиха о правовых текстах как об объекте толкования // *Юридическая герменевтика в XXI веке / под ред. Е. Н. Тонкова, Ю. Ю. Ветютнева.* СПб.: Алетейя, 2016. С. 208–230.
2. *Антонов М. В.* Легитимность и действие права // *Труды Института государства и права РАН.* Т. 13. 2018. № 3. С. 48–81.
3. *Вернадский Г. В.* О составе Великой Ясы Чингисхана. С приложением главы о Ясе из истории Джувейни в переводе В. Ф. Минорского // *Вернадский Г. В.* История права. СПб.: Лань, 1999. С. 111–148.
4. *Гальперин Ч.* Русь и степь: Георгий Вернадский и евразийство / пер. с англ. М. Е. Копыловой; под ред. Ю. В. Селезнева. Воронеж: Научная книга, 2018. 373 с.

5. Гинс Г. К. Монгольская государственность и право в их историческом развитии. Харбин: Б. и., 1932. 53 с.
6. Гумилев Л. Н. Древняя Русь и Великая Степь. М.: Тов-во Клышников, Комаров и Ко, 1992. 512 с.
7. Гурлянд Я. И. Степное законодательство с древнейших времен по XVII столетие. Казань: Типолитография императорского ун-та, 1904. 112 с.
8. Жаров С. Н. Русское и монгольское законодательство: проблемы двоезакония на Руси // Россия и Восток: проблемы взаимодействия. Тезисы докладов. Ч. 1. Челябинск: Б. и., 1995. С. 42–44.
9. Зиманов С. З. Казахский суд биев — уникальная судебная система. Алматы: Атамура, 2008. 224 с.
10. Кабрияк Р. Кодификации / пер. с фр. и вступ. ст. Л. В. Головки. М.: Статут, 2007. 476 с.
11. Кадырбаев А. Ш. Уйгуры Восточного Туркестана в политике монгольских завоевателей XIII–XIV вв. // Из истории международных отношений в Центральной Азии (Средние века и Новое время). Алма-Ата: Гылым, 1990. С. 15–25.
12. Кашанина Т. В. Происхождение государства и права. 4-е изд. М.: Проспект, 2017. 304 с.
13. Кельзен Г. Чистое учение о праве (2-е изд., 1960) / пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лёзова. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 542 с.
14. Крадин Н. Н. Эволюция социально-политической организации монголов в конце XII — начале XIII века // «Тайная история монголов»: источниковедение, филология, история. Новосибирск: Наука, 1995. С. 48–66.
15. Кычанов Е. И. Жизнь Темучжина, думавшего покорить мир. М.: Наука, 1973. 144 с.
16. Лэмб Г. Чингисхан. Властелин мира / пер. с англ. Л. А. Игоревского. М.: Центрполиграф, 2002. 301 с.
17. Опимах И., Волков А. Законы, изменившие нашу жизнь. М.: Наука, 2019. 190 с.
18. Д’Оссон К. История монголов от Чингиз-хана до Тамерлана. Т. I. Чингиз-хан / пер. и пред. Н. Козьмина. Иркутск: Восточносибирское областное издательство, 1937. 252 с.
19. Попов П. С. Яса Чингисхана и уложение монгольской династии Юань чао-дянь-чжан // Записки Восточного отделения Императорского Русского археологического общества. Т. XVII. 1906. С. 0150–0164.
20. Рязановский В. А. Великая Яса Чингисхана. Харбин: Типография Н. Е. Чинарева, 1933. 65 с.

21. *Рязановский В. А.* Монгольское право, преимущественно обычное. Харбин: Типография Н. Е. Чинарева, 1931. 306 с.
22. *Скрынникова Т. Д.* Монгольское кочевое общество периода империи // *Альтернативные пути к цивилизации.* М.: Логос, 2000. С. 344–355.
23. *Фукс С. Л.* Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. / под ред. С. Ф. Ударцева. Астана: Юридическая книга, 2008. 816 с.
24. *Хара-Даван Э.* Чингисхан как полководец и его наследие. Культурно-исторический очерк Монгольской империи XII–XIV века. 2-е изд. Элиста: Калмыцкое книжное изд-во, 1991. 196 с.
25. *Харт Г. Л. Х.* Понятие права / пер. с англ. под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2007. 302 с.
26. *Чащин А. Н.* Теория юридической систематизации. М.: Дело и Сервис, 2010. 208 с.
27. *Эрлих О.* Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. 704 с.
28. *Ющенко Н. В.* Систематизация законодательства и ее основные виды // *Юридическая техника: вопросы теории и истории.* Материалы межвузовской научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 17 июня 2005 г. / сост. С. В. Волкова, Н. И. Малышева; под общ. ред. Д. И. Луковской. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2005. С. 95–98.
29. *Howorth H. H.* History of the Mongols from the 9th to the 19th Century. Pt. I. London: Longmans, Green & Co., 1876. XXVIII. 743 p.
30. *Langles L.* Notice de l'Histoire de Djenguiz-khan // *Notices et Extraits des Manuscrits de la Biblioteque Nationale, publies par l'Institut de France.* T. V. Paris: Impronomie de la Republique, 1799. P. 192–230.
31. *Pétis de la Croix F.* Histoire du grand Genghizcan, premier empereur des anciens Mongols et Tartares. Paris: S. n., 1710. 564 p.

ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ, ДЕЙСТВЕННОСТЬ И ОСНОВАНИЕ НОРМАТИВНОСТИ В СРЕДНЕВЕКОВОМ ПРАВЕ НА ПРИМЕРЕ ЛАНДСЛОВА МАГНУСА ИСПРАВИТЕЛЯ ЗАКОНОВ

19.1. Постановка проблемы

Нормативность — качество, присущее всему тому, что мы называем социальными нормами. Способность быть нормой в этом смысле, то есть определять, каким должно быть поведение людей, присуще самым разным правилам: моральным, этическим, правовым. Однако в силу особенности права, его упрямомочивающе-обязывающей сущности, отличающей его от всех других регуляторов поведения человека, возникает вопрос: почему какое-либо правило становится мерилom должного в такой степени, что ему позволено не только предписывать необходимое поведение, то есть обязывать субъекта, но и позволять иным акторам требовать именно такого поведения, то есть давать им право требования к этому субъекту?

Полезным кажется рассмотрение этого вопроса в историческом аспекте, а именно — путем использования доступных нам памятников права. Из соображений обеспечения целостности используемого правового материала выбраны законодательные акты Норвегии начала Высокого Средневековья — Ландслов Магнуса и, когда это необходимо для исследования, предшествовавшие ему законы, потому что они дошли до нас в относительно полном виде и позволяют составить достаточно точное представление о существовавшей в Средние века системе права отдельно взятой страны.

Однако прежде чем приступить к рассмотрению конкретных фактических материалов, следует разобраться в том, что представляет из себя нормативность. Для этого необходимо рассмотреть некоторые сложившиеся в правоведении воззрения о нормативности и ее основаниях, а также определить, какие из элементов стоит принять во внимание при дальнейшем анализе памятника права.

19.2. Интерпретация нормативности

В юридической литературе существует широкий спектр взглядов на природу нормативности права. К примеру, Г. Кельзен, основоположник нормативистского подхода, в своем труде «Чистое учение о праве» рассматривал такие аспекты права, как действительность и действенность. Под действительностью понимается то, что должно или не должно совершаться [Кельзен, 2015: 20], иными словами, предписывающая сила, которую можно было бы назвать нормативностью самой по себе. Однако при отсутствии действительности, под которой понимается фактическое соответствие поведения субъектов предписаниям правовой нормы, выполнение ее требований [Кельзен, 2015: 21], норма теряет свою действительность [Там же]. При этом Кельзен предполагает, что в основании действительности права в целом лежит так называемая основная норма: скрытая предпосылка в силлогизме, который формируется при поиске действительности любой правовой нормы и звучит как «должно вести себя так, как предписывает конституция» [Кельзен, 2015: 251].

Опуская вопрос о понимании конституции в этом контексте, ее формальном и материальном смыслах, стоит упомянуть, что целью «чистого» учения о праве Кельзена в этом вопросе является поиск действительности права в нем самом, помимо привлечения всего, что не является правом [Там же]. Как видно, такой подход не является исчерпывающим, так как право не существует в вакууме, оно всегда помещено в контекст общественных отношений, которые призвано регулировать. Кроме того, представляется, что это воззрение неотделимо от системного взгляда на право, предпо-

лагающего его ступенчатую структуру с иерархией норм, однако такая идея с трудом может быть распространена на средневековое право.

Однако само деление нормативности на две составные части, действительность и действительность, весьма полезно и имеет основание. В частности, основная норма, предложенная Кельзенем, как самостоятельный концепт, не наделенный той формой, о которой он говорит в своем труде, представляется верным вектором рассмотрения феномена нормативности.

Очевидно, что заданный вопрос о том, является ли что-то действительным, предполагает ответ, имеющий следующую форму: «Правовой текст Y имеет свойство X , значит, правовой текст Y обладает юридической обязывающей силой, иными словами, правовой текст Y действителен». Для того, чтобы представить данное высказывание в качестве формально правильного аргумента, не хватает одной посылки: того, что все, что обладает свойством X , является действительным. В надлежащей форме этот аргумент может быть представлен так:

Посылка 1.	Если нечто обладает свойством X , то оно действительно (обладает юридической обязывающей силой).
Посылка 2.	Правовой текст Y обладает свойством X .
Вывод:	Правовой текст Y является действительным.

Именно первая, большая посылка, является основной нормой, о которой говорил Кельзен, но при этом лишенной содержания, предполагаемого ученым в его теории. Как видно, ее наличие не просто возможно, а необходимо для того, чтобы ответ на вопрос «что придает правовой норме свойство нормативности?» вообще был возможен. Содержание же указанного свойства X составляет отдельный вопрос, который будет рассмотрен позже.

Конечно, существуют и альтернативные подходы к понятию нормативности. В контексте коммуникативной теории А. В. Полякова праву (в смысле правовой нормы) присуща такая характеристика, как общеобязательность, понимаемая как обязательность выполнения всеми, к кому обращена правовая норма, ее адреса-

тами. При этом отмечается, что общеобязательность невозможна без социальной признанности нормы, ее интерпретации как «имеющей позитивную социальную ценность» [Тимошина, 2017: 230]. Таким образом, источником нормативности в коммуникативизме является именно эта интерпретация некоторого правового текста как имеющего определенную ценность, кроме того, правовая норма в контексте коммуникативизма не может существовать отдельно от существующих правоотношений, тем самым, действенность и действительность права отождествляются [Тимошина, 2017: 74].

Главной проблемой применения коммуникативной теории права к его исторической ретроспективе является ее тенденция к актуализированности. Иными словами, для того, чтобы отделить право от не-права, а, следовательно, и для обнаружения его нормативности, и его последующего анализа исследователю необходимо находиться в контексте действующих правовых норм, самому являться субъектом права в конкретный момент, что невозможно при рассмотрении уже многие годы не действующих норм права. В то же время целостная реконструкция социального контекста едва ли представляется возможной, и судить о нормативности в коммуникативистском ключе возможно лишь по косвенным признакам, что и будет сделано при будущем рассмотрении Ландслова.

Таким образом, предлагается использовать модифицированный подход к нормативности Кельзена (реинтерпретированную в указанном выше ключе основную норму и деление на действенность и действительность), а также коммуникативный подход к нормативности как свойству, возникающему у нормы права постольку, поскольку она интерпретирована субъектами права в определенном ключе.

19.3. Действительность права в Ландслове

Следует перейти к непосредственному рассмотрению памятников права. В качестве основного из них выбран Ландслов, первый в Европе общегосударственный закон [Гуревич, 2009: 160–161], действовавший, к тому же, вплоть до своей отмены в конце

XVII в. Этот документ был результатом правовой реформы, проведенной королем Норвегии Магнусом VI Исправителем законов, принятие его относят к 1274 г. [Агишев, 2015: 60]. Начало разговора о нормативности в Ландслове следует начать с действительности, которую обнаружить оказывается легче, чем действенность, как станет видно в дальнейшем.

Сам памятник разделен на пролог и разделы, первый из которых посвящен исключительно процессуальным моментам — тому, как надлежит созывать людей на Гулатинг (это название судебного тинга, народного собрания с судебными функциями, для которого была составлена рассматриваемая редакция документа), а второй — христианской вере, в частности, вопросам разделения властей. Вернемся к теоретическому аспекту: как уже было сказано, цель изысканий в сфере действительности права — найти ответ на вопрос «каким свойством X должна обладать норма права (или правовой текст) для того, чтобы быть действительной?» Ответ на этот вопрос можно найти и в самом тексте.

Пролог Ландслова в самом начале содержит следующее обращение короля к людям, жившим в месте юрисдикции судебной области Гулатинга (о судебных областях будет сказано позднее): «Вам известно, что самые благоразумные мужи на Гулатинге часто упоминали перед нами о том, что вы просили нас принять участие в исправлении кое-чего в многочисленных судебниках в стране и просили, чтобы ваша Книга после этих исправлений не была бы лишена такого рода усовершенствования. И вы наверняка должны были знать, что нам, прежде всего, следовало быть осмотрительными, и особенно теперь, когда вы так доверяете нашему провидению, что вы отдали ее полностью на наше усмотрение, как для того, чтобы отказаться от чего-либо, так и для того, чтобы дополнить тем, что покажется наилучшим согласно решению самых сведущих людей» [Ландслов]. Таким образом, первым возможным ответом является делегирование правотворческой функции от народа королю, которое легитимизирует или, если угодно, санкционирует издание им законов. Иными словами, «основную норму» в трактовке, данной в начале настоящей работы, можно сформулировать так: «Если некоторый текст санкционирован просьбой народа о его принятии, то он действителен».

Другой важной находкой в тексте является содержание первых двух статей второго раздела — раздела о христианской вере. В первой статье говорится: «Вот начало нашего закона, как начала всего доброго, — это то, что мы должны блюсти христианскую веру» [Ландслов]. Этот пассаж отсылает нас к еще одной возможной основной норме — «все правовые тексты, которые сообразны христианской вере, обладают действительностью», а сам текст здесь подразумевается как соответствующий христианству. Эту идею подкрепляет вторая статья того же раздела, которая гласит: «Далее, поскольку Божья милость видит для этого большую ежедневную нужду бесчисленных людей и всевозможного множества народов, Господь поручил двум своим рабам быть его очевидными управляющими в этой вере и в его высшем законе для защиты прав добрых людей, а дурным — в наказание и для очищения. Эти двое — король и епископ. Король получил от Бога мирскую власть для мирских дел, а епископ — духовную власть для духовных дел» [Ландслов]. Этот отрывок позволяет однозначно усмотреть в Ландслове имплементацию знаменитой католической доктрины двух мечей, прослеживаемой еще с конца VI в., из письма Папы Римского Геласия I к византийскому императору Анастасию I [Robinson, 1904: 72–73], которая заключается в божественной природе королевской (светской) и церковной властей, что также позволяет говорить о «христианской основной норме» в основании нормативности Ландслова.

Однако помимо самого текста действительность правовых норм Ландслова может быть обнаружена и в историческом контексте принятия памятника. Дело в том, что в средневековой Норвегии существовало четыре судебных округа, в каждом из которых был свой законодательный и судебный тинг: Гулатинг, Фростатинг, Эйдсватинг и Боргартинг [Larsen, 1935: 25]. В каждой из этих областей существовало свое собственное законодательство в виде, соответственно, Законов Гулатинга, Законов Фростатинга, Законов Эйдсватинга и Законов Боргартинга. До нас в определенной редакции дошли Законы Гулатинга, датируемые около 1150 г. [Larsen, 1935: 26] и Законы Фростатинга в редакции 1260 г. [Larsen, 1935: 27]. Особенностью же Ландслова в отличие от всех указанных выше законодательных актов является то, что

он был одобрен на каждом из четырех тингов, таким образом распространяя свое действие на всю Норвегию [Агишев, 2015: 64–70]. Это обстоятельство, стремление короля, власть которого на фоне окончания эпохи гражданских войн усилилась [Derry, 1960: 60], соблюдения законодательный обычай, действовавший столетиями, позволяет сформулировать еще один вариант основной нормы: «если правовой акт принят в соответствии с законодательным обычаем, то он действителен».

19.4. Действенность права в Ландслове

Это же обстоятельство позволяет обнаружить и действенность существовавшего в средневековой Норвегии права. Обычай принимать законодательство на тинге, народном собрании, некоторые ученые датируют еще X веком [Губанов, 2018: 8]. Таким образом, к моменту принятия Ландслова эта традиция существовала как минимум 100 лет, а возможно и более 200 лет. Тот факт, что она соблюдалась, учитывая представительный характер тинга как законодательного органа и то, что король, желая легитимировать свое новое законодательство, пришел к тому же способу легислатуры, какой являлся традиционным, при этом инкорпорируя уже существовавшие ранее нормы законов Гулатинга [Гуревич, 2009: 160–161], дает основание предположить, что нормы воспринимались населением как действующие, в противном случае при толковании, интерпретации норм как ненужных, недействующих, «лишних» отпадала бы необходимость вновь одобрять такое законодательство, хоть и с возможными изменениями, путем сбора законодательного тинга, являвшего собой выборный орган, изъявлявший волю народа, и не создала бы причины для короля воспользоваться этим способом вместо авторитарного королевского указа.

19.5. Основание нормативности в Ландслове

Таким образом, рассмотренные выше теоретические положения, фактический материал правового памятника и исторический контекст его принятия позволяют сделать вывод о том, что

невозможно определить единственный источник, абсолютное основание нормативности в средневековом праве. Даже ограничиваясь текстом Ландслова, возможно сформулировать как минимум две потенциальных основных нормы, на которых возможно было бы построить соответствующую аргументацию о природе действительности норм, содержащихся в этом правовом памятнике. Кроме того, способ его принятия, одобрения позволяет вывести еще одну, настолько же легитимную. Представляется, что это же историческое обстоятельство, его связь с правовыми традициями средневековой Норвегии указывает и на действенность рассматриваемых норм — причем в трактовке, схожей с коммуникативным подходом к нормативности права, как интерпретации правовых норм определенным образом вкупе с реальным поведением субъектов права.

Видится разумным заключить, что вопрос об основании нормативности может иметь более одного ответа, каждый из которых имеет равное право на существование. Можно даже предположить, что их может быть бесконечно большое количество, до тех пор, пока они воспринимаются как обоснованные, и каждый из них истинен одновременно с другими, и что такое основание может изменяться со временем. Подобное воззрение соотносится с многогранной природой права как социального явления и отражает его коммуникативную природу.

Библиография к главе 19:

1. *Агишев С. Ю.* «Земский закон» (Ландслов) Магнуса Исправителя Законов: утраченное единство? // *Vox medii aevi*. 2015. № 2–3(12–13). С. 49–89.
2. *Губанов И. Б.* Формула клятвы на священном кольце и священный пир как базовые элементы сакральной и правовой культуры в древней Скандинавии // *Научный вестник Крыма*. 2018. № 4(15). С. 1–16.
3. *Гуревич А. Я.* Норвежское общество в раннее Средневековье // *Гуревич А. Избранные труды. Норвежское общество* / гл. ред. С. Я. Левит; сост. Е. А. Гуревич. М.: Традиция, 2009. С. 151–368.
4. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. СПб.: Алет-Пресс, 2015. 542 с.

5. Ландслов / пер. со старонорвежского М. В. Панкратовой // *Norroen Dýgð* [Электронный ресурс]. URL: <https://norroen.info/src/other/landslov/> (дата обращения: 26.04.2023).
6. Тимошина Е. В. *Общая теория права: учебник*. СПб.: С.-Петербург. ун-т, 2017. 331 с.
7. *Derry T. A Short History of Norway*. London: George Allen & Unwin LTD, 1960. 281 p.
8. *Larsen L. Introduction // The Earliest Norwegian Laws Being the Gulathing Law and the Frostating Law / trans. from Old Norwegian by L. Larsen*. New York: Columbia University Press, 1935. P. 3–31.
9. *Robinson J. Readings in European History. A Collection of Extracts From the Sources Chosen With the Purpose of Illustrating the Progress of Culture in Western Europe Since the German Invasions: in 2 vol. Vol. 1. From the Breaking Up of the Roman Empire to the Protestant Revolt*. Boston: Ginn & Company, 1904. 551 p.

Заключение

Представляется, что авторскому коллективу удалось продемонстрировать многогранность права, которая проявляется в таких его свойствах, как нормативность, фактичность, системность, формальная определенность, логичность, легитимность, действительность, действенность и др.

В **Разделе I**, посвященном личности и творчеству М. В. Антонова, подчеркивается роль профессора М. В. Антонова как ученого, переводчика, преподавателя, коллеги. Отмечается его вклад в изучение социологической юриспруденции (учения Г. Гурвича и О. Эрлиха), акцентируется внимание на работах профессора, посвященных методологии экономического анализа права, а также нормативизма Г. Кельзена (*Г. А. Гаджиев*).

Коллеги отмечают влияние М. В. Антонова на студенческое сообщество, внутри которого профессор предстает почитаемым наставником, с его изображением выпускаются кружки, футболки, создаются креативные мемы, что свидетельствует о том, что фигура классического ученого прекрасно вписывается в медиальный поворот (*Е. Г. Самохина, С. В. Тихонова*).

В **Разделе II** было доказано, что генезис нормативности права имеет в том числе естественно-научное обоснование. В основе нормогенеза лежат определенные эмоции, отражающие в первую очередь интуитивное, а уже потом рациональное отношение к тем или иным действиям людей, и формирующие представления о ценностях. Отталкиваясь от дарвиновских выводов, Л. И. Петражицкий, который является одним из ярчайших представителей петербургской школы философии права, в своих работах отстаивал тезис, согласно которому эволюционное развитие человечества

постепенно продвигается в сторону укрепления взаимодействия, взаимопонимания, сотрудничества, солидарности и, в итоге, ведет к идеалу всеобщей любви. В конечном счете в основе понимания справедливости (и права) лежит принцип взаимного правового признания человека человеком, который одновременно является и ключом к пониманию правовой нормативности и фундаментом для формирования традиционных ценностей общества (*А. В. Поляков*).

Продемонстрировано, что право в плане своего внешнего выражения может принимать различные формы и обладать различной структурой, в зависимости от условий социокультурной среды, исторического контекста, а также иных эволюционных факторов. Поэтому признаки нормативности и системности, играющие столь важную роль в современных условиях, не являются необходимыми атрибутами правовой коммуникации, поскольку те функции, которые в развитых правовых системах выполняет иерархическая система правовых норм, на иных этапах эволюции правовой коммуникации могут с неменьшим успехом выполнять, например, субъективные права и обязанности, неиерархически соотношенные между собой в рамках единого пространства правовой коммуникации (*Н. В. Разуваев*).

Подчеркивается, что отказ от одного единственного референта у понятия права не отрицает вообще его, референта, отсутствие. Право связано, прежде всего, с человеком, точнее, с взаимодействиями людей, их последствиями, знаковыми, ментальными процессами, сопровождающими такие взаимодействия и последствия. Через межличностные взаимодействия право опосредует все социальные явления и процессы. В такого рода связях проявляется правовое регулирование. Любое взаимодействие относится к какой-либо сфере общества и никогда не является «чисто правовым» (*И. Л. Честнов*).

Было установлено, что к аналогии права и игры прибегают и прибегают многие отечественные и зарубежные ученые: Л. И. Петражицкий, Л. Витгенштейн, М. М. Бахтин, Й. Хейзинга, Г. Харт, А. Росс и др. По мнению Дж. Аллена, это справедливо, так как «на наиболее базовом уровне аналогия права и игр возможна, поскольку оба явления относятся к областям социальной

реальности, конституируемым правилами». Примечательно, что в современных (или, как уже можно отметить, «современных» в специальном историческом смысле слова) многопользовательских ролевых онлайн-играх появляется дополнительный уровень технологических правил, которых нет в обычной реальности. Взаимодействие в онлайн-среде через аватары особым образом ставит вопросы субъектности — участвуя в виртуальном взаимодействии, мы действуем уже посредством двух «персон»: к нашей обычной «маске» (исходное значение слова) добавляется еще один посредник в виде аватара цифрового мира. Все это требует переосмысления проблем действительности норм, нормативности и более весомой возможной аргументации в пользу восприятия права и современных игр как «вымышленных миров» с точки зрения концепции фикций (*В. В. Архинов*).

Доказано, что противопоставление должного и сущего, характерное для позитивистских и классических юснатуралистических концепций, преодолевается в социологической юриспруденции (*Г. Гурвич*), в современных дискурсивных теориях (*Р. Алекси*, *Ю. Хабермас*) и в коммуникативной теории права. Основанием действительности права с точки зрения коммуникативного подхода выступает принцип взаимного признания суверенитета личности, благодаря которому происходит сближение нормативности и фактичности через установление в нормативных притязаниях на значимость взаимозависимости между языком и социальным миром, побуждающей субъектов к диалогу, направленному на взаимодействие, а также создание фундамента для формирования традиционных ценностей общества (*И. И. Осветимская*, *Е. Г. Самохина*).

В Разделе III установлено, что диалектическая связь сущего и должного в понятии нормативности проявляется в том, что в качестве нормы всегда устанавливается такое правило, которое объективно допускает возможность как нарушения, так и исполнения. В целом правопорядок предполагает: (1) юридическую действительность образующих его норм, определяемую как формальными (создание надлежащим (установленным) образом), так и (при непозитивистских интерпретациях права) материальными

(соответствие содержательному принципу правопорядка — справедливости в ее этическом (неопределенном) или либертарном (формальное равенство в свободе) понимании) основаниями и (2) их действенность как фактическую реализуемость, обеспечиваемую санкциями, а в конечном счете обусловленную действенностью правопорядка в целом, поддерживаемой его легитимностью, заинтересованностью в его сохранении (*Н. В. Варламова*).

Показано, что системная действительность права может рассматриваться как диспозициональное свойство норм права, отражающее их предрасположенность к применению/реализации. В основе данного диспозиционального свойства лежит местоположение нормы в системе правовых норм, при этом действительность нормативной системы, как целого, основана на имевшей место социальной практике применения/реализации (действенности) нормативной системы в целом, которая складывается из фактов применения отдельных правовых норм. Передача свойств системной действительности, легитимности и действенности между уровнями правовой системы происходит асимметричным образом: системная действительность и легитимность передаются от вышестоящих норм к нижестоящим при создании последних на основании первых, а действенность — от нижестоящих норм к вышестоящим при применении/реализации первых (*Е. В. Тимошина, В. С. Васильева, В. Е. Кондуров, А. А. Краевский*).

Продемонстрировано, как указанные свойства права могут реализовываться в рамках доктрины правового государства, которая претерпела различные трансформации своего содержания с момента зарождения и до наших дней. Подчеркивается важность новой репрезентации современного правового государства, которая связана с парадоксом «неприменения нормы внутри правовой системы» в тех случаях, когда их применение будет чревато еще большей несправедливостью (*И. Ф. Мачин*).

Показано, что при несовпадении индивидуального толкования нормы с официальными и доктринальными интерпретациями субъект склонен настаивать на собственных нормативных представлениях, не всегда логически обоснованных, но психологически комфортных для применения по причине их интуитивной близости и соответствия жизненному миру субъекта. Нормы

тивная система личности находится в непрерывном развитии под воздействием многочисленных внешних факторов, в том числе других нормативных систем. Индивидуальная норма, устанавливаемая субъектом в качестве правила для своего поведения и, возможно, поведения других лиц, отражает уже существующую действительность, которая, в свою очередь, влияет на формирование будущих правоотношений с его участием (Е. Н. Тонков).

Выявлено, что, как показывает практика, конституционно-конформное истолкование может быть дано норме, которая с юридико-технической точки зрения безупречна, но которой в правоприменительной практике — опять же, в системе правового регулирования — придается неконституционное значение; соответственно, целью в этом случае является вовсе не выявление законодательных намерений, а такая корректировка этой нормы, при которой она будет в полной мере согласовываться с конституционным регулированием. Причем такое истолкование задействует традиционные методы толкования, но не исчерпывается ими, с неизбежностью предполагая некоторую долю правотворчества. Соответственно, рамки такого акта толкования заданы отнюдь не содержанием толкуемой нормы — как это предполагается нормативистской теорией — а содержанием весьма абстрактных норм (принципов) более высокого порядка, которые и являются единственным масштабом (критерием) истинности или ложности такого толкования (П. Д. Блохин).

В Разделе IV показано, что М. В. Антонов основывает идею системности права на логическом упорядочении норм права, в противовес представлениям о системности права в духе концептуального, объективного или генеративного единства, трактуемого в качестве его необходимого атрибута, предполагающего «герметическую» замкнутость и полноту правовой системы. Подчеркивается роль антоновской системности права. Она не только позволяет объяснить, почему возникает аксиологический пробел в условиях, когда необходимо учитывать различные свойства, но и указывает путь для того, чтобы предотвратить их возникновение. Этот путь заключается в целенаправленных усилиях правоведов по систематизации системы права путем генерирования локальных нор-

мативных систем и их проверки на полноту, непротиворечивость и избыточность (Е. Н. Лисанюк).

Подчеркивается критика объективистского понимания «системности» (как единства во множестве), которое позволило наделить право практически сверхъестественными способностями и представить его как идеальный инструмент социальной регуляции; инструмент (наподобие «ключа от всех дверей»), который подходит для любых ситуаций и способен оправдать любое решение. Объективистское понимание «системности» не способно объяснить хотя бы тот факт, что системность права во многом задается деятельностью правоприменителей и ученых-юристов. Предлагаемое М. В. Антоновым понимание системности как регулятивного идеала с отсылками к принципу Юма представляется более удачным, поскольку действительно позволяет объяснить его ключевую идею, что для описания конструируемого юристами единства права вполне достаточно термина «правопорядок». Кроме этого, предлагается интерпретировать «системность» как особую методологическую конструкцию, вполне применимую и потенциально полезную для исследования и понимания позитивного права (В. В. Оглезнев).

Представленные в **Разделе V** выводы о критических аргументах в отношении юридического позитивизма можно суммировать следующим образом. Р. Дворкин указывает на фундаментальную дефектность позитивизма по трем направлениям. Во-первых, для оценки состоятельности/востребованности последнего имеет значение его способность представить полноценную теорию о том, как «факты порождают право», выходящую за пределы простой констатации использования в сообществе тех или иных критериев юридического распознавания. Во-вторых, Р. Дворкин подчеркивает рефлексивный и аргументативный характер правил и правилосообразного действия, подразумевая, что следование юридическому правилу требует согласования многообразных и разноуровневых стандартов и включает ориентацию на их наиболее оправданное — а не просто «типичное» — толкование и применение, возможность отступления от устоявшихся поведенческих образцов и т. д. Более того, автор проблематизирует саму способность практики консти-

туировать образцы должного поведения. В-третьих, Р.Дворкин отвергает позитивистскую идею конвенции как основания права, необходимо подразумевающую единство, согласие и определенность, что, по его мнению, противоречит многочисленным «теоретическим разногласиям» между судьями относительно самих критериев юридического в системе, которые нельзя описать как заблуждения о действующем праве или как дискуссии о его усовершенствовании (С. Н. Касаткин).

Кроме этого, примечательна концепция М. ван Хука, который рассматривает права как инструмент человеческого взаимодействия, причем инструмент процессуальный. Опираясь на парадигму интересубъективизма, мыслитель настаивает на том, что «чистые факты» являются конструктами, зависящими от опорных структур теории, разрабатывающей их описание (реальность частично детерминирует теорию, теория частично детерминирует право). Право интерпретируется как открытая система, состоящая из комбинаций различных типов коммуникации (односторонних, многосторонних, командных и совещательных), выстраиваемых иерархически, но внутри и поверх иерархий, связываемых в гибкое целое преимущественно сетевой циркулярностью (С. В. Тихонова).

Еще две концепции, позиционирующие себя в качестве оппонирующих позитивизму, — две модели судебной методологии О. Эрлиха и Г. Канторовича, которые в отечественной науке принято относить к одному движению свободного права. В случае пробела в законодательстве Эрлих предлагает судье самостоятельно уравновесить интересы, не сбалансированные законодателем, но (гипотетически) принимаемые законодателем во внимание. Г. Канторович считал, что судья при восполнении текстуальных пробелов должен найти разрешение спорной ситуации путем толкования *ex nunc* либо для материальных пробелов — в своей правотворческой деятельности посредством анализа социального контекста и представлений о справедливости, которые существуют в обществе на момент разрешения спора. В итоге, у Эрлиха судья находит «живое право» в многовариативной социальной практике, а у Канторовича судья ищет «свободное право» только в четырех его формах (М. С. Куликова).

И, наконец, в заключительном **Разделе VI** представлены результаты исследования особенностей наделения нормативной силой некоторых исторических памятников права, которые можно обозначить следующим образом. Слишком смелыми и при этом необоснованными выглядят результаты трехсотлетних попыток превращения установлений Чингисхана в кодекс. При этом никто не попытался проанализировать Великую Ясу в категориях собственно правовой науки. Тем не менее, если руководствоваться не только историческим методом, но и формально-догматическим, выясняется, что нормативный характер Великой Ясы Чингисхана и его обязывающая сила никак не связаны с письменным закреплением (*Р. Ю. Почекаев*).

Обращаясь к тексту норвежского средневекового источника права — Ландслова, можно выделить как минимум две потенциальные основные нормы, на которых возможно было бы построить соответствующую аргументацию о природе действительности норм, содержащихся в этом правовом памятнике (принятие в соответствии с законодательным обычаем, одобрение выборным народным органом). Вопрос об основании нормативности, таким образом, может иметь более одного ответа, каждый из которых имеет равное право на существование. Возможно даже предположить, что их может быть бесконечно большое количество до тех пор, пока они воспринимаются как обоснованные, каждый из них истинен одновременно с другими, и что такое основание может изменяться со временем. Подобное воззрение соотносится с многогранной природой права как социального явления и отражает его коммуникативную природу (*В. Д. Пьянов*).

Сведения об авторском коллективе

Архипов Владислав Владимирович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета

Блохин Павел Дмитриевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и административного права НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург, советник судьи Конституционного Суда РФ (в 2012–2023 гг.)

Варламова Наталия Владимировна, кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник сектора прав человека Института государства и права РАН

Васильева Наталия Сергеевна, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры теории и истории права и государства НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург

Гаджиев Гадис Абдуллаевич, доктор юридических наук, профессор, научный руководитель юридического факультета НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург, ординарный профессор, судья Конституционного Суда РФ в отставке

Касаткин Сергей Николаевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права и философии Самарского государственного экономического университета

Кондуров Вячеслав Евгеньевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права Санкт-Петербургского государственного университета

Краевский Арсений Александрович, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета

Куликова Мария Сергеевна, преподаватель кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета, преподаватель кафедры теории и истории права и государства НИУ ВШЭ — Санкт-Петербурге

Лисанюк Елена Николаевна, доктор философских наук, ведущий научный сотрудник Института философии Российской Академии Наук.

Мачин Игорь Федорович, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права и политологии Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова

Оглезнев Виталий Васильевич, доктор философских наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета, профессор кафедры истории философии и логики Национального исследовательского Томского государственного университета.

Осветимская Ия Ильинична, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета

Поляков Андрей Васильевич, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета

Почекаев Роман Юлианович, доктор исторических наук, кандидат юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории права и государства НИУ ВШЭ — Санкт-Петербурге

Пьянов Владимир Дмитриевич, студент второго курса юридического факультета НИУ ВШЭ — Санкт-Петербурге

Разуваев Николай Викторович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и трудового права Северо-Западного института управления — филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации

Самохина Екатерина Геннадьевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург, заместитель декана юридического факультета НИУ ВШЭ — Санкт-Петербурге

Тимошина Елена Владимировна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета

Тихонова Софья Владимировна, доктор философских наук, профессор кафедры теоретической и социальной философии Саратовского национального исследовательского университета имени Н. Г. Чернышевского, профессор кафедры истории государства и права Саратовской государственной юридической академии

Тонков Евгений Никандрович, кандидат юридических наук, доцент кафедры правоведения Северо-Западного института управления — филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, преподаватель Санкт-Петербургского государственного университета, преподаватель Санкт-Петербургского института адвокатуры, адвокат

Честнов Илья Львович, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации

Научное издание

**НОРМАТИВНОСТЬ В ПРАВЕ:
ПОНЯТИЕ, ИНТЕРПРЕТАЦИИ, СООТНОШЕНИЕ
С ДРУГИМИ ПРАВОВЫМИ СВОЙСТВАМИ**

Коллективная монография

Компьютерная верстка *Ю. Ю. Тауриной*

Корректор *Ю. Б. Феофанова*

Дизайнер *Е. И. Егорова*

Подписано в печать 18.03.2024. Формат 60×84 ¹/₁₆.

Усл.-печ. л. 24,0. Тираж 100 экз. Заказ № 15759.

Отпечатано в типографии ООО «Скифия-принт»
197198, Санкт-Петербург, ул. Большая Пушкарская, д. 10