

ВЯЧЕСЛАВ ЕВГЕНЬЕВИЧ КОНДУРОВ

Санкт-Петербургский государственный университет
199034, Россия, Санкт-Петербург, Университетская наб., д. 7–9
E-mail: viacheslav.kondurov@gmail.com
SPIN-код: 7989-8274
ORCID: 0000-0002-7331-4305

АРСЕНИЙ АЛЕКСАНДРОВИЧ КРАЕВСКИЙ

Санкт-Петербургский государственный университет
199034, Россия, Санкт-Петербург, Университетская наб., д. 7–9
E-mail: a.krajewski@yandex.ru
SPIN-код: 9646-3311
ORCID: 0000-0003-0723-7273

DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-6-kondurov-kraevsky

ПРАВОВЫЕ ИНСТИТУТЫ И НОРМЫ: ПРОБЛЕМА ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ И ДЕЙСТВЕННОСТИ ПРАВА В ЮРИДИЧЕСКОМ ИНСТИТУЦИОНАЛИЗМЕ

Статья подготовлена в рамках поддержанного Российским фондом фундаментальных исследований научного проекта № 18-011-01195 «Действительность и действенность права: теоретические модели и стратегии судебной аргументации».

Аннотация. Понятие «институционализм» в привычном словоупотреблении охватывает целый спектр влиятельных философско-правовых доктрин XX в. Вследствие коренных различий между ними теоретико-правовая реконструкция институционализма как единого учения и прояснение его содержания вызывают затруднения. Вместе с тем в дискуссиях современных правоведов популярность данного направления возрастает, а некоторые из представителей отечественной философско-правовой мысли полагают себя продолжателями названной традиции.

В статье предлагается исходить из устоявшегося разделения институционализма на «старый» («классический») и «новый». Представители классического институционализма (М. Ориу, С. Романо) предсказуемо полагали, что основанием действительности норм является институт, однако источник действительности самих институтов как правовых явлений понимался ими различно. Для М. Ориу таким источником выступает «идея», структурирующая институт и организующая его деятельность. Она обуславливает и справедливый для конкретного института баланс власти и автономии индивидов, определяющий в конечном счете пра-

новой характер института. С. Романо, придерживаясь более позитивистских позиций, полагал, что действительность так называемых оригинальных институтов (чья действительность не обосновывается другими институтами) является следствием их эффективной организации, которая отличает институт от любой иной социальной группы.

Важным шагом в теоретическом осмыслении институционалистских идей в праве стало учение К. Шмитта о трех видах юридического мышления: децизионизме, нормативизме и мышлении о праве как о конкретном порядке и форме. Последнее было сформулировано немецким юристом под влиянием идей классического институционализма и, по задумке автора, должно было включить его в себя в качестве одного из подвидов. Несмотря на то что принадлежность Шмитта к институционализму служит предметом дискуссий, постулируемые им основания действительности правопорядка (существующие в рамках конкретного порядка коллективные метафизические представления) вполне укладываются в институционалистскую логику.

Современная версия институционализма в праве представлена институциональным юридическим позитивизмом О. Вайнбергера и Н. МакКормика. В основе «нового» институционализма — понятие институционального факта, отличного от фактов физического мира. Сами институты понимаются как системы человеческого действия, в основе которых лежит практическая информация (правовые нормы). В отличие от «старых» институционалистов О. Вайнбергер и Н. МакКормик не считают нормы вторичными по отношению к институтам — одно просто немислимо без другого. Действительность норм при этом понимается в духе теории Г. Кельзена — как основанная на их происхождении и имеющая сложную связь с понятием действенности.

Историческое развитие юридического институционализма отражает эволюцию представлений о связи действительности и действенности права — если в классическом институционализме какая-либо связь между ними отрицалась, то в «новом» институционализме данные категории рассматриваются как взаимосвязанные, что отражает нормативистские тенденции последнего.

Ключевые слова: действительность права, действенность права, правовые институты, институциональный факт, юридический институционализм, юридический позитивизм, институциональный юридический позитивизм, М. Ориу, С. Романо, К. Шмитт, О. Вайнбергер, Н. МакКормик

VIACHESLAV E. KONDUROV

Saint Petersburg State University
7/9, Universitetskaya embankment, Saint Petersburg 199034,
Russian Federation
E-mail: viacheslav.kondurov@gmail.com
ORCID: 0000-0002-7331-4305

ARSENY A. KRAEVSKY

Saint Petersburg State University
7/9, Universitetskaya embankment, Saint Petersburg 199034,
Russian Federation
E-mail: a.krajewski@yandex.ru
ORCID: 0000-0003-0723-7273

LEGAL INSTITUTIONS AND NORMS: THE PROBLEM OF VALIDITY AND EFFICACY OF THE LAW IN LEGAL INSTITUTIONALISM

The article was prepared within the framework of the scientific project № 18-011-01195 "Validity and efficacy of law: theoretical models and strategies of judicial argumentation", supported by the Russian Foundation for Basic Research.

Annotation. The concept of "institutionalism" in the usual word use covers a whole range of influential philosophical and legal doctrines of the XX century. Due to fundamental differences between them, the general theoretical and legal reconstruction of institutionalism as a single doctrine and, consequently, the clarification of its content cause difficulties. At the same time, the popularity of this trend is growing in the discussions of contemporary legal scholars, and some of the representatives of the Russian philosophical and legal thought believe themselves to be the followers of this tradition.

The paper proposes to proceed from the established division of institutionalism into "old" ("classical") and "new". Representatives of classical institutionalism (M. Hauriou, S. Romano) predictably believed that the basis for the validity of norms was institution, but the source of the validity of institutions themselves as legal phenomena was understood by them differently. For M. Hauriou, this was the "idea" which, from within, structured the institution and organized its activities. Among other things, it also determined the fair balance of power and individual autonomy for a particular institution, which, in the end, predetermined the legal character of this or that institution. S. Romano, adhering to more positivist positions, believed that the reality of so-called "original" institutions (whose reality is not justified by other institutions) is a consequence of their effective organisation, which distinguishes the institution from any other social group.

An important step in the theoretical understanding of institutionalist ideas in law was Schmitt's teaching about three types of legal thinking: decisionism, normativism, and thinking about law as a specific order and form. The latter was formulated by a German lawyer under the influence of the ideas of institutionalism and, according to his idea, should have included it as one of the subspecies. Despite the fact that Carl Schmitt's affiliation to institutionalism is a subject of discussion, the ultimate basis of

the reality of the rule of law postulated by him is quite within the logic of the latter — these are the collective metaphysical notions that exist within a specific order.

The modern version of institutionalism is legally represented by the institutional legal positivism of O. Weinberger and N. MacCormick. The "new" institutionalism is based on the concept of institutional fact, which differs from the facts of the physical world. Institutions themselves are understood as systems of human action based on practical information (legal norms). In contrast to the "old" institutionalists, O. Weinberger and N. MacCormick do not consider norms secondary to institutions — one simply cannot be imagined without the other. The reality of norms is understood in the spirit of H. Kelsen's theory, as based on their origin and having a complex connection with the notion of efficacy.

The historical development of legal institutionalism reflects the evolution of ideas about the relationship between reality and efficacy of law — while classical institutionalism denied any connection between them, "new" institutionalism considers these categories as interrelated, which reflects the normative tendencies of the latter.

Keywords: validity of law, efficacy of law, institutions of law, institutional fact, legal institutionalism, legal positivism, institutional legal positivism, M. Hauriou, S. Romano, C. Schmitt, O. Weinberger, N. MacCormick

1. Введение

Итальянский правовед М. Барберис в одной из работ писал: «Все мы сегодня являемся институционалистами»¹. Пожалуй, данное утверждение является преувеличением, однако косвенно указывает на влияние институциональной теории на современную философско-правовую мысль².

Понятие института, положенное в основу рассматриваемого учения, хотя и восходит к римскому праву, в XIX—XX вв. получило распространение во многих социальных науках. В социологии данное понятие стало широко использоваться, начиная с трудов Г. Спенсера, который «как никто способствовал распространению термина “социальный институт” в социологии и смежных науках, но строгого

¹ Цит. по: *Pedrini F. Santi Romano e l'interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico // Jura Gentium. 2018. Vol. XV. No. 21. P. 79.*

² В отечественной философии и теории права «институционализм», как правило, связывается с «институциональной теорией права» В.А. Четвернина, который сопрягает его своеобразную версию с либертарным правопониманием (см., например: *Четвернин В.А. Институциональная теория права. URL: <https://www.hse.ru/data/2010/02/20/1232122347/300%2025.02.pdf> (дата обращения: 07.11.2019))*). Также среди «институционалистов» иногда упоминается А.В. Поляков (*Яковлев А.В. Об институциональном подходе в либертарно-юридической концепции государства // Труды Института государства и права РАН. 2008. № 5. С. 5–6*).

определения его не дал»³. Впоследствии другой классик социологии, Э. Дюркгейм, даже определил социологию «как науку об институтах, их генезисе и функционировании»⁴.

В экономической науке институциональное направление восходит к трудам американского экономиста Т. Веблена, испытывавшего определенное влияние социологических идей Г. Спенсера⁵. Е.М. Майбурд характеризует экономический институционализм как рассмотрение обычных проблем экономической науки «с более широкой позиции, принимая во внимание те или иные аспекты общественной жизни, а также культурные и исторические предпосылки, не входящие в круг экономических явлений, но (как они считают) влияющие на эти явления»⁶.

Став одним из наиболее ярких течений правовой мысли своего времени⁷, юридический институционализм представляет собой вполне самостоятельное направление общественной мысли, вследствие чего параллелизм идей и взаимное влияние институциональных направлений в социологии, экономике и правоведении в настоящей статье не рассматривается. Его становление было вызвано кризисом государства Нового времени⁸, прогрессирующей плюрализацией⁹ общества¹⁰, выраженной, в частности, в том, что (1) все большую соци-

³ История теоретической социологии: В 4 т. Т. 1 / Отв. ред. Ю.Н. Давыдов. М., 2002. С. 279.

⁴ Дюркгейм Э. Метод социологии // О разделении Общественного труда. Метод социологии / Пер. с фр. А.Б. Гофмана. М., 1990. С. 405.

⁵ См.: Негизи Т. История экономической мысли / Пер. с англ. Л.Л. Любимова, В.С. Автономова. М., 1995. С. 34–36.

⁶ Майбурд Е.М. Введение в историю экономической мысли. От пророков до профессоров. М., 2000. С. 496.

⁷ См.: Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. М., 1971. С. 116.

⁸ О влиянии кризиса государства и роста корпоративизации социума на становление институционализма (в том числе и на мысль К. Шмитта) см.: Pietropaoli S. Ordimento giuridico e konkrete Ordnung. Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt // Jura Gentium. 2012. Vol. IX. No. 2. P. 51, 61–62.

⁹ По мнению некоторых исследователей, взаимосвязь социальных реалий и возникновения плюралистического институционализма (С. Романо) столь велика, что он истолковывается как реакция на них *a posteriori* (Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations // Transnational Legal Theory. 2011. Vol. 2. Iss. 1. P. 77).

¹⁰ Плюрализацию общества в качестве одного из признаков кризиса государства рассматривает Карл Шмитт (Шмитт К. Государственная этика и плюралистическое

альную роль получали существующие наряду с государством организации (профессиональные союзы, партии и т.д.); (2) возросло значение международного правового порядка, международных организаций и т.д.¹¹. В стремлении включить все эти явления в пространство юридической мысли, классический институционализм был близок к другим учениям о праве, возникшим в то же время, в частности, социологической юриспруденции и солидаризму.

Вместе с тем одной из наиболее существенных интенций институционализма на первоначальном этапе его развития было желание обособиться от иных «популярных» направлений философии права того времени: социологической юриспруденции¹², солидаризма Леона Дюги¹³ и нормативизма Ганса Кельзена¹⁴. Однако даже наличие внешних «соперников» не придало институционалистскому направлению видимого единства¹⁵. Так, известно, что Морис Ориу в ответ на присланную

государство // Шмитт К. Государство и политическая форма / Пер. с нем. О.В. Кильдошова. М., 2010. С. 238).

¹¹ Об условиях возникновения институционализма см., например: *Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*. P. 76–77; *Туманов В.А.* Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. С. 130.

¹² См.: *Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*. P. 72; *Hauriou M.* The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism / Transl. from French by M. Welling // *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos* / Ed. by A. Broderick. Cambridge, 1970. P. 108; *Romano S.* The Legal Order. London, 2017. P. 105.

¹³ См.: *Туманов В.А.* История и общая характеристика буржуазной науки государственного права // Современное буржуазное государственное право. Критические очерки. Т. 1. Буржуазная наука государственного права / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 1987. С. 27.

¹⁴ См., например: *Hauriou M.* The Classical Method and Juridical Positivism / Transl. from French by M. Welling // *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos* / Ed. by A. Broderick. Cambridge, 1970. P. 128–129; *Romano S.* The Legal Order. P. 56–58; *Левин И.Д.* Современная буржуазная наука государственного права. Критика основных направлений. М., 1960. С. 156, 183.

Классические институционалисты были одними из первых, кто начал осуществлять масштабную критику «чистого учения». Показательно, к примеру, что до критики Санти Романо, Ганс Кельзен был практически неизвестен в Италии. См. об этом: *Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*. P. 86.

¹⁵ К примеру, итальянские исследователи М. Кроче и А. Сальваторе выделяют три вида классического институционализма: монистический (всякий социальный институт получает правовой характер от государства), плюралистический (всякий

ему главой итальянских институционалистов Санти Романо работу “*L’ordinamento giuridico*” («Правовой порядок») отреагировал весьма сдержанно, написав: «Наши теории отличаются по целям и направлениям. Вы сосредоточились на правопорядке, а я — на теории государства»¹⁶.

В 1930-е гг. институционалистские идеи получили специфическую интерпретацию в работах немецкого юриста Карла Шмитта, попытавшегося в известной мере синтезировать и реинтерпретировать во взаимосвязи со своими предшествующими работами различные варианты институционализма, результатом чего стала разработка им понятия «мышление о праве как о конкретном порядке и форме» (*konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken*).

Позднее, во второй половине XX в., институционалистские идеи в юриспруденции получили оригинальное развитие в концепции институционального юридического позитивизма¹⁷ правоведов О. Вайнбергера и Н. МакКормика. Институциональный юридический позитивизм первоначально разрабатывался указанными авторами независимо друг от друга. Н. МакКормик был учеником Г.Л.А. Харта и первоначально был близок к оксфордской школе философии права, а О. Вайнбергер сперва представлял брновскую школу чистого учения о праве, основанную чешским правоведом Франтишеком Вейром. Со временем теоретические позиции О. Вайнбергера и Н. МакКормика сблизились настолько, что это позволило говорить о появлении особого философско-правового направления.

Далее мы ответим на вопрос о следующем из теоретических построений институционалистов основании действительности правопорядка¹⁸. Несмотря на то что данная проблема чаще ставится в отноше-

социальный институт является по необходимости и правовым) и децизионистский (существует как официальное (государственное), так и неофициальное право. При этом государство как наиболее сложный и мощный институт выбирает, какие из неофициальных способов правового взаимодействия станут общеобязательными) (*Croce M., Salvatore A. The Legal Theory of Carl Schmitt*. Abingdon, 2013. P. 48–52).

¹⁶ Цит. по: *Fontanelli F. Santi Romano and L’ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*. P. 72.

¹⁷ Сами авторы предпочитали термин «институциональная теория права», но для целей отграничения данной теории от иных направлений правового институционализма мы будем использовать альтернативный термин «институциональный юридический позитивизм».

¹⁸ Сами институционалисты употребляли данный термин (*validity / validita*) применительно к институтам. См., например: *Romano S. The Legal Order*. P. 152; *Romano S. L’ordinamento giuridico*. Firenze, 1967. P. 147.

нии норм права или правопорядка, интерпретируемого как система норм, применительно к институционализму вопрос следует поставить более радикально — каково основание действительности института как такового. Действительность, юридическая значимость какого-либо правила говорит о его обязывающей силе. При этом в качестве последней рассматривается не всякая разновидность обязывания (моральные и нравственные нормы тоже императивны), но именно специфически правовая обязательность. Соответственно, основание действительности института следует понимать как исток его юридической обязательности, *его правового характера*.

С точки зрения структуры настоящая статья построена следующим образом. Сначала, анализируя классический институционализм, мы сосредоточимся на наследии М. Ориу и С. Романо как двух лидеров данного направления во Франции и Италии соответственно¹⁹. Затем мы кратко рассмотрим творческую переработку их идей Карлом Шмиттом и обратимся к неинституционалистам (Н. МакКормик и О. Вайнбергер), тем самым раскрыв общее движение институционалистской мысли применительно к проблеме действительности и действенности права.

2. Морис Ориу

2.1. Понятие института

Морис Ориу (1856–1929) выделяет несколько значений понятия «институт»²⁰, однако сосредоточивает свое внимание лишь на той разновидности²¹, которую называет «корпоративный институт». Характерными элементами последнего являются следующие.

¹⁹ См. например: *Тереза Д.Б.* Институциональный тип правового мышления (введение в проблему) // *Философия права*. 2008. № 2. С. 121; *Левин И.Д.* Современная буржуазная наука государственного права. Критика основных направлений. С. 180.

²⁰ См.: *Ориу М.* Основы публичного права / Пер. с фр. Е. Пашуканиса, Н. Челябинской. М., 2013. С. 82.

²¹ Безусловная заслуга М. Ориу заключалась в формулировке и применении широкого понятия «институт» к правовой реальности. Однако, в отличие от С. Романо, К. Шмитта и даже собственного ученика Ж. Ренара, М. Ориу использовал данное понятие и применительно к «вещам» («институты-вещи»), таким как земельный участок, обладающий кадастровым номером, а также к разного рода «техническим юридическим средствам», таким, к примеру, как административный иск. Данная особенность институционализма французского правоведа не была

1. Социальная организация²² — означает, что внутри социальной группы существует «постоянный распорядок, в силу которого органы, располагающие властью, служат, путем согласованной со всей группой деятельности, целям, интересующим эту группу»²³.

2. Суверенитет власти, который складывается из средоточия (централизации) интересов, воли и функций (компетенция). Иными словами, суверенитет власти проявляется как автономная централизованная воля, направленная на выполнение функций (действие в пределах компетенции) для достижения конкретных целей (интересов) института²⁴.

3. Конституционное устройство суверенной власти, опосредованное статутном, которое предполагает соответствующую идее института организацию власти, обеспечивающую баланс между корпоративной институциональной властью и автономией индивидов²⁵.

4. Юридическая автономия института²⁶, понимаемая в смысле «внешней автономии» по отношению 1) к другим социальным организациям²⁷, 2) к составляющим корпорацию индивидам. Последнее означает в том числе и то, что длительность «жизни» института превышает длительность жизни составляющих его индивидов. Порядок «должен создаваться длительно и на длительное время», он «есть сце-

перенята его последователями, возможно, потому, что сам он мало уделял внимания анализу названных вариантов использования термина «институт», поскольку не считал это необходимым (*Ориу М.* Основы публичного права. С. 82; *Pietropaoli S.* Ordinalamento giuridico e konkrete Ordnung. Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt. P. 51, 61–62; *Jennings W.I.* The Institutional Theory // *Modern Theories of Law* / Ed. by W.I. Jennings. London, 1933. P. 74).

²² Из этого признака, как и из всех прочих, следует, что правовой институт не сводится к некоей сумме правовых отношений. Об этом см.: *Ориу М.* Основы публичного права. С. 116.

²³ *Ориу М.* Основы публичного права. С. 83.

²⁴ См.: там же. С. 83–84.

²⁵ См.: там же. С. 85, 91–93. Этот элемент может натолкнуть на мысль, что, когда речь идет о корпоративном институте, всегда подразумевается государство. В связи с чем следует уточнить, что под это понятие подпадают, к примеру, и коммерческие общества, власть внутри которых в равной мере опосредуется уставом. Выражения же «конституционное устройство» и «суверенная власть» выбраны не только из-за того, что государство является наиболее ярким примером корпоративного института, но и с учетом терминологии Мориса Ориу, который сосредоточил свое научное внимание именно на государстве как институте.

²⁶ См.: там же. С. 83.

²⁷ Здесь следует оговориться: автономия не исключает некоторого подчинения и контроля, как между общиной и центральной администрацией, но необходимо, чтобы в конечном счете автономия преобладала над подчинением.

пление, есть сооружение социального здания; в порядке есть направление, а именно — направление к общественному благу или к пользе дела»²⁸. Здесь мы вплотную касаемся еще одного ключевого элемента института — идеи.

5. Идея института, создающая (6) общность между лицами, составляющими институт, и правительственными органами института²⁹. «Идея работы» («идея института», «руководящая идея», «идея предприятия» или просто «идея») представляет собой наиболее важный элемент всякого корпоративного института³⁰. Каждый институт формируется и существует, имея в виду такую идею. К примеру, больница — благотворительную, государство — реализацию «протектората национального гражданского общества со стороны публичной власти, обладающей территориальной юрисдикцией, но отделенной от отношений собственности и таким образом оставляющей большую свободу для своих подданных»³¹ и т.д. При этом идею не следует путать ни с целью института, ни с его функциями, она превосходит и то, и другое³². В отличие от цели института, которая может быть внешней по отношению к нему и содержит лишь указание на результат деятельности, идея руководит «жизнью» института изнутри и предполагает определенную программу действий³³ (в этом отношении она напоминает скорее метафизическую «целевую причину»). Функция института, в свою очередь, является чем-то сущим, реализованным, тогда как идея стремится к реализации и содержит также неопределенную, неосуществленную часть³⁴. Рассуждая таким образом, М. Ориу приходит к выводу, что идею института более точно было бы назвать «объектом», а не целью или функцией, поскольку институт направлен на ее реализацию³⁵, которая становится возможной благодаря действующей внутри института власти и правовым положениям³⁶.

²⁸ Ориу М. Основы публичного права. С. 30. «В праве, как и в истории, институты обозначают продолжительность, непрерывность и реальность» (*Hauriou M. The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism.* P. 93).

²⁹ См.: *Hauriou M. The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism.* P. 104.

³⁰ *Ibid.* P. 101.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.* P. 103.

³³ *Ibid.* P. 101–102.

³⁴ *Ibid.* P. 102.

³⁵ *Ibid.* P. 103.

³⁶ *Ibid.* P. 112.

Идея опосредует институт, делает его объективным³⁷, определяя его внутреннюю дисциплину, его нормативную структуру³⁸, опосредует, наконец, единство составляющей институт группы лиц, поскольку, распространяясь на психику субъектов, воспринимаясь ими, она в силу своего объективного характера способна транслироваться от разума к разуму, получая новые субъективные преломления, не исчезая и не растворяясь в них³⁹. Такая способность свидетельствует, по утверждению М. Ориу, об объективном характере идеи, который она сообщает и институту⁴⁰. Лица, охваченные идеей института, ощущают общие эмоции, действуют сообразно с ней и благодаря ей. Объективная идея, воспринимаемая индивидами, переходит в субъективную плоскость, выражаясь в сходных понятиях и представлениях⁴¹, существующих в сознании и подсознании группы⁴².

Составляющие институт индивиды, в соединении с правительственными органами, являются, таким образом, носителями идеи, ее субъектами. Это означает, что они принимают на себя риски и ответственность, связанные с реализацией идеи института⁴³. Так возникает институциональная общность⁴⁴.

2.2. Основание действительности корпоративного института и отдельных правовых норм

Морис Ориу указывает два пути возникновения правовой нормы: во-первых, она может возникнуть в рамках законодательной процедуры, подкрепленной силой политической власти; во-вторых, она может сформироваться путем длительного существования некоторого факта,

³⁷ См.: *Hauriou M. The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism.* P. 103.

³⁸ *Ibid.* P. 114.

³⁹ *Ibid.* P. 103.

⁴⁰ «Люди не создают идеи, но лишь находят их. Вдохновленный поэт обнаруживает идею так же, как шахтер находит алмаз» (*Ibid.* P. 103).

⁴¹ Морис Ориу прямо указывает, что такая интерпретация идеи института не тождественна «коллективным представлениям» Э. Дюркгейма, поскольку последний редуцирует реальность, сводит представление к некоторой «массе разумов», приковывает ее к среднему показателю в социальной среде. Идея же института хотя и преломляется в ряде отдельных сознаний, тем не менее отводит «высшим умам ведущую роль» (*Ibid.* P. 108).

⁴² *Ibid.* P. 108.

⁴³ *Ibid.* P. 104.

⁴⁴ *Ibid.* P. 107.

т.е. посредством обычая⁴⁵. На первый взгляд имеет место двойственное основание действительности нормы: в первом случае — процедурно-легальное, а во втором — фактическое, проистекающее из действительности.

На деле же как в случае нормы, установленной в результате законодательной процедуры, так и в случае нормы, возникшей из обычая, имеет место общее основание действительности, которое станет вполне ясным, если подробнее разъяснить (1) основание действительности самого обычая и (2) соотношение обычая и процедурности, имеющей место при принятии закона.

Основанием действительности обычая не является один лишь факт длительного мирного существования. Сама длительность обычая проистекает из его «приспособления к реальностям корпоративной структуры»⁴⁶, т.е. из его содержательного соответствия порядку, организации института. Относительно соотношения процедурности и обычая М. Ориу указывает, что торжественная процедура должна была частично заменить собой обычай в реалиях современного государства⁴⁷. Особенно хорошо это видно на примере конституционных статутов, которые призваны были дать сходные с обычаями гарантии устойчивости институциональной структуры путем ограничения правительственной власти⁴⁸, поскольку последней свойственна чрезвычайная динамичность, и, существуя изолированно, без ограничений, она может просто уничтожить институт как статичную организацию. То есть конституции были призваны внести юридический порядок в динамичное существование публичной власти, ограничить и определить ее, равно как некогда обычай организовывал социальный мир, в том числе и в сфере реализации власти. По этой причине институт стремится оставлять конституцию неизменной для того, чтобы, помимо торжественной процедуры, ее действительная сила подкреплалась также и силой обычая.

Еще одним немаловажным элементом рассуждений М. Ориу является утверждение правовой значимости психологического признания индивидами правового установления. Если в случае обычая такое признание презюмируется из факта длительного существования⁴⁹, то

⁴⁵ См.: *Ориу М.* Основы публичного права. С. 16.

⁴⁶ Там же. С. 15.

⁴⁷ См.: там же. С. 11.

⁴⁸ См.: там же. С. 11.

⁴⁹ Морис Ориу указывает, что юридическая сила обычая происходит в конечном счете из согласия народа с проявившимся юридическим фактом, который в дальнейшем в силу повторяемости становится нормой. При этом в качестве юридического факта может выступать указ, договор, судебный акт и т.д. В этом смысле

в случае со статутным правом оно проистекает из процедуры принятия конкретного акта⁵⁰ как эрзаца обычая. Таким образом, как процедура, так и обычай в известной мере подразумевают в качестве своего признака психологическое присоединение индивидов.

В результате и обычай, и статутное право (т.е. всякое установленное право) обретают свою действительность из института⁵¹, который опосредует в себе власть, длительность, элемент признания, идею и т.д. Следовательно, далее необходимо выяснить основания обязывающей силы самого института.

Основанием действительности института, в том числе и государства, не может являться власть, поскольку она возникает в рамках социальной организации и только в ее пределах имеет смысл⁵². Институт устанавливается не повелением лица, но объективно⁵³. Обратное, кроме того, означало бы, что у обычаев и процедур, составляющих содержание института, существует отдельное от самого института основание действительности, поскольку как обычай, так и процедура обретают действительность вне связи с политической властью.

В основании действительности института не может лежать и простой факт⁵⁴. Институт есть не только фактическое, но и юридическое состояние, в этом отношении не всякая социальная организация юридически будет являться институтом. Правовое состояние института есть некоторая цель, к которой в своем становлении стремится всякое фактическое состояние. К примеру, узурпированная власть представляет собой факт, который стремится получить юридическое оформление⁵⁵. Правовая действительность такой власти возникает, как

всякое установившееся право обладает в одно время и силой обычая (или силой согласия, силой власти подданства), и силой правительственной власти (см.: там же. С. 32).

⁵⁰ См.: там же. С. 98–99.

⁵¹ См.: там же. С. 14.

⁵² «...если власть и имеет право повелевать, то лишь в целях порядка...» (Там же. С. 30).

⁵³ См.: там же. С. 34 и III.

⁵⁴ В том числе таковым не является социальный факт, поскольку социальная среда не может создать новое юридическое правило, она обладает лишь силой инерции (одобрения или неодобрения правила) и может привести к созданию только социального факта, который может быть юридизирован (*Hauriou M. The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism. P. 97*; здесь же о том, что основанием института не может быть правовая норма, поскольку она является так называемой институтом-вещью).

⁵⁵ См.: *Ориу М. Основы публичного права. С. 92, 553–554.*

утверждает М. Ориу, из длительного существования, однако оно, хотя и является в определенной степени необходимым условием, не является, как и в случае с обычаем, достаточным.

Утверждение обратного привело бы к расщепленности основания действительности института, поскольку вопрос об основании действительности института получал бы различный ответ в зависимости от того, о каком именно его элементе идет речь. Так, закон, к примеру, получает свою действительность из процедуры и публичной власти, а не из длительного существования. Действительность же процедуры и публичной власти также не проистекает из факта длительности их существования и т.д.

Помимо длительного существования для правового оформления власти требуется «фактическое приспособление к общему порядку вещей»⁵⁶, т.е. такое длительное существование должно быть «мирным» и, как следствие, «справедливым»⁵⁷, поскольку никакая несправедливость, с точки зрения М. Ориу, не может обосновать акт присоединения индивидов к институту, а потому не может длиться мирно и долго⁵⁸.

С учетом ранее сказанного основание действительности института в первом приближении может быть сформулировано как сложное⁵⁹: это длительное существование (реализуемое в обычае и восполняемое процедурой в ситуации властно-установленного права), справедливость (понимаемая как баланс между автономией индивидов, их свободой и корпоративной властью⁶⁰) и согласие индивидов (легитимация). Такая расщепленность, однако, не может нас удовлетворить, поскольку, хотя все названные признаки тесно взаимосвязаны и являются необходимыми, они имеют различный онтологический статус: длительное существование и согласие имеют фактическую природу, а справедливость — идеальную. Следовательно, требуется уточнить ответ на поставленный вопрос и найти такой элемент основания действительности, без которого все прочие потеряли бы смысл.

⁵⁶ См.: *Ориу М.* Основы публичного права. С. 92.

⁵⁷ См.: там же. С. 93.

⁵⁸ «...окончательно утвердиться в обществе может только то, что стало добрым и справедливым, так как добро и справедливость более устойчиво и прочно, чем зло» (Там же. С. 24).

⁵⁹ В сходном смысле по этому вопросу пишет Е.А. Воротилин: «Он (нормативный потенциал института) есть длительное существование плюс организация власти, плюс консенсус» (*Воротилин Е.А.* Онтология права в теории институционализма // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1990. № 5. С. 45).

⁶⁰ См.: *Ориу М.* Основы публичного права. С. 12.

Психологическое присоединение (согласие, легитимация) индивидов само по себе не может являться искомым элементом. Будь это так, то речь бы шла или о заново сформулированной идее социальной солидарности (Леон Дюги), которая отвергается М. Ориу⁶¹, или о субъективистском учении об учредительной власти⁶², или каком-то подобии общественного «договора подчинения», лежащего в основании института. Однако все эти точки зрения Морисом Ориу критикуются в том числе и потому, что сводят институт к правоотношению. Кроме того, само по себе согласие не является чем-то существующим самостоятельно, оно следует, с одной стороны, из справедливого баланса внутри института, а с другой — из определяющей этот баланс и опосредующей согласие индивидов⁶³ идеи института.

Следовательно, можно утверждать, что основанием действительности института не являются ни факт длительного существования, ни факт присоединения (согласия) индивидов (легитимация). Факт длительного существования — ввиду того, что не является самостоятельным элементом, но становится возможным только в силу согласия. Последнее — поскольку (а) такой вывод выбивается из внутренней логики институционалистской теории и (б) поскольку также не является самостоятельным.

Следовательно, каким бы ни было основание действительности, оно не находится в области фактического. «Идеальным» характером обладает справедливый баланс между властью и автономией индивидов внутри института. С учетом представленного ранее процесса приобретения социальным фактом правовой значимости такой баланс вполне может служить спецификацией, т.е. элементом, который придает социальному факту правовой характер. Тем не менее сам баланс не является самостоятельным, но закладывается объективной идеей института, поскольку последняя (а) определяет внутреннюю структуру и организацию института, а также (б) создает внутри него общность понятий, представлений, целей, задач и функций. Следовательно, идея института является ключевой и для справедливого баланса. Таким образом, именно идея института может рассматриваться как

⁶¹ См.: *Oriu M.* Основы публичного права. С. 111; *Hauriou M.* The Two Realisms / Transl. from French by M. Welling // The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos / Ed. by A. Broderick. Cambridge, 1970. P. 45–51.

⁶² См. например: *Oriu M.* Основы публичного права. С. 476.

⁶³ См.: *Hauriou M.* The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism. P. 104.

наиболее радикальное основание действительности права в институционализме Мориса Ориу⁶⁴.

Поясним кратко наш вывод: идея института существует в двух «плоскостях»: объективно и субъективно. При этом первая «плоскость» является первичной по отношению ко второй. Преломляясь в разуме субъектов, объективная идея побуждает их к единению в общей деятельности ради общей цели, возлагает на них ответственность за достижение этих целей, т.е. вовлекает в порядок института, заставляет индивидов идентифицироваться с ним. Возникающее таким образом психологическое отношение влечет за собой уже фактическое присоединение индивида к институту (легитимация). При этом идея института предполагает соответствующую внутреннюю организацию, в том числе и конкретный баланс между автономией вовлеченных индивидов и корпоративной властью, который закрепляется конституционным статутом. Если справедливый баланс нарушается, то институт не сможет длительно существовать, поскольку он перестанет

⁶⁴ Такая интерпретация основания действительности института не является, пожалуй, чем-то принципиально новым, она лежит в русле традиции утверждения идеи как центрального элемента института и истолкования институционализма М. Ориу как «интеллектуального» и «психологического» (*Gressaye de la J.B. The Sociological Theory of the Institution and French Juristic Thought // The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos / Ed. by A. Broderick. Cambridge, 1970. P. 18*).

Данное основание действительности института может служить ключевой иллюстрацией неоднократно отмечаемого в литературе «естественно-правового» элемента теории М. Ориу, наличие которого часто связывают с католицизмом французского правоведа (См.: *Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология: к критике учений о праве. С. 350; Беше-Головко К. Морис Ориу: междисциплинарный подход на службе динамической концепции права / Пер. с фр. Д.В. Сичинавы // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 6 (67). С. 175–177; Foulquier N. Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856–1929) // Jus Politicum. Revue internationale de droit politique. 2009. No. 2. URL: <http://juspoliticum.com/article/Maurice-Hauriou-constitutionnaliste-1856-1929-75.html> (дата обращения: 20.10.2019).*

Впрочем, как отмечается в литературе, в большей степени католицизм (в форме томизма) проявлен у его ученика Ж. Ренара (*Jennings W.I. The Institutional Theory. P. 68–69, 73*).

В данном контексте особенно интересно и то, что естественное право включается французским правоведом внутрь позитивно проявленного института: «...я избегал изучения вопроса о естественном праве, которое является лишь одним из элементов юридического порядка...» (*Hauriou M. The Notion of an Objective Juridical Order Establishing Itself in Political Matters / Transl. from French by M. Welling // Broderick A. The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos / Ed. by A. Broderick. Cambridge, 1970. P. 54*).

соответствовать проистекающим из идеи института общим представлениям, а потому в той или иной мере⁶⁵ утратит правовой характер и, как следствие, легитимность.

К примеру, если речь идет о фактическом социальном учреждении, то оно, без сомнения, обладает определенной социальной организацией и внутренней дисциплиной. Однако конкретный факт такой организации сам по себе еще не обладает правовым характером как таковым. Факт приобретает правовое измерение постольку, поскольку служит реализации идеи института, определяющей и справедливый баланс между корпоративной властью и автономией индивидов. Соответственно, представление о справедливом балансе, диктуемое объективной идеей института, выступает ключевым элементом структуры идеи института с точки зрения вопроса об основании действительности последнего.

3. Санти Романо

3.1. Понятие института

Как утверждает Санти Романо (1875–1947), институт, или «правопорядок» (данные термины ученым отождествляются)⁶⁶, является главным и наиболее фундаментальным позитивным проявлением права, который включает в себя все разрозненные правовые элементы (нормы, отношения, меры, суверенную власть⁶⁷ и т.д.)⁶⁸. При этом, говоря о соотношении института и права, С. Романо поясняет, что они неотделимы друг от друга ни концептуально, ни материально, как «жизнь от живого организма», — это не два феномена, находящиеся во взаимосвязи, но один и тот же феномен⁶⁹.

Характеризуя понятие института, итальянский правовед указывает, что он «должен обладать объективным и конкретным существо-

⁶⁵ Морис Ориу скорее говорит о большей юридической силе положений, соответствующих справедливому балансу, чем об утрате социальным фактом правового характера (см.: *Oriu M. Основы публичного права. С. 92*).

⁶⁶ «Существует столько же правопорядков, сколько и институтов» (*Romano S. The Legal Order. P. 128*).

О тождестве института и правопорядка см. также: *Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations. P. 75*.

⁶⁷ Об этом отдельное рассуждение. См.: *Romano S. The Legal Order. P. 89–90*.

⁶⁸ *Ibid. P. 72*

⁶⁹ *Ibid. P. 75*

ванием, а его индивидуальность, пусть и нематериальная, должна быть внешней и видимой»⁷⁰. Эта внешняя, видимая индивидуальность, во-первых, позволяет распознать институт как нечто определенное, персонифицирует его⁷¹. Во-вторых, «видимый» характер института свидетельствует о нем как о «реальной, эффективной организации»⁷². Организованный характер института проявляется, в свою очередь, как его внутреннее, прочное и постоянное единство⁷³, иерархичность⁷⁴, подчиненность внутренним, общим для его членов нормам права и общей дисциплине⁷⁵. Собственная же «реальность» института означает также и то, что он обладает сверхличной сущностью, т.е. распознается как нечто большее, чем просто сумма составляющих его элементов: у него собственные цели, собственная длительность, не связанная с длительностью жизни его членов⁷⁶. Тем самым институт, равно как и право, не сводится к сумме некоторых специфических социальных отношений⁷⁷, поскольку должна существовать более тесная, органическая связь, требуется формирование социальной

⁷⁰ Об этом отдельное рассуждение. См.: *Romano S. The Legal Order*. P. 68.

⁷¹ *Ibid.* P. 70–71, 94.

⁷² *Ibid.* P. 105

⁷³ *Ibid.* P. 63, P. 71.

⁷⁴ *Ibid.* P. 186–187. Данный признак можно считать относительным, поскольку, к примеру, он отсутствует у международного правопорядка, хотя последний также представляет собой институт.

⁷⁵ Рассуждая относительно общей дисциплины, С. Романо анализирует отношения работника и начальника в рамках предприятия или фирмы. Он утверждает, что фабричная дисциплина лишь опосредованно связана с трудовым договором, поскольку последний (ввиду желания государства исключить всякую зависимость одного частного лица от другого) с точки зрения итальянского государственного правопорядка является договором частных (а потому и равных) лиц, из которого сама по себе не может возникнуть властная дисциплина: «Дисциплина проистекает не из договорного соглашения, но из внутренней организации предприятия» (*Ibid.* P. 188). Кроме того, дисциплина, как полагает С. Романо, подразумевает узы сплоченности (*bond of cohesion*) не только с начальником, но и с работниками (т.е. как горизонтальную, так и вертикальную связанность) (*Ibid.*).

⁷⁶ Право «преодолеывает слабость и ограниченность их (индивидов. — А.К., В.К.) сил, чтобы... увековечить конкретные цели за пределами их естественной жизни, создавая социальные сущности, которые являются более могущественными и долговечными, чем люди» (*Ibid.* P. 72).

⁷⁷ В этом отношении И.Д. Левин справедливо отмечает, что «юридические отношения, т.е. отношения, упорядоченные “формально, объективно и стабильно”, предполагают наличие институции» (*Левин И.Д. Современная буржуазная наука государственного права. Критика основных направлений*. С. 181).

сверхструктуры, способной преодолеть расщепленность двух индивидов, превратить их в одно⁷⁸.

3.2. Основание действительности правопорядка

Из сказанного ранее ясно, что основание действительности правопорядка во всяком случае не может проистекать из составляющих его социальных отношений⁷⁹, которые, хотя и должны наличествовать, не могут считаться тем специфическим элементом, который позволяет говорить о правовом характере социальной структуры. Безусловно, понятие права, предлагаемое С. Романо, неразрывно связано с понятием общества⁸⁰. Но при этом из него исключаются все случайные, стихийные элементы (вроде неупорядоченного насилия), и потому право связывается не вообще с социальными отношениями, но именно с социальным порядком⁸¹.

Не могут выступать в качестве источника действительности правопорядка и нормы, его составляющие, поскольку они сами (как и отношения)⁸² опосредуются действительной силой института. Санти Романо отрицает, что правовые нормы получают действительность от «формальных» характеристик (например, от наличия санкции)⁸³. Не связана их действительность и с «объективным» (внешнее выражение) и «безличным» характером⁸⁴. Нормы, как полагает итальянский правовед, существуют лишь в рамках правового порядка (института), который предшествует им. Они включены в него наряду с иными элементами института: приказами, мерами и т.д.

Право, понимаемое как институт или порядок, представляет собой нечто большее, чем систему норм или взаимоотношения конкретных

⁷⁸ См.: *Romano S. The Legal Order*. P. 68.

⁷⁹ О критике взгляда на право как на сумму общественных отношений см.: *Ibid.* P. 103–104.

⁸⁰ *Ibid.* P. 62.

⁸¹ *Ibid.* P. 63

⁸² Ф. Фонтанелли пишет, что Санти Романо «не игнорирует важность норм и правовых отношений, но включает их в более широкие рамки правопорядка, избегая при этом внеправовой интерпретации последнего, заимствованной из социологии или политики» (*Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*. P. 74).

⁸³ См.: *Romano S. The Legal Order*. P. 57, 61–62 (в части аргумента о бесконечном регрессе санкций).

⁸⁴ *Ibid.* P. 58.

людей, оно являет собой структуру, предшествующую как нормам, так и отношениям. По этой причине правовые нормы, как и вообще все предписания⁸⁵, получают свою действительность от порядка (института), частью которого они являются⁸⁶. И именно связь с институтом позволяет говорить об их правовом характере⁸⁷.

В интересах дальнейшего рассмотрения отметим, что Санти Романо является сторонником правового плюрализма⁸⁸ (утверждает единовре-

⁸⁵ Санти Романо определяет нормы как общие и абстрактные, тогда как очевидно, что правовой порядок содержит предписания и индивидуального характера.

⁸⁶ И.Д. Левин утверждает в данном контексте, что между институцией и относящимися к ней нормами может быть тройное отношение: либо они существуют синхронно, т.е. нормы выражают «структуру первичной институции», либо институция предшествует по времени нормам (нормы установлены сформировавшейся институцией), либо нормы предшествуют институции (например, государственный закон о местных органах)» (Левин И.Д. Современная буржуазная наука государственного права. Критика основных направлений. С. 181).

Здесь следует акцентировать внимание на том, что нормы, предшествующие по времени конкретной институции (институту), сами, в свою очередь, существуют лишь в рамках института как его элемент. Если брать предложенный И.Д. Левиным пример, то закон государства, учреждающий местные органы власти, сам является действительным лишь в силу того, что составляет часть государственного правового порядка, и в этом отношении действительность местных органов исходит от государства как института, а не от его отдельных элементов. И.Д. Левин, как кажется, вполне сознает это, поскольку далее пишет: «Из тождества институции и юридического порядка вытекает, что отдельные нормы, как и совокупности норм, это лишь внешнее выражение юридического порядка. В примитивном обществе нормы могут оставаться в скрытом состоянии, но юридический порядок существует. Нормы имеют характер производный от юридического порядка, который определяет их специфический юридический характер, их силу и гарантии» (Там же. С. 182).

⁸⁷ См.: Romano S. The Legal Order. P. 63–64. С гносеологической точки зрения С. Романо указывает на невозможность построения внятной концепции норм без учета их существования в рамках порядка, являющегося чем-то большим, чем суммой норм (Ibid. P. 53).

⁸⁸ Об этом говорилось, кроме прочего, в советской правовой науке. См.: Левин И.Д. Современная буржуазная наука государственного права. Критика основных направлений. С. 182.

Необходимо отметить, что чаще всего эти элементы учения С. Романо (плюрализм и институционализм) разделяются (см.: Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations. P. 70). Это продиктовано, в частности, тем, что институционализм не всегда является плюралистическим. М. Кроче и А. Сальваторе относят Санти Романо к плюралистическому институционализму (см.: Croce M., Salvatore A. The Legal Theory of Carl Schmitt. P. 48–52). В то же время следует иметь в виду, что в своих ранних работах С. Романо стоит на позиции утверждения главенствующей роли государства в вопросе определения

менное сосуществование множества правопорядков, не все из которых являются государственными)⁸⁹. Государство представляет собой лишь один из множества институтов (правопорядков), один из видов порядка⁹⁰. Оно вторично по отношению к праву и, являясь правопорядком, не может создавать его *ex nihilo*, ведь само наличие государства предполагает, что некое право существует. Государство может лишь в той или иной степени дополнять правопорядок (т.е. само себя) отдельными элементами, но такое правотворчество не происходит в пустоте⁹¹.

Конечно, в актуальной действительности, как признается С. Романо, многие в прошлом независимые институты и составляющие их нормы либо включены в государство, либо в той или иной степени подпадают под его влияние⁹². Однако это, как полагает итальянский правовед, вовсе не делает государство единственным существующим правовым порядком⁹³.

Иллюстрацией такой позиции может служить суждение итальянского правоведа о действительности антигосударственных (нелегальных с точки зрения государства) институтов: внеправовой характер таких институтов имеет место лишь с точки зрения государственного правопорядка. Последний, при наличии достаточных сил, без сомнения, может преследовать их, стараться прекратить их существование или даже уничтожить, однако пока они наличествуют как факт внутренне организованного порядка, со своей дисциплиной, единством, правилами и санкциями, они будут представлять правовое явление⁹⁴. Ведь при рассмотрении с точки зрения государственного правопоряд-

правового характера институтов и нормативных правил (*Wilde de M. The Dark Side of Institutionalism: Carl Schmitt Reading Santi Romano // Ethics & Global Politics. 2018. Vol. 11. Iss. 2. P. 7–8*).

⁸⁹ См.: *Romano S. The Legal Order. P. 128.*

⁹⁰ *Ibid. P. 131.*

⁹¹ *Ibid. P. 95.* Таким образом, законодатель не является создателем закона в полном и абсолютном смысле слова, т.е. его первоначальным создателем. Это означает, что у законодателя нет полномочий полностью аннулировать закон; что-бы аннулировать его, законодатель должен объявить конец самого государства.

⁹² Аналогично, ди Руффиа утверждал, что в современных условиях государство представляет собой «наиболее всеобъемлющий, совершенный и действенный юридический порядок» (цит. по: *Левин И.Д. Современная буржуазная наука государственного права. Критика основных направлений. С. 183*).

⁹³ См.: *Romano S. The Legal Order. P. 132.* Интересно, что истоки доктрины, провозглашающей государство единственным правопорядком, С. Романо находит в юснатурализме и идее этической сущности государства (*Ibid. P. 129–130*).

⁹⁴ *Ibid. P. 139–141.*

ка вполне легальное предприятие не будет являться порядком, но системой контрактов, хотя в своей внутренней структуре она может содержать дисциплину, полностью безразличную к государству, которую последнее может расценить даже как нелегальную. Однако сущностью такой порядок будет являться юридическим⁹⁵.

Санти Романо не отрицает, что различные институты редко существуют «в вакууме», параллельно один другому, относятся друг к другу безразлично. Зачастую они тем или иным образом соединены друг с другом. «Например, хотя государство само является институтом, оно охватывается более широким институтом международного сообщества, и в то же время внутри него самого можно выделить множество других институтов»⁹⁶. При этом факт «включения» одного института в другой еще не предопределяет отношения субординации и никак не влияет на вопрос о действительности конкретного порядка. К примеру, международное сообщество, само по себе более обширное, чем государство, не является основанием действительности государственного порядка и не может «лишить его юридической силы» (*invalidate*)⁹⁷. С точки зрения проблемы действительности существует лишь два случая безусловной зависимости одного института от другого: 1) ситуация абсолютного и полного доминирования одного порядка над другим⁹⁸; 2) ситуация, когда один порядок является предпосылкой для другого⁹⁹.

Вариант, при котором основанием действительности института является другой институт — это не единственно возможная форма юридического сосуществования правопорядков (их «правовой [со]относимости» — *rilevanza giuridica*¹⁰⁰, *legal relevance*¹⁰¹). Также С. Романо выделяет следующие варианты.

⁹⁵ См.: Romano S. The Legal Order. P. 73, 141–142. «Одна институция может быть объявлена антиюридической по отношению к другой, но будучи рассмотрена сама по себе, в своей организации — это всегда юридический порядок» (*Allocio S. Le nuove teorie del diritto. Milano, 1925. P. 249*; Цит. по: Туманов В.А. История и общая характеристика буржуазной науки государственного права. С. 29).

⁹⁶ Romano S. The Legal Order. P. 70.

⁹⁷ Ibid. P. 152.

⁹⁸ При этом не является важным, определяет ли высший институт низший во всех частностях или предоставляет ему некоторую автономию, поскольку такая автономия в любом случае остается обусловленной структурой, заданной вышестоящим институтом (Ibid. P. 154).

⁹⁹ См.: Romano S. The Legal Order. P. 153.

¹⁰⁰ См.: Romano S. L'ordinamento giuridico. P. 145.

¹⁰¹ См.: Romano S. The Legal Order. P. 151.

1. Один порядок может быть подчинен другому порядку с точки зрения действительности¹⁰².

2. Один порядок может быть предпосылкой другого. Однако это еще не означает, что предпосылающий порядок является основанием действительности предпосылаемого порядка и наоборот. Так, государственные порядки, будучи предпосылкой международного, не являются основанием его действительности¹⁰³. Вместе с тем может иметь место столь сильная степень взаимосвязи, что предпосылающий порядок станет основанием действительности последующего. Именно этот вариант и имелся в виду ранее, когда указывалось на два случая, в которых основанием действительности института является другой институт.

3. Два порядка могут соотноситься, будучи причастны третьему, более глобальному порядку (два государства в рамках международного порядка)¹⁰⁴.

4. Односторонняя относимость. Речь идет о ситуации, когда порядок самостоятельно подчиняет некоторую свою часть другому порядку, от которого он, однако, полностью независим и не соотносится с ним в рамках общего для обоих третьего порядка. В качестве примера С. Романо приводит международное частное право¹⁰⁵.

5. Правопреемство, когда один порядок трансформируется в другой порядок (С. Романо отмечает проблемность данного варианта соотношения и подробно его не рассматривает)¹⁰⁶.

В ракурсе постановки вопроса об основании действительности правопорядка нам нет нужды углубляться в обширные рассуждения итальянского правоведа о соотношении различных институтов с точки зрения действительности¹⁰⁷. Нам достаточно указать на два основных утверждения: 1) порядки могут быть соподчинены в том смысле, что один порядок получит свою действительность от другого порядка;

¹⁰² См.: *Romano S.* The Legal Order. P. 151–152.

¹⁰³ *Ibid.* P. 152.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.* P. 152–153.

¹⁰⁶ *Ibid.* P. 153.

¹⁰⁷ Данная тема, в особенности применительно к ситуации интеграционных объединений, таких как Европейский союз и Евразийский экономический союз, могла бы послужить предметом отдельного исследования. Подробнее об этом в общем виде см.: *Romano S.* The Legal Order. P. 151–159; *Fontanelli F.* Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations. P. 80–83.

2) существуют «оригинальные»¹⁰⁸ порядки и институты, называемые так именно потому, что не получают действительность от иного института¹⁰⁹. Соответственно, необходимо ответить на вопрос — на чем основывается действительность «оригинального» института?

Следует оговориться, что С. Романо отрицает «моральный критерий» в качестве основания действительности¹¹⁰. Моральный характер института, равно как и его «добровольность», никак не влияют ни на его действительность, ни на правовую природу¹¹¹. Дать же некоторое представление о ходе мысли автора относительно позитивистского основания действительности «оригинального» института может его рассуждение о государстве: последнее, как утверждает С. Романо, с точки зрения независимости, может рассматриваться либо как «оригинальный», либо как «смешанный» вид института¹¹², а потому все сказанное в отношении него вполне может быть отнесено ко всякому абсолютно или относительно самостоятельному институту, т.е. в том числе и к «оригинальному».

Анализируя становление государства как правопорядка, С. Романо пишет: «Процесс формирования государства является до-правовым. Но когда государство обретает жизнь, это уже порядок, в который входят органы, обладающие законодательной властью»¹¹³. Иными словами, государство становится порядком, обретает правовой характер в момент собственного фактического становления порядком. Это тавтологическое

¹⁰⁸ См.: *Romano S. The Legal Order*. P. 147–148.

¹⁰⁹ Наряду с «оригинальными» институтами С. Романо выделяет «производные» институты, чей порядок устанавливается «оригинальными» институтами (отношение зависимости) и «смешанные» институты, обладающие элементами обоих видов (*Ibid.* P. 148).

¹¹⁰ *Ibid.* P. 145; *Romano S. Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano, 1947. P. 71–73.

¹¹¹ *Ibid.* P. 145–146. Это не удивительно в связи с тем, что итальянский правовед вполне сознательно стремится построить наиболее позитивистскую из всех возможных правовых теорий: «Концепция института... или, лучше сказать, концепция правопорядка, является наиболее позитивной концепцией, которую правовая теория может взять за основу» (*Ibid.* P. 105).

В равной мере отрицание естественного права свойственно и для других представителей итальянского институционализма. Исключением является разве что ди Руффиа, который допускает существование естественного права как обусловленного эпохой общего представления людей о справедливом, которое служит «действующим пределом» допустимых отклонений положительного права от существующего положения вещей (см.: *Левин И.Д.* Современная буржуазная наука государственного права. Критика основных направлений. С. 189).

¹¹² См.: *Romano S. The Legal Order*. P. 147–148.

¹¹³ *Ibid.* P. 82.

утверждение¹¹⁴, как представляется, соответствует самореферентному характеру действительности в «оригинальном» институте: действительная сила такого института исходит из самого этого института, от «его организации и внутренних характеристик»¹¹⁵, т.е. из социального факта¹¹⁶.

О справедливости нашего вывода свидетельствует определение института, данное одним из учеников С. Романо, К. Боцци: «Юридический порядок — это всякая институция, учреждение (*ente*), которая в силу самого факта своего “стабильного” существования, своей организации, своего функционирования приобретает в отношении индивидов, ее составляющих, собственную жизнь, собственные цели»¹¹⁷. Такое основание действительности правопорядка видится С. Романо единственно возможным, подлинно юридическим¹¹⁸. Итальянский правовед пишет, что отказ от постулата о том, что «право — это прежде всего положение (*posizione*)»¹¹⁹, организация социального обще-

¹¹⁴ О том, что определение С. Романо имеет «круговой характер» см.: *Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*. P. 75–76.

¹¹⁵ *Romano S. The Legal Order*. P. 96. Ф. Фонтанелли в связи с критикой С. Романо правовых теорий, сводящих право к социальным отношениям, вполне справедливо указывает на то, что, с точки зрения итальянского правоведа, «взаимодействие между членами общества может принять нормативный характер только в том случае, если мы имеем в виду организационную систему на заднем плане, которая представляет собой основу для существования индивидов в качестве членов [общества] и легитимирует их действия как юридически эффективные...» (*Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*. P. 74).

¹¹⁶ «Источник института — это не легальная процедура, но факт» (*Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*. P. 75). Профессор Джулио Ишкевич видит в фактическом основании действительности правопорядка коренное отличие всякого институционализма от нормативизма: «Право в теории институционализма является действительным и обязательным, потому что оно эффективно, тогда как в нормативистской модели права оно обязательно... поскольку действительно» (цит. по: *Ibid.* P. 73).

¹¹⁷ Цит. по: *Левин И.Д.* Современная буржуазная наука государственного права. Критика основных направлений. С. 182 (прим. 51).

¹¹⁸ То, что правопорядок зиждется на социальном факте, «эффективности структуры», как полагает Ф. Фонтанелли, во-первых, естественным образом приводит к постулируемому С. Романо плюрализму порядков и, во-вторых, исключает необходимость прибегнуть к метафизике, чтобы объяснить основу и обязательную силу права (*Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*. P. 79).

¹¹⁹ См.: *Romano S. L'ordinamento giuridico*. P. 52.

ния», приводит к необходимости обоснования обязательности права «внеюрисдикционным путем», как это делают теории, представляющие право «психической» и даже «материальной» силой»¹²⁰.

При этом нельзя не учесть еще одно соображение: не всякое соединение людей является институтом. Динамичная социальная группа, к примеру пассажиры трамвая, не образуют институт, поскольку не обладают внутренним единством и дисциплиной, проистекающей из такого единства. Эти соображения подвигли некоторых исследователей к утверждению, что основанием действительности права является не столько эффективность, «фактичность» конкретного института, сколько то, что делает социальную группу институтом — внутренняя организация и дисциплина¹²¹. Такое прочтение вполне соответствует недвусмысленно выраженному стремлению С. Романо дать именно юридическое прочтение института, исключив из него всякий социологизм (в этом он, по мнению С. Пьетропали и П.П. Портинаро, сходен с К. Шмиттом¹²²). Однако здесь мы имеем дело с некоторой игрой понятиями. Ведь в конечном счете речь идет о наличии конкретной и проявленной структуры социальной группы. То есть такая организация должна эффективно упорядочивать социальную группу. В этом смысле речь, как кажется, все еще идет о некотором факте. Наличие или отсутствие эффективной (т.е. реально упорядочивающей социальную группу) единой организации является критерием, по которому мы можем отнести некую общность к институту. Но сама она не дает нам никакого критерия для оценки этого института. С тем же успехом мы могли бы объявить основанием действительности и любой иной его признак, например наличие составляющих его лиц. В этом отношении такая точка зрения не кажется нам в достаточной степени убедительной.

4. Мышление о праве как о конкретном порядке и «классический институционализм»¹²³

Карл Шмитт выделяет три вида юридического мышления: мышление о праве как о безличной норме (нормативизм), мышление о праве

¹²⁰ Romano S. The Legal Order. P. 77.

¹²¹ Об этом см. статью: Gazzolo T. Santi Romano e l'ordinamento giuridico come unità // Jura Gentium. 2018. Vol. XV. No. 21. P. 115–128.

¹²² Об этом см.: Pietropaoli S. Ordinalismo giuridico e konkrete Ordnung. Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt. P. 60.

¹²³ Проблема мышления о праве как о конкретном порядке рассматривалась нами ранее. См.: Кондуров В.Е. Основания действительности правопорядка

как о личном решении (децизионизм) и мышление о праве как о сверхличном конкретном порядке и форме. Что касается последнего, то в первую очередь следует оговорить несколько важных моментов. Во-первых, Карл Шмитт не сформулировал и, по-видимому, не стремился сформулировать, свои воззрения с той же системной последовательностью, с какой это делали ранее рассмотренные авторы. Это касается и «мышления о праве как о конкретном порядке и форме» (далее также — мышление о конкретном порядке), о котором речь пойдет далее. Во-вторых, само это мышление представляет собой более широкое понятие, чем институционализм и чем конкретная его разновидность, сформулированная К. Шмиттом. К примеру, мышление о конкретном порядке, в отличие от институционализма, может быть и чисто «юснатуралистическим»¹²⁴. Соответственно, мышление о конкретном порядке является тем общим знаменателем, который объединяет все разновидности институционализма (постольку, поскольку они являются таковыми не номинально) и ряд иных учений о праве, к примеру некоторые представления о праве в Средние века. Далее мы будем анализировать лишь тот вариант, который обосновывался самим К. Шмиттом. При этом нельзя забывать, что он критиковал чистый институционализм за то, что он приводит к плюрализации правового порядка и его распаду¹²⁵.

Отнесение взглядов Карла Шмитта к тому или иному виду юридического мышления является спорным моментом. Так, М. Кроче и А. Сальваторе полагают, что немецкий юрист лишь включил в свое децизионистское по природе мышление отдельные институциональные элементы. Другие исследователи, напротив, говорят о радикальном «институциональном» повороте в творчестве Карла Шмитта¹²⁶.

и проблема юстициальности «политического»: К. Шмитт о границах юстиции // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Т. 13. № 5. С. 66–71; *он же*. Политическая теология Карла Шмитта: дискурс и метод // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 3. С. 58, 64–66.

¹²⁴ Нельзя согласиться с Д.Б. Тереза, полагавшем, что все виды юридического мышления, выделяемые К. Шмиттом, представляют варианты позитивизма. См.: Тереза Д.Б. Институциональный тип правового мышления (введение в проблему). С. 121.

¹²⁵ «Институциональное мышление ведет к плюрализму лишенного суверенитета, феодально-сословного развития» (*Шмитт К.* Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете / Пер. с нем. Ю. Коринца // Шмитт К. Политическая теология. Сборник. М., 2000. С. 13).

¹²⁶ О различных подходах к проблеме наличия/отсутствия институционального поворота см. также: *Nodoushani M.* Anmerkungen zu Carl Schmitts Dezisionismus //

Так или иначе, но мало кто спорит, что работа немецкого юриста «О трех видах юридического мышления» (1934) написана под влиянием идей классического институционализма. При ответе на вопрос о постулируемом немецким юристом в названном труде основании действительности правопорядка¹²⁷ мы должны учитывать, что на протяжении творческого пути он неоднократно отказывал так называемой нормативной силе фактического в обоснованности¹²⁸. Следовательно, искомое основание действительности не может находиться в пределах социального сущего, т.е. таковой не может быть ни этическая гомогенность, ни легитимность, ни непосредственная власть или социальная практика.

При этом немецкий юрист рассматривает правопорядок как нечто всеобъемлющее, включающее в себя как позитивные факты (институты, учреждения, решения), так и метафизические по природе представления о так называемых идеальных типах, т.е. «высших, неизменных, но конкретных качествах» порядка¹²⁹. Поскольку в структуре всеобъемлющего порядка лишь такие представления обладают не фактической, а идеальной природой, то в контексте предлагаемого К. Шмиттом варианта институционализма основанием действительности порядка могут выступать исключительно эти коллективные идеальные представления, существующие в рамках конкретной общности, образующей порядок, и которые немецкий юрист несколько позднее, анализируя проблемы международного права, назовет «ментальной конституцией»¹³⁰. Такие представления в пределах порядка су-

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 2010. Vol. 96. No. 2. P. 160.

¹²⁷ В контексте настоящего исследования мы будем использовать понятия «институционализм» и введенное К. Шмиттом понятие «мышление о праве как о конкретном порядке» в качестве синонимов, хотя такое отождествление само по себе является актуальной проблемой соответствующих исследований.

¹²⁸ См. например: Филиппов А.Ф. К истории понятия политического: прошлое одного проекта // Шмитт К. Понятие политического / Под ред. А.Ф. Филиппова. СПб., 2016. С. 453, 485; Schmitt C. Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen. 3-e Aufl. Berlin, 2015. S. 23, 24, 39 etc; Schmitt C. Das Problem der Legalität (1950) // Schmitt C. Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre. 4-e Aufl. Berlin, 2003. S. 446.

¹²⁹ Шмитт К. О трех видах юридического мышления // Шмитт К. Государство: Право и политика / Пер. с нем. О.В. Кильдюшова. М., 2013. С. 315.

¹³⁰ Schmitt C. Nationalsozialismus und Völkerrecht // Schmitt C. Frieden oder Pazifismus. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924–1978. Berlin, 2005. S. 391.

ществуют как понятия¹³¹ о том, «что может рассматриваться в качестве нормальной ситуации, кто является нормальным человеком» и т.д.¹³². При этом они не являются чем-то внешним по отношению к праву, но напротив, сами обладают собственной «правовой субстанцией»¹³³. Таким образом, правопорядок в контексте рассматриваемой работы имеет идеальную основу и в этом отношении имеет явное сходство с институционализмом М. Ориу.

5. Институциональный юридический позитивизм (О. Вайнбергер и Н. МакКормик)

Институциональный юридический позитивизм О. Вайнбергера и Н. МакКормика, который также можно назвать «новым» институционализмом, нельзя считать прямым продолжением «старого» институционализма М. Ориу, С. Романо, К. Шмитта и их последователей¹³⁴.

Отмечая заслуги «старого» институционализма, О. Вайнбергер все же приходит к выводу, что данное направление потерпело неудачу по причине пренебрежения к прояснению фундаментальных семантических и онтологических проблем¹³⁵. С данной проблемой связано и главное различие между «новым» и «старым» институционализмами, состоящее в нормативизме первого и антинормативизме последнего¹³⁶.

Для «старого» институционализма (даже для концепции С. Романо) было характерно представление о том, что определенные социальные реальности (коллективные личности, социальные институты и т.п.) существуют объективно, т.е. являются социальными фактами сами по себе, в силу чего нормы вторичны по отношению к ним¹³⁷.

¹³¹ См.: *Schmitt C. Nationalsozialismus und Völkerrecht // Schmitt C. Frieden oder Pazifismus. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924–1978. Berlin, 2005. S. 319.*

¹³² *Ibid. S. 311.*

¹³³ *Ibid. S. 319.*

¹³⁴ Как верно замечает М. Ла Торре, отличия «старого» и «нового» институционализма проистекают прежде всего из различного культурного окружения, в котором формировались соответствующие теории (см.: *Torre la M. Institutionalism Old and New // Ratio juris. 1993. Vol. 6. Iss. 2. P. 196.*)

¹³⁵ См.: *Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht, 1991. P. 178.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid. P. 179.* См. также: *Torre la M. Institutionalism Old and New. P. 196–198.*

Для «нового» институционализма не существует социальной реальности, независимой от практической информации, соответственно, вопрос о первичности норм или институтов не корректен. В реальности социальные институты никогда не существуют без соответствующей системы норм, как и система норм не существует без соответствующих институтов¹³⁸. Сообщество, коллективная личность или социальный институт реальны в социальном мире, только если они существуют как элементы интерактивных связей, если они представляют собой не просто регулярности человеческого поведения, но и включают в себя обязывающие, разрешающие и уполномочивающие правила. Институты включают в себя не только модели поведения и правила их контроля, но и нормативную и оценочную реакцию на альтернативное поведение¹³⁹.

Комментируя отстаиваемое К. Шмиттом противопоставление «правления человека» и «правление права», О Вайнбергер указывает на отсутствие подобной альтернативы. С одной стороны, не существует такой вещи, как правление права, отдельного от человека, есть только юридически упорядоченное и более или менее юридически контролируемое правление человека. С другой стороны, не существует правления человека, помимо того, которое основано на социальных констелляциях и нормах, конституирующих власть индивидов и властные структуры в обществе¹⁴⁰.

По указанным причинам институциональные юридические позитивисты считают три выделяемых К. Шмиттом стили юридического мышления не взаимоисключающими, а взаимодополняющими¹⁴¹.

5.1. Институциональные факты и институты

В основе институциональной теории права О. Вайнбергера и Н. МакКормика находится концепция институционального факта¹⁴². Данная концепция сформировалась под влиянием идей британского философа Г.Э.М. Анскомб и американского философа Дж. Серла

¹³⁸ См.: *Weinberger O.* Law, Institution and Legal Politics. P. 179.

¹³⁹ *Ibid.* P. 179.

¹⁴⁰ *Ibid.* P. 180.

¹⁴¹ *Ibid.* P. 180.

¹⁴² См., например: *MacCormick N., Weinberger O.* An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht, 1986. P. 49–92; *MacCormick N.* Further Thoughts on Institutional Facts // *International Journal for the Semiotics of Law*. 1992. Vol. 5. Iss. 1. P. 3–15.

о противопоставлении грубого факта и институционального факта¹⁴³. Грубыми являются такие факты, которые относятся к существованию и пространственно-временному положению материальных объектов. Они не зависят от человеческих конвенций и замыслов¹⁴⁴. В отличие от них институциональные факты предполагают существование человеческих институтов, понимаемых Дж. Серлом как конститутивные правила¹⁴⁵. Истинность суждений об институциональных фактах, таким образом, зависит не только от грубых фактов мира вещей, но и от применения к ним правил¹⁴⁶. К институциональным фактам относятся игры, соглашения, брак, организации и т.д. Само право тоже является институциональным фактом. Институциональные понятия, такие как договор, турнир, игра, всегда существуют не сами по себе, а относительно некоторой нормативной системы¹⁴⁷, т.е. полное описание институциональных фактов без ссылки на нормы невозможно¹⁴⁸. Принципиальное отличие подхода Вайнбергера и МакКормика к анализу институциональных фактов и институтов от подхода Серла состоит в том, что последний стремился при помощи данного анализа опровергнуть логическое противопоставление бытия и должностования¹⁴⁹, известное как принцип Юма¹⁵⁰, в то время как ин-

¹⁴³ См.: *Searle J.R. Speech Acts. Cambridge, 1969. P. 50–53.*

¹⁴⁴ *Ibid. P. 50–51; MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 9.*

¹⁴⁵ См.: *Searle J.R. Speech Acts. P. 51–52.*

¹⁴⁶ См.: *MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 51.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid. P. 83–84.*

¹⁴⁹ См.: *Searle J. How to Derive “Ought” from “Is” // The Philosophical Review. 1964. Vol. 73. No. 1. P. 43–58.*

¹⁵⁰ Принцип невыводимости суждений о должном из суждений о сущем известен в логике и философии как «принцип Юма», поскольку, как считается, именно британский философ Давид Юм первым обратил внимание на логическую невыводимость суждений о должном из суждений о сущем. Сам Юм сформулировал свою идею следующим образом: «Я заметил, что в каждой этической теории, с которой мне до сих пор приходилось встречаться, автор в течение некоторого времени рассуждает обычным способом, устанавливает существование Бога или излагает свои наблюдения относительно дел человеческих; и вдруг я, к своему удивлению, нахожу, что, вместо обычной связки, употребляемой в предложениях, а именно *есть* или *не есть*, не встречаю ни одного предложения, в котором не было бы в качестве связки *должно* или *не должно*. Подмена эта происходит незаметно, но, тем не менее, она в высшей степени важна... должно быть указано основание того, ...каким образом это новое отношение может быть дедукцией из других, совершенно отличных от него. Но так как авторы обычно не прибегают к такой предосторожности, то я позволяю себе рекомендовать ее читателям и уверен, что этот незначительный

ституциональные юридические позитивисты настаивали на его строгом соблюдении¹⁵¹.

Термином «институт» в юридическом словоупотреблении обозначаются две категории объектов¹⁵². Во-первых, понятия, подобные браку, собственности, завещанию и т.п., каждое из которых связано с определенным комплексом правовых норм. Во-вторых, различные социальные структуры и установления, включающие в себя людей¹⁵³. Для разграничения указанных категорий институтов Н. МакКормик ввел термины «институт-установление» (*institution-arrangement*) и «институт-агентство» (*institution-agency*)¹⁵⁴.

О. Вайнбергер полагает, что обе данные категории могут быть объединены следующим общим понятием: «Институты представляют собой рамочные системы¹⁵⁵ человеческого действия. Они имеют ядро практической информации. Они всегда являются сложными объектами в том смысле, что состоят из упорядоченной системы практической информации, которая действительна в соединении с психологическими и социальными фактами и событиями»¹⁵⁶.

Как отмечает Н. МакКормик, все институты обладают следующими признаками.

акт внимания опроверг бы все обычные этические системы и показал бы нам, что различие порока и добродетели не основано исключительно на отношениях между объектами и не познается разумом» (Юм Д. Трактат о человеческой природе или попытка применить основанный на опыте метод рассуждения к моральным предметам / Пер. с англ. С.И. Церетели // Юм Д. Сочинения в двух томах. Т. 1. 2-е изд. М., 1996. С. 510–511).

¹⁵¹ См.: MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 21–24.

¹⁵² По мнению М. Ла Торре, для Н. МакКормика и О. Вайнбергера характерно смешение понятий «института» как организационной структуры и «юридического института» как юридического понятия, что отличает их теорию от концепции С. Романо (см.: Torre la M. Institutionalism Old and New. P. 194–196). С данным утверждением нельзя согласиться в той мере, в которой «смешение» понятий предполагает ошибку их неразличения. Вместе с тем такое объединение вводится Н. МакКормиком и О. Вайнбергером сознательно и отражает их принципиальную позицию относительно природы институтов и институциональных фактов.

¹⁵³ См.: Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics. P. 20.

¹⁵⁴ См.: MacCormick N. Institutions of Law: an Essay in Legal Theory. New York, 2007. P. 35–36.

¹⁵⁵ Как отмечает Вайнбергер, термин «рамочные системы (*framework-systems*)» подразумевает, что институт является условием для детерминирования человеческого действия, но не достаточным условием для его полного определения (Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics. P. 22).

¹⁵⁶ Ibid. P. 21.

1. Для каждого из них право устанавливает, когда оно (договор, право собственности, завещание, физическое лицо, корпорация и т.д.) начинает существовать. То есть право устанавливает, что при совершении определенных действий или при определенных событиях начинает существовать конкретный пример соответствующего института. Эти условия могут быть сформулированы в отдельной норме, которую можно назвать учреждающим (*institutive*) правилом.

2. Право устанавливает множество юридических следствий существования института. Иными словами, существует класс норм, юридическим фактом для которых является существование института. Эти нормы можно назвать правилами следствий.

3. Для каждого института можно найти нормы, устанавливающие, при каких обстоятельствах он прекращает существовать. Эти нормы можно назвать правилами прекращения¹⁵⁷.

По мнению Н. МакКормика, на указанные правила можно разложить все договорное право, вещное право и т.д., более того, невозможно юридически использовать понятия соответствующих институтов иначе, как в терминах учреждающих правил, правил следствий и правил прекращения¹⁵⁸.

5.2. Действительность правовых норм

Из двух основателей институционального юридического позитивизма наибольшее внимание проблеме действительности правовых норм уделил О. Вайнбергер, основываясь в значительной степени на идеях чистого учения о праве Г. Кельзена.

Анализируя проблему действительности права, чешско-австрийский правовед сформулировал 11 проблем, которые должна решить соответствующая теория действительности.

1. Действительность правовой нормы рассматривается как вид существования. Но что означает существование такого объекта, как право? Каким образом правовая норма признается существующей?

2. Что является основанием оправдания содержания права?

3. Какие элементы составляют право или систему действительно права и все ли его элементы обладают действительностью в одном и том же смысле (например, в одном ли смысле действительны нормы поведения, нормы-принципы и уполномочивающие нормы)?

¹⁵⁷ См.: MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 52–53.

¹⁵⁸ Ibid. P. 53.

4. Можно ли говорить о том, что нормы действительны в разной степени?

5. Могут ли одни нормы иметь преимущественную действительность по отношению к другим? При утвердительном ответе, как это может быть и как такая преимущественная действительность проявляется?

6. Уместно ли вводить ранжированное понятие действительности, как, например, такое, которое следует из прогностической теории юридической действительности?

7. Действительны ли допозитивные нормы в качестве стандартов правильности и (или) необходимой предпосылки для возможности достижения правовыми нормами действительности вообще?

8. Как юридическая действительность в качестве существования права в социальной реальности соотносится с противопоставлением бытия и долженствования? Можно ли говорить о существовании чего-то, не относящегося к области бытия?

9. Проблема связи вопроса о действительности права с юридической практикой.

10. Право действительно не только само по себе, но и в соединении с intersubъективными коммуникативными процессами. Поэтому нельзя говорить о юридической действительности надлежащим образом, не принимая во внимание проблемы коммуникации и герменевтики.

11. Проблема соотношения временных границ, указанных в содержании нормы, и периода времени, в течение которого норма действительна¹⁵⁹.

Теория действительности правовых норм институционального юридического позитивизма в значительной степени представляет собой попытку ответить на перечисленные вопросы или, по крайней мере, часть из них.

5.3. Бытие и долженствование

Основополагающее значение для понимания действительности права, по Вайнбергеру, имеет объяснение природы различия между бытием и долженствованием. Такое различие может быть либо онтологическим, либо семантическим¹⁶⁰.

Онтологический подход, по мнению Вайнбергера, сталкивается с целым рядом неразрешимых проблем.

¹⁵⁹ См.: *Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics*. P. 93–95.

¹⁶⁰ *Ibid.* P. 95.

Первая проблема связана с возможностью существования мира должного как единого целого. Если считать, что мир норм включает в себя все мыслимые нормы, то его нельзя рассматривать как что-то похожее на мир бытия, так как в таком мире норм одновременно будут существовать противоречащие друг другу нормы, в то время как применительно к бытию мир (возможный мир) определяется через отсутствие противоречивых положений дел¹⁶¹. С другой стороны, если мир норм включает в себя только актуально действительные нормы, то должно существовать множество таких нормативных систем, а не один мир¹⁶².

Вторая проблема онтологического подхода состоит в том, что она оставляет без объяснения вопрос о том, что означает существование применительно к нормам, учитывая связь понятия существования с понятием бытия, а также взаимное влияние бытия и долженствования¹⁶³. Вайнбергер последовательно отвергает такие попытки решения данной проблемы, как замена термина «существование» применительно к норме термином «субсистенция» (что только вносит дополнительную путаницу), введение промежуточных онтологических категорий (весьма спорных самих по себе) и логическое сведение долженствования к бытию (основанное на логических ошибках)¹⁶⁴, теорию нормы как смысла реального акта воли и марксистское представление о нормах как элементах «надстройки»¹⁶⁵.

Только семантический взгляд на дихотомию бытия и долженствования, по мнению Вайнбергера, позволяет избежать указанных проблем. Из разработанной им теории действия¹⁶⁶ следует, что структура действия и вся практическая философия нуждаются в семантике, позволяющей выражать и различать как описательную, так и установочную информацию¹⁶⁷.

¹⁶¹ См.: *Weinberger O.* Law, Institution and Legal Politics. P. 95. Ср.: *Bumgen-штейн Л.* Логико-философский трактат / Пер. с нем. И.С. Добронравова, Д.Г. Лахути. М., 2008. С. 36–37, 114–115; *Карнан Р.* Значение и необходимость: Исследование по семантике и модальной логике. М., 2007. С. 38–40; *Бочаров В.А., Маркин В.И.* Введение в логику: учебник. М., 2008. С. 317–318.

¹⁶² См.: *Weinberger O.* Law, Institution and Legal Politics. P. 95–96.

¹⁶³ *Ibid.* P. 96.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.* P. 96–97.

¹⁶⁶ См.: *Weinberger O.* Alternative Action Theory. Simultaneously a Critique of Georg Henrik von Wright's Practical Philosophy. Dordrecht, 1998.

¹⁶⁷ См.: *Weinberger O.* Law, Institution and Legal Politics. P. 97.

Различие бытия и долженствования — это различие двух взаимоневыводимых и взаимонезаменяемых категорий предложений: дескриптивных и нормативных. Логические отношения между нормативными предложениями должны исследоваться на логическом и лингвистическом уровне, но в любом случае предполагается принцип (принцип одновременной действительности), согласно которому действительными должны быть логические следствия действительных норм, а также следствия, выводимые из действительных норм данной нормативной системы и истинных утверждений о фактах¹⁶⁸. Действительные нормы (нормативные предложения) представляют собой подкласс всех лингвистически возможных нормативных предложений, так же как истинные суждения представляют собой подкласс всех возможных осмысленных суждений¹⁶⁹. Расширяя аналогию между понятием истины для дескриптивных предложений и понятием действительности для норм, Вайнбергер отстаивает необходимость расширения традиционного понимания логики как теории истины до теории анализа отношений, детерминированных структурой предложений. Одним из следствий такого подхода будет формулировка общего правила о переходе от посылок к заключениям, частными случаями которого являются перенос истинности посылок на истинность заключения для дескриптивных предложений и перенос действительности посылок на действительность заключения для нормативных предложений¹⁷⁰.

5.4. Юридическое понятие действительности

Вместе с тем указания на логические свойства норм самого по себе недостаточно для объяснения понятия действительности нормы, необходимо привлечение связанного с ним понятия института. Как отмечает Вайнбергер, актуальное существование норм — это институциональное существование. Долженствование реально тогда, когда является частью системы, детерминирующей действие. Применительно к индивидам это означает, что нормы являются частью размышления, детерминирующего действия, а применительно к сообществу это означает, что нормы устанавливают формы поведения в обществе, социальные структуры и человеческое взаимодействие¹⁷¹. Возражая против распространен-

¹⁶⁸ См.: *Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics*. P. 98.

¹⁶⁹ *Ibid.* P. 98–99.

¹⁷⁰ *Ibid.* P. 99; *Weinberger O. Alternative Action Theory*. P. 125–188.

¹⁷¹ См.: *Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics*. P. 101.

ного среди социологов мнения, О. Вайнбергер настаивает на том, что в процессе институционализации ключевую роль играет не стабилизация форм поведения, а практико-информативное ядро соответствующего института, поскольку само существование института может быть кратковременным (что не позволяет говорить о стабилизации), однако система норм в институте существует всегда¹⁷².

Юридическое понимание действительности, по Вайнбергеру, отражает тот факт, что появление правовых норм само регулируется правовыми нормами¹⁷³. Действительна, таким образом, норма, созданная в порядке, установленном другими нормами¹⁷⁴.

Теории действительности, основанные на происхождении норм, однако, сами по себе не отвечают на некоторые важные вопросы из числа указанных выше.

Первой важной проблемой, которую рассматривает О. Вайнбергер, является вопрос о том, что является элементами действительного права. Чешско-австрийский правовед вступает в дискуссию с американским философом права Р. Дворкиным¹⁷⁵. Последний проводил резкое различие между юридическими правилами и юридическими принципами, полагая, что первые должны быть обоснованы своим происхождением, а вторые — нет¹⁷⁶. С точки зрения О. Вайнбергера, юридические принципы также являются элементами действительного права и их существование в правовой системе должно быть обосновано одним из трех основных способов:

- 1) путем нахождения абстрактных правил или указаний на цели в текстах правовых актов;
- 2) путем абстрагирования принципов из действительных правовых норм¹⁷⁷;
- 3) путем доказательства того, что принцип содержится в обычном праве.

¹⁷² См.: *Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics*. P. 101.

¹⁷³ *Ibid.* P. 102. Ср. известное выражение Г. Кельзена о том, что особенность права состоит в том, что оно регулирует собственное создание (см.: *Кельзен Г. Чистое учение о праве* / Пер. с нем. М.В. Антонова, С.В. Лезова. 2-е изд. СПб., 2015. С. 278).

¹⁷⁴ См.: *Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics*. P. 102.

¹⁷⁵ *Ibid.* P. 102–104.

¹⁷⁶ См.: *Дворкин Р. О правах всерьез* / Пер. с англ. М.Д. Лахути, Л.Б. Макеевой. М., 2004. С. 45–75.

¹⁷⁷ Впрочем, Вайнбергер оговаривается, что действительность таких принципов является проблематической (*Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics*. P. 103).

Отнесение юридических принципов к естественному праву или представление о том, что в данном случае социальная мораль и этика проникают в правовую систему, по мнению О. Вайнбергера, не обоснованы¹⁷⁸.

Второй вопрос состоит в предполагаемой многими философами права необходимости дополнения формального критерия (уполномоченности издания) содержательным критерием, под которым понимается минимальное нравственное содержание¹⁷⁹. О. Вайнбергер полагает, что оснований для такого утверждения нет, а принятие его к руководству привело бы к хаосу в правоприменении¹⁸⁰. Вместе с тем необходимо учитывать тот факт, что и с позитивистской точки зрения правовые нормы детерминируются вышестоящими правовыми нормами в том числе и содержательно¹⁸¹, в связи с чем возникает вопрос о возможности различных степеней действительности правовых норм¹⁸².

Все правовые нормы являются одинаково обязательными, соответственно, вопрос о степени действительности не имеет смысла. Вместе с тем, по О. Вайнбергеру, он может возникнуть в случаях нормативных конфликтов. Коллизионные нормы действительны в том же смысле, что и остальные правовые нормы (правила поведения), их отличие состоит не в иной степени действительности, а в особом порядке применения¹⁸³. Сами конфликтующие нормы различаются между собой не по степени действительности, а по местоположению в нормативной иерархии, что отражается в понятии юридической силы нормы¹⁸⁴.

5.5. Действительность и действенность

Самая сложная проблема для теории действительности как происхождения, по мнению О. Вайнбергера, состоит в объяснении случаев прекращения применения закона, принятого в установленном порядке

¹⁷⁸ *Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics. P. 102.*

¹⁷⁹ *Ibid. P. 102.* Такая позиция представлена в первую очередь естественно-правовой теорий. Наиболее известная современная концепция минимального нравственного содержания — теория Р. Алекси (см.: *Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму)* / Пер. с нем. А. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., 2011).

¹⁸⁰ См.: *Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics. P. 102–103.*

¹⁸¹ *Ibid. P. 103.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid. P. 103–104.*

и не отмененного дерогационной нормой¹⁸⁵. Если придерживаться строгой концепции теории происхождения, фактическое неприменение (несоблюдение) нормы должно рассматриваться как ее нарушение, а не основание для признания ее недействительной. Решение, предлагаемое институциональным юридическим позитивизмом, состоит в том, что процесс утраты нормой действительности при фактическом неприменении должен быть, по крайней мере имплицитно, принят как институционально действительный, т.е. теория происхождения должна быть дополнена определенным эмпирическим критерием¹⁸⁶.

Вслед за Г. Кельзенем¹⁸⁷ О. Вайнбергер подчеркивает различие между действительностью (и действенностью) правопорядка в целом и действительностью (и действенностью) отдельной правовой нормы. Критерием действительности правопорядка в целом является его действенность¹⁸⁸, в то время как основным критерием действительности отдельной правовой нормы является ее происхождение, а дополнительным критерием — возможность утраты нормативной силы вследствие фактического неприменения¹⁸⁹.

6. Заключение

Проведенный нами анализ показывает, что понятия действительности и действенности права в рамках институционалистских концепций исторически претерпели определенную эволюцию.

С одной стороны, все представители классического институционализма принципиально различают действенность (эффективность) и действительность права, не редуцируя одно свойство к другому. Так,

¹⁸⁵ *Weinberger O.* Law, Institution and Legal Politics. P. 104.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Данное различие имело важное значение для полемики Г. Кельзена и Е.В. Булыгина, так как критика теории Кельзена со стороны Булыгина во многом была основана на игнорировании данного различия (см.: *Краевский А.А.* Эволюция понятий действительности и действенности права в чистом учении о праве Ганса Кельзена // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Т. 13. № 6. С. 18–21).

¹⁸⁸ См.: *Weinberger O.* Law, Institution and Legal Politics. P. 104; *Weinberger O.* Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals // *Ratio Juris*. 1999. Vol. 12. Iss. 4. P. 345. Ср.: *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., 2016. С. 314–315.

¹⁸⁹ См.: *Weinberger O.* Law, Institution and Legal Politics. P. 104–105.

в системе институционалистских взглядов С. Романо два этих понятия оказываются разведенными: хотя институт получает свою действительность из собственного существования, конкретные нормы и меры внутри этого порядка вполне могут быть действительны и недействительны и наоборот. С. Романо пишет, что «эффективность отдельной нормы или акта не равны норме или акту как таковым (*in their own right*). Правовой акт (в том числе норма) может существовать и быть вполне действительным (*valid*), будучи в то же время недействительным (*ineffective*) полностью или частично. И наоборот, акт может продолжать действовать даже после того, как он перестал существовать. Кроме того, следует иметь в виду, что действенность (*effectiveness*) или последствие (*effect*) акта (в том числе и нормы права) не обязательно проистекает из других актов или других порядков (*laws*)...»¹⁹⁰. В качестве примера последнего С. Романо приводит ситуацию взаимодействия светского и церковного правопорядков: церковь обладает автономной от государства нормативной силой, но государство при этом может не только признавать последствия, которые церковный порядок приписывает своим установлениям, но и дополнять их иными, исключительно «светскими» (например, признавать церковный брак в качестве порождающего гражданские последствия)¹⁹¹.

Если вновь обратиться с этой точки зрения к концепции М. Ориу, то и там мы обнаружим значительную разницу между действенностью и действительностью права. Конечно, при партикулярном рассмотрении можно сказать, что действенность нормы может привести к появлению у нее действительности (как в случае с социальным обычаем), однако (1) действительность сама по себе не сводится к действенности, они рассматриваются как отдельные; (2) это далеко не единственный способ, с помощью которого норма может приобрести действительность. Кроме того, основание действительности института в концепции Мориса Ориу, как и у Карла Шмитта, имеет идеальный статус, что исключает возможность его отождествления с действенностью.

Таким образом, одним из выводов представленного выше исследования является то, что мы должны поставить под сомнение относимость юридического институционализма в его классической версии к социологическому типу правопонимания¹⁹². То обстоятельство,

¹⁹⁰ Romano S. The Legal Order. P. 179.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² О тесной связи институционализма с социологической юриспруденцией (вплоть до утверждения, что институционализм является разновидностью

что как в одной, так и в другой системе представлений о праве наиболее радикальным основанием действительности является (или может являться) нечто фактическое, недостаточен для установления такой взаимосвязи, поскольку это характерно в той или иной степени для всякой позитивистской концепции права, например для этатизма, усматривающего основание действительности правопорядка в «голом» факте власти.

С другой стороны, концепция правовых норм институционального юридического позитивизма, разработанная преимущественно О. Вайнбергером, в значительной степени основывается на идеях чистого учения о праве Г. Кельзена. Ота Вайнбергер следует Гансу Кельзену в связывании понятия действительности права с процедурой его установления и предъявлении требования минимальной действительности для отдельной нормы и действенности в целом для правопорядка как такового. Важнейшие нововведения О. Вайнбергера связаны с семантическим пониманием различия бытия и долженствования (и институциональной природы правовых норм) в противоположность идеально-онтологическому пониманию Г. Кельзена, а также с объяснением отрицавшегося последним применения логических принципов к отношениям между нормами.

При этом нельзя сказать, что институционализм как направление философии права представляет собой нечто единое и целостное. Различия между его ответвлениями пролегают даже в фундаментальных вопросах, к примеру, об онтологическом статусе основания действительности, о роли норм в правопорядке, о связи между правом и моралью и т.д. Это касается как разделения между старым и новым институционализмом, так и внутри первого. Общими чертами воззрений классических институционалистов является: (1) холизм, предполагающий, что за исходную точку берется наиболее крупное, а не элементарное правовое явление (институт, а не, к примеру, правовая норма или отношение); (2) интерпретация института как социальной организации, предполагающей, в той или иной степени, внутреннюю дисциплину и определенную обособленность, позволяющую отличить один

социологического типа правопонимания) и идеями солидаризма см.: *Воротилин Е.А.* Онтология права в теории институционализма // Правоведение. 1990. № 5. С. 43–44; *Краснов Ю.К.* Вступительное слово к переизданию книги М. Ориу «Основы публичного права» // Ориу М. Основы публичного права: Монография. М., 2013. С. 8 (в части М. Ориу); *Туманов В.А.* Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. С. 262, 266–267 (в отношении А. Леви-Брюля), 271 (в части солидаризма) и др.

институт от другого; (3) интерпретация института как «объективной реальности» (объективизм); (4) антииндивидуализм (антисубъективизм).

Институциональный юридический позитивизм расходится с «классическим» институционализмом по всем вышеуказанным пунктам¹⁹³. В той или иной степени можно говорить о сходстве в вопросе объективизма и утверждении существования правовой реальности¹⁹⁴, однако само понятие института отличается кардинальным образом, равно как и постулируемое «новыми» институционалистами основание действительности правовых норм, которое в большей мере соответствует идеям Г. Харта и Г. Кельзена, послужившим для него методологической базой, а не теоретическим построениям «старого» институционализма.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / Пер. с нем. А. Лаптева, Ф. Кальшойера. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

Беше-Головко К. Морис Ориу: междисциплинарный подход на службе динамической концепции права / Пер. с фр. Д.В. Сичинавы // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 6. С. 174–187.

Бочаров В.А., Маркин В.И. Введение в логику. М.: ИД «ФОРУМ»; ИНФРА-М, 2008.

Витгенштейн Л. Логико-философский трактат / Пер. с нем. И.С. Добронравова, Д.Г. Лахути. М.: «КАНОН+»; РООИ «Реабилитация», 2008.

Воротилин Е.А. Онтология права в теории институционализма // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1990. № 5. С. 42–47.

Дворкин Р. О правах всерьез / Пер. с англ. М.Д. Лахути, Л.Б. Макеевой. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004.

Дюркгейм Э. Метод социологии // Дюркгейм Э. О разделении Общественного труда. Метод социологии / Пер. с фр. А.Б. Гофмана. М.: Наука, 1990. С. 391–532.

История теоретической социологии: В 4 т. Т. 1 / Отв. ред. Ю.Н. Давыдов. М.: «КАНОН+», 2002.

Карнат Р. Значение и необходимость: Исследование по семантике и модальной логике / Пер. с англ. Н.В. Воробьева. М.: ЛКИ, 2007.

¹⁹³ Можно, однако, обнаружить отдельные сходные черты с тем или иным, взятым по себе, видом классического институционализма. К примеру, с идеями Санти Романо «новых» институционалистов объединяет также принципиальный юридический позитивизм и поддержка «разделительного тезиса» (*Torre la M. Institutionalism Old and New. P. 196*). Однако в отношении М. Ориу это сходство утрачивает столь явную очевидность. В равной мере оно не будет справедливым и для «мышления о праве как о конкретном порядке», которое вполне может существовать и в рамках юснатурализма.

¹⁹⁴ *Ibid.*

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.: Издательский дом «Алеф-Пресс», 2016. С. 294–315.

Кельзен Г. Чистое учение о праве / Пер. с нем. М.В. Антонова, С.В. Лезова. 2-е изд. СПб.: Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015.

Кондуров В.Е. Основания действительности правопорядка и проблема юстициальности «политического»: К. Шмитт о границах юстиции // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Т. 13. № 5. С. 63–91.

Кондуров В.Е. Политическая теология Карла Шмитта: дискурс и метод // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 3. С. 49–78. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-3-kondurov

Краевский А.А. Эволюция понятий действительности и действенности в чистом учении о праве Ганса Кельзена // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Т. 13. № 6. С. 1–26.

Левин И.Д. Современная буржуазная наука государственного права. Критика основных направлений. М.: Издательство Академии наук СССР, 1960.

Майбурд Е.М. Введение в историю экономической мысли. От пророков до профессоров. М.: Дело, 2000.

Негиши Т. История экономической мысли / Пер. с англ. Л.Л. Любимова, В.С. Автономова. М.: Аспект Пресс, 1995.

Ориу М. Основы публичного права / Пер. с фр. Е. Пашуканиса, Н. Челяповой. М.: ИНФРА-М, 2013.

Тереза Д.Б. Институциональный тип правового мышления (введение в проблему) // Философия права. 2008. № 2. С. 119–123.

Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. М.: Наука, 1971.

Туманов В.А. История и общая характеристика буржуазной науки государственного права // Современное буржуазное государственное право. Критические очерки. Т. 1. Буржуазная наука государственного права / Отв. ред. В.А. Туманов. М.: Наука, 1987. С. 5–47.

Филиппов А.Ф. К истории понятия политического: прошлое одного проекта // Шмитт К. Понятие политического. СПб.: Наука, 2016. С. 432–551.

Шмитт К. Государственная этика и плюралистическое государство // Шмитт К. Государство и политическая форма / Пер. с нем. О.В. Кильдюшова М.: Изд. дом Гос. ун-та — Высшей школы экономики, 2010. С. 237–258.

Шмитт К. О трех видах юридического мышления // Шмитт К. Государство: Право и политика / Пер. с нем. О.В. Кильдюшова. М.: Изд. дом «Территория будущего», 2013. С. 359–410.

Шмитт К. Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете / Пер. с нем. Ю. Коринца // Шмитт К. Политическая теология. Сборник. М.: «КАНОН-пресс-Ц», 2000. С. 7–98.

Юм Д. Трактат о человеческой природе или попытка применить основанный на опыте метод рассуждения к моральным предметам / Пер. с англ. С.И. Церетели // Юм Д. Сочинения в двух томах. Т. 1. 2-е изд. М.: Мысль, 1996. С. 53–656.

Яковлев А.В. Об институциональном подходе в либертарно-юридической концепции государства // Труды Института государства и права РАН. 2008. № 5. С. 3–14.

Croce M., Salvatore A. The Legal Theory of Carl Schmitt. Abingdon, 2013.

Fontanelli F. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations // Transnational Legal Theory. 2011. Vol. 2. Iss. 1. P. 67–117. DOI: 10.5235/tlt.v2n1.67

Foulquier N. Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856–1929) // Jus Politicum. Revue internationale de droit politique. 2009. No. 2. URL: <http://juspoliticum.com/article/Maurice-Hauriou-constitutionnaliste-1856-1929-75.html> (дата обращения: 20.10.2019).

Gazzolo T. Santi Romano e l'ordinamento giuridico come unità // Jura Gentium. 2018. Vol. XV. No. 21. P. 115–128.

Gressaye de la J.B. The Sociological Theory of the Institution and French Juristic Thought // The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos / Ed. by A. Broderick. Cambridge: Harvard University Press, 1970. P. 15–24. DOI: 10.4159/harvard.9780674729964.c2

Hauriou M. Classical Method and Juridical Positivism // The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos / Ed. by A. Broderick. Cambridge: Harvard University Press, 1970. P. 125–131. DOI: 10.4159/harvard.9780674729964.c14

Hauriou M. The Notion of an Objective. Juridical Order Establishing Itself in Political Matters / Transl. from French by M. Welling // The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos / Ed. by A. Broderick. Cambridge: Harvard University Press, 1970. P. 52–60.

Hauriou M. The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism / Transl. from French by M. Welling // The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos / Ed. by A. Broderick. Cambridge: Harvard University Press, 1970. P. 93–124. DOI: 10.4159/harvard.9780674729964.c13

Hauriou M. The Two Realisms / Transl. from French by M. Welling // The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos / Ed. by A. Broderick. Cambridge: Harvard University Press, 1970. P. 45–51. DOI: 10.4159/harvard.9780674729964.c7

Jennings W.I. The Institutional Theory // Modern Theories of Law / Ed. by W.I. Jennings. London: Oxford University Press, 1933. P. 68–85.

MacCormick N. Further Thoughts on Institutional Facts // International Journal for the Semiotics of Law. 1992. Vol. 5. Iss. 1. P. 3–15. DOI: 10.1007/BF01105907

MacCormick N. Institutions of Law: an Essay in Legal Theory. New York, 2007.

MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht: Springer, 1986. DOI: 10.1007/978-94-015-7727-4

Nodoushani M. Anmerkungen zu Carl Schmitts Dezisionismus // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy 2010. Vol. 96. No. 2. P. 151–165.

Pedrini F. Santi Romano e l'interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul "metodo" nel diritto pubblico // *Jura Gentium*. 2018. Vol. XV. No. 21. P. 79–113.

Pietropaoli S. Ordinamento giuridico e konkrete Ordnung. Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt // *Jura Gentium*. 2012. Vol. IX. No. 2. pp. 49–63.

Romano S. Frammenti di un dizionario giuridico. Milano: A. Giuffrè, 1947.

Romano S. L'ordinamento giuridico. Firenze: Sansoni, 1967.

Romano S. The Legal Order. London: Routledge, 2017. DOI: 10.4324/9781315164519

Schmitt C. Das Problem des Legalität // *Schmitt C.* Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre. 4-e Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. S. 440–451. DOI: 10.3790/978-3-428-01329-6

Schmitt C. Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen. 3-e Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. DOI: 10.3790/978-3-428-54509-4

Schmitt C. Nationalsozialismus und Völkerrecht // *Schmitt C.* Frieden oder Pazifismus. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924–1978. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. S. 391–423. DOI: 10.3790/978-3-428-48940-4

Searle J.R. How to Derive "Ought" from "Is" // *The Philosophical Review*. 1964. Vol. 73. No. 1. P. 43–58. DOI: 10.2307/2183201

Searle J.R. Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. DOI: 10.1017/CBO9781139173438

Torre la M. Institutionalism Old and New // *Ratio Juris*. 1993. Vol. 6. Iss. 2. P. 190–201. DOI: 10.1111/j.1467-9337.1993.tb00147.x

Weinberger O. Alternative Action Theory. Simultaneously a Critique of Georg Henrik von Wright's Practical Philosophy. Dordrecht: Springer, 1998. DOI: 10.1007/978-94-011-5062-0

Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht: Springer, 1991. DOI: 10.1007/978-94-011-3458-3

Weinberger O. Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals // *Ratio Juris*. 1999. Vol. 12. Iss. 4. P. 336–353. DOI: 10.1111/1467-9337.00129

Wilde de M. The Dark Side of Institutionalism: Carl Schmitt Reading Santi Romano // *Ethics & Global Politics*. 2018. Vol. 11. Iss. 2. P. 1–13. DOI: 10.1080/16544951.2018.1498700

REFERENCES

Alexy, R. (1992). Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg: Karl Alber. (in Germ.) [Russ. ed.: Alexy, R. (2011). *Ponyatie i deistvitel'nost' prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu)* [The Concept and Validity of Law. A Reply to Legal Positivism]. Translated from German by A. Laptev and F. Kal'shoier. Moscow: Infotropik Media].

Bechet-Golovko, K. (2008). Moris Oriu: mezhdistsiplinarnyi podkhod na sluzhbe dinamicheskoi kontseptsii prava [Maurice Hauriou: Multidisciplinary Approach Works

for the Dynamic Concept of Law]. Translated from French by D.V. Sichinava. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review], (6), pp. 174–187. (in Russ.).

Bocharov, V.A. and Markin, V.I. (2008). *Vvedenie v logiku* [The Introduction to Logic]. Moscow: ID “FORUM”; INFRA-M. (in Russ.).

Carnap, R. (1948). *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*. Chicago: The University of Chicago Press. [Russ. ed.: Carnap, R. (2007). *Znachenie i neobkhodimost': Issledovanie po semantike i modal'noi logike*. Translated from English by N.V. Vorob'ev. Moscow: LKI.]

Davydov, Yu. N. ed. (2002). *Istoriya teoreticheskoi sotsiologii. V 4-kh t. T. 1.* [History of Theoretical Sociology in Four Volumes]. Volume 1. Moscow: “KANON+”.

Durkheim, E. (1956). *Les règles de la méthode sociologique*. 13th ed. Paris: Presses Universitaires de France. (in Fr.). [Russ. ed.: Durkheim, E. (1990). *Metod sotsiologii* [Method of Sociology]. In: Durkheim, E. *O razdelenii Obshchestvennogo truda. Metod sotsiologii*. Translated from French by A.B. Gofman. Moscow: Nauka, pp. 391–532].

Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press. [Russ. ed.: Dworkin, R. (2004). *Opravakh vser'ez*. Translated from English by M.D. Lakhuti and L.B. Makeeva. Moscow: “Rossiiskaya politicheskaya entsiklopediya” (ROSSPEN)].

Filippov, A.F. (2016). K istorii ponyatiya politicheskogo: proshloe odnogo proekta [On the History of the Concept of the Political: The Past of One Project]. In: Schmitt, C. *Ponyatie politicheskogo* [The Concept of the Political]. Moscow: Nauka, pp. 432–551. (in Russ.).

Fontanelli, F. (2011). Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations. *Transnational Legal Theory*, 2(1), pp. 67–117. DOI: 10.5235/tlt.v2n1.67

Foulquier, N. (2009). Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856–1929). *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, [online] (2). Available at: <http://juspoliticum.com/article/Maurice-Hauriou-constitutionnaliste-1856-1929-75.html> [Accessed: 20 October 2019]. (in Fr.).

Gazzolo, T. (2018). Santi Romano e l'ordinamento giuridico come unità. *Jura Gentium*, XV(21), pp. 115–128.

Gressaye de la, J.B. (1970). The Sociological Theory of the Institution and French Juristic Thought. In: A. Broderick, ed. *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 15–24. DOI: 10.4159/harvard.9780674729964.c2

Hauriou, M. (1911). *Principes de Droit Public*. Paris: Larose and Tenin. (in Fr.). [Russ. ed.: Hauriou, M. *Osnovy publichnogo prava* [The Principles of Public Law]. Translated from French by E. Pashukanis and N. Chelyapova. Moscow: INFRA-M]

Hauriou, M. (1912). Les deux realismes. *Recueil de legislation de Toulouse*, (8), pp. 1–10. (in Fr.). [Eng. ed.: Hauriou, M. (1970). The Two Realisms. In: A. Broderick, ed. *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 45–51]. DOI: 10.4159/harvard.9780674729964.c7

Hauriou, M. (1916). *Principes de droit public*. 2nd ed. Paris: Sirey. (in Fr.). [Eng. ed.: Hauriou, M. (1970). The Notion of an Objective. Juridical Order Establishing Itself in Political Matters. Translated from French by M. Welling. In: A. Broderick, ed. *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 52–60]. DOI: 10.4159/harvard.9780674729964.c8

Hauriou, M. (1925). La theorie de l'institution et de la fondation. *Cahiers de la nouvelle journee*, (4), pp. 2–45. (in Fr.). [Eng. ed.: Hauriou, M. (1970). The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism. Translated from French by M. Welling. In: A. Broderick, ed. *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 93–124]. DOI: 10.4159/harvard.9780674729964.c13

Hauriou, M. (1929). *Precis de droit constitutionnel*. 2nd ed. Paris: Deuxieme. (in Fr.). [Eng. ed.: Hauriou, M. (1970). Classical Method and Juridical Positivism. Translated from French by M. Welling]. In: A. Broderick, ed. *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 125–131]. DOI: 10.4159/harvard.9780674729964.c14

Hume, D. (1888). *A Treatise of Human Nature*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press. [Russ. ed.: Hume, D. (1996). Traktat o chelovecheskoi prirode ili popytka primenit' osnovannyi na opyte metod rassuzhdeniya k moral'nym predmetam. Translated from English by S.I. Tsereteli. In: Hume, D. *Sochineniya v dvukh tomakh. T. 1*. [Collected Works in 2 Volumes]. Volume 1. Moscow: Mysl, pp. 53–656].

Jennings, W.I. (1933). The Institutional Theory. In: W.I. Jennings, ed. *Modern Theories of Law*. London: Oxford University Press, pp. 68–85.

Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. 2nd ed. Wien: Deuticke. (in Germ.). DOI: 10.1628/978-3-16-156464-2 [Russ. ed.: Kelsen, H. (2015). *Chistoe uchenie o prave* [Pure Theory of Law]. Translated from German by M.V. Antonov and S.V. Loesov. 2nd ed. Saint Petersburg: Izdatel'skii dom "Alef-Press"].

Kelsen, H. (2003). *Geltung und Wirksamkeit des Rechts*. In: R. Walter, C. Jabloner and K. Zeleny, eds. *Hans Kelsens stete Aktualität*. Wien: Manz, pp. 5–21. (in Germ.). [Russ. ed.: Kelsen, H. (2016). Deistvitel'nost' i deistvennost' prava [Validity and Efficacy of Law]. Translated from German by M.V. Antonov. In: Bulygin, E.V. *Izbrannye raboty po teorii i filosofii prava* [The Selected Writing in Theory and Philosophy of Law]. Saint Petersburg: Izdatel'skii dom "Alef-Press", pp. 294–315].

Kondurov, V.E. (2018). Osnovaniya deistvitel'nosti pravoporyadka i problema yustitsiabel'nosti "politicheskogo": K. Shmitt o granitsakh yustitsii [The Foundations of the Validity of Legal Order and the Problem of the Justiciability of the "Political": C. Schmitt on the Limits of Justice]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 13(5), pp. 63–91. (in Russ.).

Kondurov, V.E. (2019). Carl Schmitt's Political Theology: Discourse and Methodological Approach. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 14(3), pp. 49–78. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-3-kondurov

Kraevsky, A.A. (2018). Evolyutsiya ponyatii deistvitel'nosti i deistvennosti v chistom uchenii o prave Gansa Kel'zena [Evolution of the Concepts of Validity and Efficacy of Law

in Hans Kelsen's Pure Theory of Law]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN — Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 13(6), pp. 1–26. (in Russ.).

Levin, I.D. (1960). *Sovremennaya burzhuaznaya nauka gosudarstvennogo prava. Kritika osnovnykh napravlenii* [Modern Bourgeois Science of State Law. Criticism of the Main Schools of Thought]. Moscow: Akademiya nauk SSSR Publ. (in Russ.).

MacCormick, N. (1992). Further Thoughts on Institutional Facts. *International Journal for the Semiotics of Law*, 5(1), pp. 3–15. DOI: 10.1007/BF01105907

MacCormick, N. and Weinberger, O. (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Springer. DOI: 10.1007/978-94-015-7727-4

Maiburd, Y. (2000). *Vvedenie v istoriyu ekonomicheskoi mysli. Ot prorokov do profes-sorov* [Introduction to the History of Economic Thought. From Prophets to Professors]. Moscow: Delo. (in Russ.).

Negishi, T. (1989). *History of Economic Theory*. Amsterdam: North–Holland. DOI: 10.1016/C2009-0-11992-X. [Russ. ed.: Negishi, T. (1995). *Istoriya ekonomicheskoi mysli*. Translated from English by L.L. Lyubimov and V.S. Avtonomov. Moscow: Aspekt Press].

Nodoushani, M. (2010). Anmerkungen zu Carl Schmitts Dezisionismus. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 96(2), pp. 151–165. (in Germ.).

Pedriani, F. (2018). Santi Romano e l'interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico. *Jura Gentium*, XV(21), pp. 79–113. (in It.).

Pietropaoli, S. (2012). Ordinamento giuridico e konkrete Ordnung. Per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt. *Jura Gentium*, IX (2), pp. 49–63. (in It.).

Romano, S. (1947). *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: A. Giuffrè. (in It.).

Romano, S. (1967). *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni. (in It.)

Romano, S. (2017). *The Legal Order*. London: Routledge. DOI: 10.4324/9781315164519

Schmitt, C. (1922). *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranität*. München: Duncker und Humblot. (in Germ.). [Russ. ed.: Schmitt, C. (2000). *Politicheskaya teologiya. Chetyre glavy k ucheniyu o suverenitete* [Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty]. Translated from German by Yu. Korinets. In: Schmitt, C. *Politicheskaya teologiya. Sbornik* [Political Theology. Collected Works]. Moscow: “KANON-press-Ts”, pp. 7–98].

Schmitt, C. (1930). Staatsethik und pluralistischer Staat. *Kant-Studien*, 35(1), pp. 28–41. (in Germ.). [Russ. ed.: Schmitt, C. (2010). *Gosudarstvennaya etika i plyuralisticheskoe gosudarstvo* [State Ethics and the Pluralist State]. In: Schmitt, C. *Gosudarstvo i politicheskaya forma*. Translated from German by O.V. Kil'dyushov. Moscow: HSE Publishing House, pp. 237–258].

Schmitt, C. (1934). *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg: Hanseatische. (in Germ.). [Russ. ed.: Schmitt, C. (2013). *O trekh vidah yuridicheskogo myshleniya* [On the Three Types of Juristic Thought]. In: Schmitt, C. *Gosudarstvo: parvo i politika* [The State: Law and Politics]. Translated from German by O.V. Kil'dyushov. Moscow: Izdatel'skii dom “Territoriya budushchego”, pp. 309–355].

Schmitt, C. (2003). Das Problem des Legalität. In: Schmitt, C. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. 4th ed. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 440–451. (in Germ.). DOI: 10.3790/978-3-428-01329-6

Schmitt, C. (2005). Nationalsozialismus und Völkerrecht. In: Schmitt C. *Frieden oder Pazifismus. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924–1978*. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 391–423. (in Germ.). DOI: 10.3790/978-3-428-48940-4

Schmitt, C. (2015). *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. 3rd ed. Berlin: Duncker & Humblot. (in Germ.). DOI: 10.3790/978-3-428-54509-4

Searle, J. R. (1964). How to Derive “Ought” from “Is”. *The Philosophical Review*, 73(1), pp. 43–58. DOI: 10.2307/2183201

Searle, J. R. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/CBO9781139173438

Tereza, D.V. (2008). Institutional’nyi tip pravovogo myshleniya (vvedenie v problemu) [Law Mentality Institutional Type (An Introduction to the Problem)]. *Filosofiya prava* [Philosophy of Law], (2), pp. 119–123. (in Russ.).

Torre la, M. (1993). Institutionalism Old and New. *Ratio Juris*, 6(2), pp. 190–201. DOI: 10.1111/j.1467-9337.1993.tb00147.x

Tumanov, V.A. (1971). *Burzhuaznaya pravovaya ideologiya. K kritike uchenii o prave* [The Bourgeois’ Legal Ideology: On the Criticism of the Doctrines of Law]. Moscow: Nauka. (in Russ.).

Tumanov, V.A. (1987). Istoriya i obshchaya kharakteristika burzhuaznoi nauki gosudarstvennogo prava [The History and General Characteristics of the Bourgeois Science of State Law]. In: V.A. Tumanov, ed. *Sovremennoe burzhuaznoe gosudarstvennoe pravo. Kriticheskie ocherki. T. 1. Burzhuaznaya nauka gosudarstvennogo prava* [Modern Bourgeois State Law. Critical Essays. Volume I. The Bourgeois Science of State Law]. Moscow: Nauka, pp. 5–47. (in Russ.).

Vorotilin, E.A. (1990). Ontologiya prava v teorii institutsionalizma [Ontology of Law in the Theory of Institutionalism]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie], (5), pp. 42–47. (in Russ.).

Weinberger, O. (1991). *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Springer. DOI: 10.1007/978-94-011-3458-3

Weinberger, O. (1998). *Alternative Action Theory. Simultaneously a Critique of Georg Henrik von Wright’s Practical Philosophy*. Dordrecht: Springer. DOI: 10.1007/978-94-011-5062-0

Weinberger, O. (1999). Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals. *Ratio Juris*, 12(4), pp. 336–353. DOI: 10.1111/1467-9337.00129

Wilde de, M. (2018). The Dark Side of Institutionalism: Carl Schmitt Reading Santi Romano. *Ethics & Global Politics*, 11(2), pp. 1–13. DOI: 10.1080/16544951.2018.1498700

Wittgenstein, L. (1922). *Logisch-Philosophische Abhandlung*. London: Routledge & Kegan Paul. (in Germ.). [Russ. ed.: Wittgenstein, L. (2008). *Logiko-filosofskii traktat* [Tractatus Logico-Philosophicus]. Translated from German by I.S. Dobronravov and D.G. Lakhuti. Moscow: “KANON+”; ROOI “Reabilitatsiya”].

Yakovlev, A.V. (2008). Ob institutsional'nom podkhode v libertarno-yuridicheskoi kontseptsii gosudarstva [The Institutional Approach in the Libertarian Legal Concept of the State]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* [Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS], (5), pp. 3–14. (in Russ.).

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ:

Кондуров Вячеслав Евгеньевич — преподаватель кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

Краевский Арсений Александрович — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

AUTHOR'S INFO:

Viacheslav E. Kondurov — Lecturer of the Department of Theory and History of State and Law, Saint Petersburg State University.

Arseny A. Kraevsky — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Theory and History of State and Law, Saint Petersburg State University.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Кондуров В.Е., Краевский А.А. Правовые институты и нормы: проблема действительности и действенности права в юридическом институционализме // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 6. С. 95–144. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-6-kondurov-kraevsky

FOR CITATION:

Kondurov, V.E., Kraevsky, A.A. (2019) Legal Institutions and Norms: the Problem of Validity and Efficacy of the Law in Legal Institutionalism. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS, 14(6), pp. 95–144. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-6-kondurov-kraevsky