

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ НИУ ВШЭ – САНКТ-ПЕТЕРБУРГ

НОРМАТИВНОСТЬ В ПРАВЕ

ПОНЯТИЕ, ИНТЕРПРЕТАЦИИ,
ВЗАИМОСВЯЗЬ С ДРУГИМИ ПРАВОВЫМИ
СВОЙСТВАМИ



*К юбилею профессора
М. В. Антонова*

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, взаимосвязь 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 действенности 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.

ISBN 978-5-98620-714-8

© Коллектив авторов, 2024

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 |

**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 правоведы 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.