119019, г. Москва, ул. Волхонка, д. 6
ООО Издательство «Юрлитинформ»,
тел. (495) 697–77–45, тел./факс (495) 697–16–13
E–mail: zakaz@urlit.ru

ISBN 978-5-4396-1366-3
9 785439 613663

ПРОБЛЕМЫ ПОСТСОВЕТСКОЙ ТЕОРИИ И ФИЛОСОФИИ ПРАВА

МОСКОВСКАЯ ВЫСШАЯ ШКОЛА
СОЦИАЛЬНЫХ И ЭКОНОМИЧЕСКИХ НАУК

ПРОБЛЕМЫ ПОСТСОВЕТСКОЙ ТЕОРИИ И ФИЛОСОФИИ ПРАВА

Сборник статей

издательство
«ЮРЛИТИНФОРМ»

МОСКОВСКАЯ ВЫСШАЯ ШКОЛА
СОЦИАЛЬНЫХ И ЭКОНОМИЧЕСКИХ НАУК

ПРОБЛЕМЫ ПОСТСОВЕТСКОЙ ТЕОРИИ И ФИЛОСОФИИ ПРАВА

Сборник статей

Издательство «Юрлитинформ»
Москва
2016

УДК 340.1:1(470)(082)
ББК 67.00я43
П78

П78 **Проблемы постсоветской теории и философии права: сб. статей**. – М.: Юрлитинформ, 2016. – 296 с.

ISBN 978-5-4396-1366-3

Настоящий сборник издается при поддержке Российского гуманитарного научного фонда (проект №16-03-14031), включает статьи, подготовленные на основе докладов в рамках научной конференции «Проблемы постсоветской теории и философии права», которая состоялась 22 апреля 2016 г. в Московской высшей школе социальных и экономических наук.

Постсоветское право и правовая культура представляют собой своеобразную юридическую реальность, надлежащее изучение и осмысление которой необходимо для преодоления неустойчивости правопорядка, обоснования перспектив государственно-правового развития и установления ориентиров законодательной деятельности. Содержащиеся в сборнике статьи посвящены этой проблематике, которая интересна не только специалистам в области юриспруденции и некоторых других общественных наук, но также всем читателям, размышляющим о сложностях развития отечественного государства и права на современном этапе.

УДК 340.1:1(470)(082)
ББК 67.00я43

ISBN 978-5-4396-1366-3

© Коллектив авторов, 2016
© ОАНО «МВШСЭН», 2016
© Издательство «Юрлитинформ», 2016

Предисловие

Настоящий сборник статей подготовлен по итогам научной конференции «Проблемы постсоветской теории и философии права», которая прошла 22 апреля 2016 г. на факультете права Московской высшей школы социальных и экономических наук (МВШСЭН) при поддержке Российского гуманитарного научного фонда, проект № 16-03-14031. Проведение конференции и издание сборника было задумано для привлечения внимания к настоятельной необходимости серьезного теоретического осмысления постсоветской правовой действительности и перспектив дальнейшего развития.

Недостатки постсоветского государственно-правового устройства, по всей видимости, тесно связаны с нехваткой общественного согласия относительно прошлого и будущего. Выявление причин создавшегося неудовлетворительного положения и возможных путей его преодоления является фундаментальной научной задачей, решению которой может способствовать российская юриспруденция. Разгадать постсоветское – значит ответить на вызовы постсовременности. Сложность задачи требует скромности, но тем важнее пытаться приблизиться к решению.

Указанная проблематика объединила ученых, статьи которых представлены в настоящем сборнике. В фокусе находятся особенности постсоветского права, правовой культуры и юридических учений. Сборник делает вклад в изучение своеобразного феномена постсоветского, тем самым отчасти способствуя преодолению иллюзий, порожденных самоуверенной недооценкой трудности перехода от советского тоталитарного режима к правовому государству.

В.А. Слыщенков
кандидат юридических наук, доктор права,
председатель оргкомитета конференции.

Беляев М.А.,
кандидат философских наук,
доцент кафедры онтологии и теории познания
Воронежского государственного университета

ПОСТСОВЕТСКОЕ ЮРИДИЧЕСКОЕ МЫШЛЕНИЕ И ЕГО СУБЪЕКТ[1]

Аннотация: В работе предлагается рассматривать эволюцию юридического мышления сквозь призму смены его субъектов. Постулируются два субъекта – трансцендентальный и реальный, при этом первый понимается в том смысле, который придала ему классическая западноевропейская философия, а второй не совпадает с эмпирическим субъектом, поскольку имеет надындивидуальные качества. Автор утверждает и пытается обосновать тезис, согласно которому переходный период (то, что называется постсоветским) в отечественной юридической науке знаменуется обретением автономии реальным субъектом по отношению к трансцендентальному.

Ключевые слова: нормы мышления, теория права, позитивизм, либертаризм, коммуникативная концепция права, юридификация, сверхрегулирование, трансцендентализм, социальный критицизм, П. Бурдьё, Ю. Хабермас.

Введение. Об анализе юридического мышления

Аналитика переходных периодов в истории какой-либо социальной системы всегда крайне сложна, поскольку бывает трудно отделить закономерности уходящей реальности от вновь возникающих закономерностей. Трудность эта носит логико-методологический характер; если стать на точку зрения, преобладавшую в прошлом, новации могут показаться не необходимыми, а случайными, отказ же от исчезающих закономерностей чреват абсолютизацией тех временных явлений, которые пришли им на смену[2]. Между тем необходимо помнить, что подобного рода явления лишь сопровождают становление нового качества системы, но сами этим качеством не обладают. Таким образом, пока движение от старой системы к новой еще не окончено, исследователь лишен возможности опираться на принцип финализма. Согласно дан-

[1] Подготовлена при поддержке Российского гуманитарного научного фонда, проект № 16-03-00291.

[2] Экспликация принципов исторического анализа важна, поскольку помогает в каждом конкретном случае добиться того, что М. Фуко называет «дискурсивным обособлением анализируемого единства» (Фуко М. Археология знания. СПб., 2004. С. 40 и далее), то есть описанием единичного объекта.

ному принципу, то конечное состояние системы, с которым мы имеем дело сейчас (когда система для нас перешла в статус объекта), есть состояние закономерное, итоговое и во всех своих сущностных признаках завершенное[1]. Эта базовая гипотеза позволяет нам, пользуясь абдуктивным объяснением, выявить те основания, которые существовали на всем протяжении системы, двигаясь от зачаточных к наиболее развитым формам, отделив их от того, чему не удалось сохраниться в истории[2]. Утраченное по ходу прогресса не считается важным – в противном случае оно бы, несомненно, сохранилось. Такова главная предпосылка полноценного исторического исследования социальных систем[3]. Но в случае, когда до окончания развития еще далеко, а некоторые новые качества уже очевидно обозначились, принцип финализма не следует применять, так как мы грешим антиисторическим произволом, рискуя разорвать пока еще живые, органические связи внутри целого и противопоставить то, что в действительности связано отношением упорядоченности. Переходный период характеризуется тем, что мы еще не способны точно определить границу между новой системой и окружающей средой, равно как и между новыми и старыми закономерностями, поэтому целесообразнее работать с теми понятиями и схемами, которые одинаково хорошо приложимы и к ретроспективному, и к перспективному взгляду на изучаемую действительность. Необходимость изобретать эти понятия *ad hoc* или использовать хорошо известные в непрямом значении не должна останавливать исследователя, ибо цена его решимости – научная точность (насколько последняя вообще возможна в науках об обществе и культуре).

Существует много способов исследовать мышление вообще и юридическое мышление в частности. Самая первая и очевидная схема основана на искусственном разделении формы и содержания мысли. Под формой здесь традиционно понимается структура или способ связи частей мыслимого содержания, само содержание в свою очередь

---

[1] См. об этом: Кроче Б. Теория и история историографии / пер. с ит. И.М. Заславской; послесл. Т.В. Павловой. М., 1998. С. 10–16.

[2] Подробнее об абдуктивном выводе см.: Douven I. Testing Inference to the Best Explanation. Vol. 130. Synthese, 2002. P. 355–377 ; Frankfurt H. Peirce's Notion of Abduction // Journal of Philosophy. 1958. Vol. 55. P. 593–596 ; Niiniluoto I. Defending Abduction // Philosophy of Science. 1999. Vol. 66. P. 436–451.

[3] В полном соответствии с методологией системного анализа любая часть социальной системы сама считается системой – до тех пор, пока свойство социальности не будет утрачено. Поэтому допустимо анализировать юридическое мышление в отрыве от его объектов, например. Но отрывать мышление от субъекта (о чем еще будет сказано в этой работе) недопустимо, поскольку ведет к разрушению системных свойств, в том числе социальности.

может быть отождествлено со смыслами[1], то есть положениями дел, которые выступают интенциональными объектами для какого-либо сознания и особым образом зафиксированы с помощью знаков. В юриспруденции подобное разделение применяется повсеместно[2], эта схема проста в своем осуществлении, но малопродуктивна, поскольку форму часто отождествляют с разновидностью, а содержание – с признаками отдельных видов. Гораздо честнее было бы в таком случае вместо слова «формы» везде писать «виды» и не скрывать того, что исследование посвящено классификации тех или иных явлений и носит в основном эмпирико-описательный характер.

Анализ форм юридического мышления способен лишь подтвердить и без того известное: непрерывность структурных связей сохраняется при достижении известной степени нечувствительности к той реальности, которая воспроизводится в мысли. Иными словами, если рассматривать исключительно логический момент в правосознании, придется согласиться с тем, что он сегодня таков же, каким был во времена Ульпиана. Вероятно, его можно немного осовременить модальной реконструкцией предписаний, извлекая последние из текстов нормативных правовых актов, но это мало что даст: учение о праве как нормативной системе есть по преимуществу сумма упражнений в формализации смыслов, но не «орган понимания» культуры...

В качестве дополнения здесь может фигурировать анализ юридического мышления с точки зрения содержания, но тут есть несколько сложностей.

---

[1] Если подходить к соотношению формы и содержания механистически, то их разделить можно только искусственно, с утратой частями, которые получены вследствие разделения, самостоятельного существования. Иной, немеханистический подход предлагает, например, А.А. Зиновьев, для него «форма суть отношение, в котором проявляется другое, а содержание – отношение, проявляемое посредством другого» (Зиновьев А.А. Логическая социология. М., 2012. С. 85). Такая трактовка выигрышна тем, что сохраняет онтологическую равноправность и формы, и содержания, хотя и релятивизирует их, так что любая форма в каком-то ином отношении превращается в содержание et vice versa. Я не рассматриваю в этой статье данный подход по одной простой причине – юристы им никогда не пользовались (может, и не знают о его наличии), рассуждая же отвлеченно, стоит признать его эвристичность.

[2] См., например: Лобанов А.В. О содержании и формах налогового контроля // Финансы. 2008. № 3. С. 30–32 ; Сычев А.В. К вопросу о содержании и формах образовательных услуг: теоретико-методологические аспекты // Вестник Университета (Государственный университет управления). 2015. № 12. С. 315–318 ; Малахова Л.И. О форме уголовно-процессуальной деятельности и ее содержании // Воронежские криминалистические чтения. 2001. № 2. С. 222–229 ; Андреев Ю.Н. О содержании и форме гражданского правоотношения // Современное право. 2012. № 11. С. 59–65 и мн. др.

Главная сложность: дилемма авто- и гетерономии, разрешить которую довольно непросто. В первом случае кажется (и это можно обосновать), что содержание юридического мышления настолько качественно обособлено от иных объектов ментальной природы, что и само это мышление обладает определенной спецификой – не в логическом, а каком-то ином, чуть ли не метафизическом плане. Когда, к примеру, А.М. Михайлов определяет юридическое мышление как «обусловленные спецификой юридической деятельности способы, средства и правила оперирования со специально-юридическими идеальными объектами – понятиями, конструкциями, принципами, рассматриваемыми с догматической, теоретической или философской перспективы»[1], он, конечно, мысленно солидаризуется с Р. фон Иерингом, для которого мышление правоведов специфично не в операциональном отношении, а в смысловом, то есть содержательном. Говоря иначе, не юрист этим мышлением моментально овладеть не может, не говоря уже о том, чтобы его описать и изучить. И никакие формально-логические ухищрения здесь не помогут; чтобы понять, он должен превратиться в юриста. Отчасти это действительно так, но тогда надо просто разделить операциональный компонент мышления и собственно знаковый. Первый доступен только в связи с осуществлением особого рода практик, второй относительно независим от них. И тогда мы получаем две стороны автономии юридического мышления – операциональную и семиотическую. Операциональная помогает деятелю присвоить себе (интериоризировать) юридическое мышление (и это, действительно, можно сделать в условиях строгой приватности и независимости, и никак иначе, поскольку феноменальный опыт субъекта доступен только ему), семиотическая – экстериоризировать его и тем самым сделать сверхличным (здесь автономия выступает не условием и характерной чертой самого процесса, а желаемой целью – в противном случае ни практических, ни педагогических результатов в области юриспруденции было бы невозможно добиваться).

Гетерономность же содержания означает, что сами закономерности права производны от каких-то иных более фундаментальных закономерностей. Поскольку компетентный исследователь помнит о том, что никто еще эту производную связь не обнаружил, возникает новая (и достаточно вредоносная) дилемма: либо таких закономерностей все же нет, но тогда нужно доказывать метафизическую автономию права, что довольно сложно сделать, учитывая его связь с политикой, либо

[1] Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012. С. 74.

они есть, но прямая связь по факту отсутствует, она замещена системой косвенных связей. Именно по причине наличия такого рода условностей взгляд на право как зависимую от экономики реальность себя успел скомпрометировать в эпоху марксизма-ленинизма, когда все попытки описать право в терминах базисно-надстроечных отношений потерпели неудачу, а слова об относительной самостоятельности права подразумевали всего лишь единство объективного и субъективного начал в нем (о чем никто или почти никто не спорил).

Соответственно, оппозиция формы и содержания, будучи спроецирована на юридическое мышление, сохраняет некую общую традиционность и потому либо приводит к ожидаемым результатам, либо заводит в глухой тупик[1]. В этом смысле эффект ре- или деконструкции, столь актуальный именно в переходные периоды, отсутствует. При каком же условии он может проявиться? Видимо, на этот вопрос можно ответить по-разному. В данной работе я предлагаю посмотреть на эволюцию юридического мышления через призму его носителя, то есть субъекта[2].

---

[1] Тупик легко обойти, если отказаться от данной оппозиции, объединив под знаком differentia specifica все, что действительно отличает мышление юриста от всякого иного мышления. Как указывает Т.В. Авакян, «юридическое познание обладает следующей спецификой по сравнению с научным и обыденным познанием: его предметом выступают фактические обстоятельства конкретного дела, временной период ограничен, результаты познания подвергаются обработке для общего понимания, ему присущи операции деонтической логики, предмет познания конструируется правоприменителем, а не дан заранее (предмет очерчен догадкой познающего субъекта по поводу юридической природы тех или иных поступков людей и возникающих на основе этих поступков отношений), основным средством познания являются гипотезы, предположения, версии, превращающиеся в предмет познания, фильтрация и отбор познаваемого бесконечно разнообразного потока фактов происходят с позиции практического интереса» (Авакян Т.В. Юридическое мышление в правоприменительном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2006. С. 9). Наиболее полное перечисление признаков в данном случае демонстрирует именно неразрывность формы и содержания, когда речь идет о деятельности, а то, что мышление есть деятельность, сомнения не вызывает.

[2] В этом смысле весьма странным является то обстоятельство, что некоторые авторы, исследующие юридическое мышление, ни слова не говорят о его субъекте, будто бы это мышление подобно самодвижущемуся автомату. Так, например, Д.В. Зыков, справедливо отмечая основную роль мышления в праве – соединение нормы и факта ради образования правоотношения, указывает, что «волю и мышление в контексте наших рассуждений лучше всего рассматривать как зеркальную пару, ведь в поведении они практически не различимы, если только не подходить к вопросу теоретически и дифференцированно, беря за основу проявления и эффекты нашей психики» (Зыков Д.В. Размышления о юридической реальности // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2013. № 6. С. 68). Но такая установка игнорирует субъективность в принципе. Другой пример: в учебно-методическом пособии С.В. Воробьевой сказано о том, что «воплощение в юридической науке находит некласси-

Задача изучения особенностей переходного периода, таким образом, сводится к исследованию разнотипных субъектов и форм их взаимодействия – кооперации, автономного существования и противостояния, а событие перехода следует отождествлять со сменой одного доминантного способа взаимодействия другим. Этот подход в достаточной мере универсален, доказательство чему приводит Гегель в «Феноменологии духа», где подробно исследовано, как деятельность позволяет выкристаллизовываться и самому деятелю («самосознание, – говорит классик, – это возможность сказать «нет» всему тому, что не есть Я»)[1]. Вокруг специфической предметности всегда вырастает множество субъектов, которые в конечном счете и фиксируют собственную среду обитания – но уже в отчужденных терминах, поддерживая идеал объективности познания. Я, со своей стороны, полагаю, что история социальных систем не может быть всецело объективной, это следует из способа их происхождения, а из этого тезиса в свою очередь вытекает, что не может быть одной-единственной истории социальной системы, что их в принципе должно быть много (отказ от идеала объективности сводится по факту к отступлению от монистической парадигмы, а не привносит элемент психологизма). В этом смысле нельзя сводить историю мышления к смене его носителей, но продуктивность предлагаемой схемы оспорить трудно – нужно только помнить о том, что это всего лишь схема. К тому же вполне очевидно, что если кому-то захочется переписать историю юриспруденции в некой бессубъектной манере, то эта логика все равно будет иметь отчетливо субъектные (социальные, функциональные) предпосылки или мотивацию.

1. Субъекты мышления: трансцендентальный и реальный

Вводя категорию субъекта в сравнительно-правовой дискурс, необходимо сделать некоторое количество методологических замечаний и оговорок, без которых все предпринимаемые усилия будут произ-

---

ческий принцип субъективированного объекта познания и принцип личностного знания» (Воробьева С.В. История и методология юридической науки: учеб.-методич. пособие. Тамбов, 2014. С. 107). Философски грамотный читатель здесь ожидает увидеть продолжение – систематику субъектов познания или что-то подобное, но нет – автор переходит к постнеклассической рациональности (довольно бессмысленная триада «типов» рациональности, навязанная отечественному дискурсу в основном В.С. Стёпиным), а о субъекте в книге больше не сказано ничего примечательного.

[1] Развернутым комментарием к Гегелю и Марксу применительно к генезису субъекта является прекрасная работа Владимира Библера «Самостоянье человека. «Предметная деятельность» в концепции Маркса и самодетерминация индивида» // URL://http://www.bibler.ru/bim_samostoyanye.html

водить впечатление дилетантства и волюнтаризма. Нужно, например, специально указать, что, хотя мышление есть подчиненный момент всякой деятельности, оно все же претендует на известную самостоятельность (а в случае мышления претензия на автономию – это и есть реализация автономии). Поэтому субъект мышления не обязан во всех случаях совпадать с актором, то есть субъектом деятельности. Кроме того, множество субъектов юридического мышления иначе структурировано по сравнению с тем, как складываются практики. К примеру, разница между сторонником позитивизма и приверженцем коммуникативной теории права имеет значение только в том случае, если мы рассматриваем собственно теоретические суждения этих лиц, но не их участие в политико-правовой жизни общества как граждан, обладающих известной суммой прав и обязанностей. А в сфере правоприменения дело обстоит еще проще: личностные особенности действующих лиц стерты, имеют значения только функции, вертикальные и горизонтальные связи ясны и ограниченны, собственно человеческого в этом нет ничего. Эффективность осуществления права в данном случае оправдывает обезличенность действий.

В сфере мышления мы находимся или в сфере практики – все же надо помнить: субъект – не полноценная личность, так как последняя не может быть описана с помощью рациональных способов[1]. Субъекта нельзя приравнять и к индивиду, поскольку в одних случаях субъект – явно нечто большее, чем индивид (речь идет о сообществе, если оно обладает неким качественным единством, например, судейское сообщество), в других – нечто меньшее (субъект как участник правоотношений).

Я бы остановился на следующей формулировке: субъект мышления есть объединенная одной идентичностью последовательность ментальных состояний, переходящих из приватного режима в публичный и обратно. Нельзя сказать, что эта дефиниция универсальна, но она удачно обозначает те точки притяжения внимания, вокруг которых может сгруппироваться научный дискурс о субъекте. Поясню данное определение. Чтобы считаться субъектом, необходимо иметь активно действующее сознание с элементами самосознания (рефлексии), ментальные состояния должны иметь содержание, это содержание должно

[1] Здесь подразумевается, что живую личность нельзя свести к сумме закономерностей и отклонений от них (случаев), поскольку для человека и случайное может стать законом, и закон может превратиться в случай. Вспомним, например, что литературные персонажи кажутся нам особенно интересными, если их поведение до конца не вычислимо из сюжета, развернутого в произведении. Но то же самое мы ценим и в реальных людях. Это – нечто большее, чем теоретико-вероятностная непредсказуемость, это – свидетельство господства и мощи жизни.

вступать во взаимодействие с внешним миром. Взаимодействие, конечно, должно быть двусторонним (но не обязательно симметричным или одинаковым по интенсивности). Исходя из данных операциональных ограничений, субъектом может выступать индивид, определенная группа лиц, неопределенная группа лиц[1]. Кстати сказать, последовательность ментальных состояний у субъекта вовсе не обязательно непрерывна, и агент мыслительной деятельности может заполнять пустые промежутки чем-то еще, в том числе внешней немыслительной активностью, при этом оставаясь носителем определенной социокультурной парадигмы мысли.

В юридическом мышлении можно выделить два качественно различных типа субъектности, и их разница значима исторически. Я предлагаю различать трансцендентального и реального субъектов, соответственно, обозначив переходный период (собственно, «постсоветское») в отечественной юриспруденции как обретение реальным субъектом необходимой меры автономии по отношению к субъекту трансцендентальному. Выявить этот механизм перехода – магистральная задача настоящей работы, а также тех, которые могут вырасти из нее впоследствии.

Само понятие трансцендентального субъекта появилось в философии благодаря исследованиям Иммануила Канта, в особенности его «Критике чистого разума». Вместе с тем задолго до Канта (уже в античности) имелась некая общая интуиция недостоверности и неполноты чувственного познания. Органы чувств соприкасаются с материальными объектами, ни один из которых не является постоянным, поскольку в самой сущности материи заключено разрушение. Непостоянство объектов означает невозможность знания о них. Отсюда – общефилософский императив, обращаемый к разуму: предписание работать не с эмпирическим материалом, данным природой, а с некими сверхчувственными принципами[2]. Систематическая разра-

[1] Может возникнуть возражение следующего сорта: если конститутивным признаком субъекта выступает наличие сознания, то как возможен групповой субъект? Строго говоря, философская наука не может ответить на этот вопрос, так как ответ был бы основан на одной из версий о природе сознания и игнорировал бы иные версии (а в философии, само собой разумеется, нет ничего окончательного). Я бы ответил на это возражение следующим образом: групповой субъект как обладатель сознания возможен, если мы под сознанием будем понимать аппарат работы со знаково-символическими конструкциями, а не место сосредоточения и сборки феноменального опыта. Для социальной реальности, полагаю, метафора (эксперимент) Дж. Серля с «китайской комнатой» вполне валидно отражает, что есть сознание и чем оно характеризуется. Практически об этом же, только с иной стороны, говорит тест Тьюринга.

[2] Кант – создатель классического трансцендентализма – неразрывным образом связывал его с метафизическим мышлением: «Трансцендентальная философия, или учение о воз-

ботка этих принципов – занятие, которому предавались в разное время Платон, многочисленные неоплатоники, Августин, Фома Аквинский, Дунс Скот, Декарт, Франциск Суарес и так далее вплоть до феноменологической традиции, заложенной Гуссерлем. Нет нужды перечислять все значимые имена. Для моих целей достаточно компактно изложить эпистемологические особенности трансцендентализма:

(1) разум соотносится с природой так же, как дискретное с непрерывным, то есть приблизительно (асимптотически);

(2) при этом нормы и правила, по которым разум действует, должны быть точны;

(3) источником или гарантом точности может быть либо некая более ценная и совершенная в метафизическом смысле реальность (Бог, Единое в неоплатонизме), либо сам мыслящий.

Важно заметить: знание в трансцендентализме строго ранжировано по мере приближения к чистому идеалу – есть более полноценное и менее полноценное знание, и критерии их различия универсальны, неизменны, ясны и отчетливы. Попытка их изменить равносильна познавательной или моральной ошибке, равно как и попытка пересмотреть иерархию знания.

Из истории мы знаем, что по мере дискредитации идеи Бога в философии фокус ответственности за правильность мышления смещается в сторону носителя мысли. Этот поворот означал в том числе и освобождение индивида от необходимости строжайшего наблюдения за собственной душой в нравственном ее измерении, хотя для эпистемологии важнее другое. Сложилось убеждение, что субъект одновременно мыслит и выступает гарантом неизменности и точности тех правил, по которым он мыслит. Кант, вероятно, сказал бы, что главной способностью здесь выступает способность совершать синтетические априорные суждения. Проще говоря, настоящее мышление («работа разума») имеет место там, где предметы сообразуются с нашими представлениями о них – и это нам каким-то образом известно до знакомства с самими предметами. Соответственно, эпистемические нормы достаточно хорошо определены, у сообщества нет сомнений в когнитивной

можности всякого априорного познания вообще, составляющее критику чистого разума, все элементы которой теперь изложены, имеет своей задачей основание такой метафизики, цель которой, как конечная цель чистого разума, состоит в свою очередь в расширении границ чувственного до сферы сверхчувственного» (Кант И. О вопросе, предложенном на премию Королевской Берлинской академии наук в 1791 году: Какие действительные успехи создала метафизика в Германии со времен Лейбница и Вольфа? // Кант И. Сочинения. В 8 т. Т. 7 / общ. ред. А.В. Гулыги. М., 1994. С. 394–395). Как видно, смысл метафизики состоит в последовательном отказе от натурфилософии, смысл трансцендентализма – в этом же.

компетентности индивида (и обратное тоже верно), различное положение агентов в социальной системе не влияет на распределение идей, а потому даже не проблематизируется.

Реальный субъект отличается тем, что не может гарантировать сам себе правильность мышления, и поэтому постоянно должен помимо чисто интеллектуальных операций совершать еще ряд дополнительных действий – тоже мыслительных, но имеющих к эпистемологии весьма малое отношение[1]. Было бы ошибкой отыскивать для указанных действий обобщающее определение, тут стоит ограничиться описательной характеристикой. Реальный субъект, как представляется, вынужден совершать пересборку познавательного процесса, критически относиться к любой априорной предпосылке, искать пути и способы легитимировать себя в глазах сообщества. Он исходит из того, что познавательный процесс преимущественно является нечетким, распределенным между различными агентами, что когнитивная компетентность определяется положением в структуре распределения социальных благ, а также идеологическим фоном, который может быть сильно фрагментирован[2]. Говоря кратко, реальный субъект, пока рефлексирует, не методически очищает душу от привходящего и сомнительного, а отыскивает основания для норм, по которым мыслит, вместо того, чтобы считать их само собой разумеющимися. Допуская возможность иного познания, иной конструкции истины, субъект готов поставить под сомнение всякую априорность, в том числе заключенную в принципах права. Как я постараюсь показать далее, этот скептицизм далек от тотального отрицания истины (то есть речь не идет о постмодернистской борьбе с логоцентризмом), а в некоторых случаях может даже оздоровляюще действовать на научное сообщество.

В западной философии очень долгое время реальный субъект приравнивался к эмпирическому, то есть речь шла об индивидууме со всеми вытекающими ограничениями и слабостями. Сначала это отождествление не было заметно, потом оно стало заметно, но все еще не препят-

[1] Следует сказать, что понимание реального субъекта как неспособного гарантировать правильность собственных умозаключений не означает голого отрицания одной или нескольких когнитивных способностей. Это вообще не персональная, а собирательная социальная его характеристика, что станет понятным далее, по мере развертывания исходного тезиса.

[2] Благодаря работам Бруно Латура, Хилари Корнблита, Элвина Голдмана нам сегодня известно, что дихотомия «индивидуальное» / «коллективное» может и должна быть импортирована в эпистемологию. См. об этом подробнее: Касавин И.Т. Социальная эпистемология: понятие и проблемы // Эпистемология и философия науки, 2006. № 1. С. 5–15 ; Мотрошилова Н.В. «Социальная эпистемология»: новые проблемы, дискуссии и дихотомии // Ценности и смыслы. 2011. № 5. С. 5–31.

ствовало дальнейшему развитию философии, а в XX в. уже стало явным камнем преткновения. Сегодня в социальной науке приравнивать реальное и эмпирическое есть некое весьма отдаленное следствие вульгарного биологизаторства социологии (случившегося, напомню, благодаря первому и второму позитивизму во второй половине XIX в.). Но если в биологии носитель сущности и объект опыта до некоторого времени можно было отождествлять, то в науках об обществе запрет на подобные приемы сформулировал еще Маркс с его знаменитым определением сущности человека как ансамбля общественных отношений. С тех пор, надо сказать, его определение многократно отвергали, но так и не опровергли.

Итак, в перспективе трансцендентализма индивид выступал всегда инстанцией, ослабляющей видение истины, полюсом сосредоточения неопределенности и текучести как эффектов материальной природы. Для теории познания, таким образом, трансцендентальный субъект был реальнее эмпирического. Вписать последнего в какую-либо метанаучную (в т.ч. компаративистскую) схему не представлялось возможным, иначе как на правах сугубо подчиненного элемента. В идеальной ситуации все следы присутствия эмпирического субъекта в том или ином опыте должны быть элиминированы. Долгое время подобного рода «чистки» казались благотворными, однако специалистами по герменевтике было показано, что в этом случае всякий раз из познания устраняется что-то очень важное, что мы могли бы знать о себе самих. Исключается принцип диалога – по сути, базовая предпосылка и личности, и общества[1].

Реабилитация субъектности начинается в XX в. не в последнюю очередь благодаря кризису классической метафизики, по-разному обозначенной феноменолого-экзистенциалистской и неопозитивистской линиями в философии[2]. Преодоление сомнений, явно и ярко высказанных теми и другими мыслителями, сопровождалось критикой обе-

[1] О принципе диалога в государственно-правовой науке никто лучше и полнее проф. И.Л. Честнова не написал. См. его работы: Честнов И.Л. Диалогическая онтология права в ситуации постмодерна // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2001. № 3. С. 45–52 ; Его же. Правопонимание в эпоху постмодерна // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2002. № 2. С. 4–16 ; Его же. Диалогическая антропология права как постклассический тип правопонимания: к формированию новой концепции // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 67–83.

[2] Надо отметить одно важное обстоятельство: критическое переосмысление концепции субъекта в ряде случаев было сопряжено с тончайшим феноменологическим анализом социального порядка и опять-таки, в контексте проблемы диалога. См. об этом: Waldenfels B. Topografie des Fremden. Studien zur Phänomenologie des Fremden I, Frankfurt/M. 1997 ; Вальденфельс Б. Мотив чужого: сборник / пер. с нем.; науч. ред. А.А. Михайлов; отв. ред. Т.В. Щитцова. Мн., 1999 ; Busch K. Bernhard Waldenfels: Kultur als Antwort // Möbius S., Quadflieg D. (Hrsg.). Kultur. Theorien der Gegenwart. 2011. S. 290–299.

зличивающего трансцендентализма (Хайдеггер, Гадамер) и апологией социально-конструктивистских начал в эпистемологии (Латур). Здесь я должен прервать собственно философскую часть своего рассуждения и вернуться в юриспруденцию, а точнее, в ее недавнюю историю. Сейчас я попытаюсь реконструировать обозначенный мной в самом начале момент переходности (движение от «советского» к «постсоветскому»), делая упор на эпистемологическое и отмежевываясь от институционального измерения проблемы.

2. Трансцендентализм в отечественном юридическом мышлении: причины и следствия

Есть по меньшей мере три признака, по которым юридическое мышление, как мы его опознаем в российском культурном и политическом пространстве, может быть определено как принадлежащее трансцендентальному субъекту, точнее, производимое им. В этой части работы я раскрою данные признаки, дабы подтвердить общий тезис. Надо сказать, для историка культуры описываемый в данной работе случай довольно нетривиален, учитывая, что идеи Канта среди правоведов были популярны разве что до революции 1917 года, да и то весьма относительно, а феноменологию Гуссерля правоведы как не знали ранее, так и не знают до сих пор (ситуацию спасает то, что она де-факто не применима в правоведении). Поэтому кажется, что нет никакого основания прилагать категории классической философии к юристам и тому, чем они занимаются. Но это возражение бьет мимо цели. Чтобы повторять кантианские моменты в мышлении, вовсе не обязательно знать труды кёнигсбергского гения. Моя гипотеза состоит в том, что доля собственно философского влияния на характер мышления юристов невелика, скорее, здесь имеет место некое «стилевое единство» эпохи, вырастающее на перекрестке политики, идеологии и общей стратегии академического поведения, принятой стихийно и бессознательно[1]. Впрочем, обо всем по порядку.

[1] Аналогично рассуждает А.Ю. Мордовцев, по мнению которого «компонентом любой правовой системы (семьи), архитектоническим элементом национального правового менталитета является не само юридическое мышление как способ создания системы логических по природе и юридических по содержанию и социальным функциям категорий, понятий и иных результатов аналитической деятельности, а прежде всего его неповторимый стиль, манера мышления индивидов в правовой плоскости общественных отношений. При этом различные мыслительные структуры юридической науки и практики особым образом встраиваются в совокупность исторически сложившихся в определенном социуме образов, представлений, чувств (юридико-антропологический «портрет»), преломляются

Первым признаком трансцендентализма является, как было сказано, унифицированная нормированность мысли. Правила определения истины не могут меняться, равно как не может меняться и сама истина, плюрализм подозрителен и в общем случае недопустим. Второй признак – отсутствие потребности в рациональной реконструкции истории, поскольку у точно мыслящего субъекта не может быть прошлого, настоящего и будущего – изменение во времени, как и всякое иное изменение, есть возмущение ума. Обратная «сторона медали» – если история не важна, она может быть любой, наскоро и на ходу сочиненной, фальсифицированной, переписываемой с завидной частотой и т.д. В этом смысле претензия на обладание абсолютной истиной идет рука об руку с практиками тоталитарного государства по модификации собственного прошлого, превосходно описанными Дж. Оруэллом в романе «1984». Третий признак трансцендентализма – отсутствие потребности в межсубъектной коммуникации. Это и понятно: единственная истина, добываемая по одним и тем же правилам, не предполагает равноправного обмена информацией. Истина передается строго в одном направлении: сверху вниз, от более компетентного носителя к менее компетентному с отдаленной целью их уравнять или с прозаическими мотивами обеспечить эффективное командное управление. Кантианство, как известно, опиралось на идеологему просвещения, последнее же чрезвычайно далеко от коммуникации в том ее виде, как она понимается сегодня.

Нет нужды приводить многочисленные доказательства того, что советская юридическая наука, осознавая себя стоящей на истинной методологической платформе марксизма-ленинизма, была насквозь трансцендентальна (хотя, естественно, не отдавала себе в этом отчета, да и Канта с его философией не жаловала). Действительно, никогда нормы мышления не делались в ней предметом философского внимания, к своим истокам она относилась с недоверием и подозрением (потому у нас и не было в советское время хороших работ по истории юридической науки), ну а вопросы коммуникации (имеется в виду – с представителями зарубежных исследовательских сообществ) решались в весьма усеченном формате – неугодных авторов не приглашали

через реалии национального политико-правового развития» (Мордовцев А.Ю. Юридическое мышление в контексте сравнительного правоведения: культурантропологические проблемы // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2003. № 2. С. 39). Так что рациональная реконструкция истории юридической науки по необходимости должна агрегировать и психологию, и семиотику (но не строиться на их основе, потому что психологии может и не быть, а закономерности психики есть, семиотика могла быть не изобретена, а знаковые системы существовали всегда, пока существовало человечество и т.п.).

на конференции, не переводили, не знакомили общественность с их достижениями. Их как бы и не существовало. Допущенные же цензурой имена сплошь состояли из невыразительных эпигонов ленинизма-сталинизма от правоведения, их работы давно и прочно забыты, никто сегодня не стремится их цитировать, да и нужды в этом нет никакой.

Причины такого состояния довольно очевидны, если придерживаться правила, что самое простое объяснение есть самое верное. Первая причина – идеологический прессинг, вторая – специфическое отношение к праву со стороны носителей власти. Вспомним: было по крайней мере две тенденции, каждая из которых в свое время навредила правовой науке. Одна тенденция состояла в том, что на право и государство предлагалось смотреть как на буржуазный пережиток, дни которого будут сочтены в самое ближайшее время. К счастью, эта установка вскоре была методично истреблена (что сопровождалось виртуознейшим «диалектическим» лозунгом «отмирание посредством укрепления»[1]). Ей на смену пришла «старая песня» марксистов о том, что право в основном отражает и закрепляет в особой форме экономические, базисные закономерности, характеризующие то, как в обществе производятся и распределяются блага (а также, соответственно, как они включаются в обмен и потребление). С этой парадигмальной установкой спорить было нельзя, ее можно было лишь подвергать некоторому косметическому ремонту, облагораживать и постепенно расширять. С чисто методологической точки зрения здесь наблюдается явный тупик: если право примитивно повторяет экономические отношения, его нужно устранить (по меньшей мере, как объект мысли), поскольку оно лишь усложняет дело, но если мы говорим об «особой форме» (намек на собственные, имманентные закономерности юридической жизни), тогда надо иметь смелость ее противопоставить всем иным закономерностям – и только так возможно обеспечить автономию науки.

Естественно, главной причиной изоляции правовой науки на протяжении всего существования СССР была марксистско-ленинская идеология, весьма своеобразно понимаемая ее адептами и довольно-таки законсервированная. Поскольку идеологическая верность от социальных наук требовалась еще в большей степени, нежели от естественных, что вполне понятно, развитие юриспруденции входило в число контролируемых властью процессов. Но контроль был возможен только в том случае, если все попытки самостоятельного мышления пресекались. Для них марксисты советского извода всегда держали наготове своего

[1] Белых А. К. О диалектике отмирания государства // Советское государство и право. 1963. № 1. С. 13–21.

рода прокрустово ложе в виде грамотно подобранных цитат из основоположников «научного коммунизма». Верность этим цитатам и составляла единственный значимый критерий качества научных исследований. Требовалось признавать единство конечной истины, а значит, и единство метода, ведущего к ней.

Историки будущего, намного более свободные в мировоззренческом смысле, нежели нынешнее поколение, отметят странность такого рода. Если право есть инструмент в руках господствующего класса (де-факто, партии, хотя это не принципиально), то об инструменте не может быть ровно никакого рационального знания (только техническое в обычном смысле слова), следовательно, наука о праве несостоятельна, а ее рекомендации и разработки не имеют под собой реальной основы. Но советская власть не стремилась упразднить юриспруденцию. Казалось, будто юристы-исследователи выполняют весьма важную общественную функцию – разъясняют право (в широком смысле слова), в силу чего статус их оставался сравнительно высоким. Специфика заключалась в том, что значимость юристов исходила в конце концов от политического суверена, а не от самого исследовательского сообщества. Последнее никогда не было автономным, не составляло, грубо говоря, активного элемента гражданского общества. Плоды этой многолетней зависимости от «партии и правительства» мы пожинаем и сегодня. От искусственно навязанного «единственно верного» учения избавиться довольно трудно. Собственно диалектическая его часть не развивалась, будучи прервана еще на Е.Б. Пашуканисе и его коллегах, а материалистическая доктрина в каком-то смысле дошла до наших дней в виде легизма (или нормативизма).

Вообще, благодаря экспериментам, проделанным сначала советской, а потом и новой демократической властью (когда марксизм усиленно делали «немодным» учением), юристы, как представляется, усвоили себе некий дотеоретический рефлекс: существуют какие-то доводы и обстоятельства неправового характера, которые определяют и смысл, и ход развития, и ценности юриспруденции. От этой логики очень трудно отделаться, она проникает во все поры и тонкие места научного дискурса. Приведу весьма красноречивый пример. В своей монографии «Разумность и определенность в правовом регулировании», анализируя симптомы неблагополучия, периодически возникающие в современном праве, известный теоретик Н.А. Власенко пишет, в частности, следующее: «Тенденции расширения сферы «мягкого права» в международно-правовом регулировании и национальном праве вряд ли можно отрицать. Возникает вопрос – не кризис ли это международно-правовой

и внутригосударственной систем? Несомненно, да, ибо в этой ситуации право утрачивает одно из своих важнейших свойств – государственную гарантированность юридических норм, безусловное обеспечение их действия»[1]. О чем говорит нам такая реакция уважаемого ученого? Либо он просто не понимает сути дела, не разобрался в вопросе, кому и зачем требуется мягкое право, и какие преимущества есть на его стороне перед традиционным правовым регулированием, либо его сопротивление носит внутренний, но бессознательный характер. Второй вариант намного более вероятный: невозможность разорвать в сознании онтологическую связь государства и права (по-другому: невозможность допустить автономию юридической деятельности) есть не что иное, как тот же советский трансцендентализм, видящий в безусловности действия права некое самодовлеющее благо и признак разумности (обратное сегодня гораздо легче доказать – но здесь не идет разговор о том, чтобы сопоставлять доказательства, поскольку моносубъектная парадигма и это допускает с великой неохотой). Почему же право разумно тогда, когда неотвратимо его действие, а не тогда, когда оно предлагает «пользователям» более гибкие механизмы согласования множества интересов? Да, эти механизмы сложны и непривычны, но это ли повод записать их по ту сторону рационального? На эти вопросы ответов, конечно, нет. Тут понадобилась бы широкая дискуссия по многим темам сразу – как я говорил уже выше, осознать собственную исторически подвижную субъектность для сообщества отечественных правоведов – задача не из легких.

Вторая иллюстрация господства трансцендентализма в правовой науке будет более обширной. Если в случае с мягким правом мы имеем дело с бессознательным отторжением нового феномена правовой жизни, то в случае с юридификацией, о которой пойдет речь далее, мы сталкиваемся с так называемым «слепым пятном теории», когда вполне очевидное, реально существующее и закономерное явление не распознается в качестве объекта исследования и не включается в предмет обсуждения. Другими словами, наука может не замечать того, над чем, казалось бы, и должна работать – и это не проявление исследовательской небрежности, не инстинктивное отторжение нового, а просто парадигмально обусловленная неспособность видеть.

Если говорить кратко, юридификацией общества следует называть всякий процесс распространения влияния права на социум (в широком смысле слова) или избыточное правовое регулирование, препятствующее нормальному развитию той или иной сферы деятельности (в узком

[1] Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании. М., 2015. С. 25.

смысле слова). Я далее буду говорить только о сверхрегулировании. Для западной науки эта проблема осознана давно и под нее подведена некоторая теоретическая база. Показано, в частности, что избыток права может быть вызван как экономическими, так и социально-психологическими причинами[1], что фактором, усиливающим регрессивные тенденции в правовой системе, является стремление сообщества юристов-практиков к построению замкнутого на себя профессионального языка и системы оценки качества собственной деятельности[2] (в итоге – стремление к изоляции от иных групп влияния), что невозможно воспрепятствовать юридификации, пользуясь только ресурсами самой нормативной системы[3]. Но все мной названное – плоды трудов ученых Запада. В нашей стране концептуальное осмысление юридификации отсутствует почти полностью, редкие работы не в счет[4], потому что на них не последовало никакой реакции сообщества (либо эта реакция есть, но она не содержательна). Но редуцировать всеобщее молчание по поводу указанной проблемы к простому нежеланию представителей науки думать невозможно. Значит, есть более весомые причины. Трансцендентализм – одна из них.

Почему же методологическая установка, доставшаяся в наследство от советских времен, препятствует полноценному осмыслению сверхрегулирования? Потому что, говоря грубо, у исследователей присутствуют две позиции, не соединенные между собой, но равно важные для выработки их собственных взглядов по многим конкретным проблемам. Первая позиция состоит в том, что законодатель, безусловно, разумен и всегда понимает, что делает, когда творит ту или иную норму права. Тогда никакое количество правовых норм не избыточно, если законотворчество не порождает формальных коллизий. Вторая – что законодатель, безусловно, сам не знает, что делает (или, как вариант, плохо понимает, будучи непрофессионалом), и уникальная, неотчуждаемая миссия юриста состоит в том, чтобы объяснять смысл законов как рядовым гражданам, так и тем, кто эти законы создает. В первом слу-

[1] Barton J.H. Behind the Legal Explosion. Vol. 27. No. 3. Stanford Law Review, 1975. P. 567–584.

[2] Bourdieu P. La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique // Actes de la recherche en sciences sociales. 1986. Vol. 64. No. 1. P. 3–19.

[3] Teubner G. Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and welfare law. Berlin: De Gruyter, 1987. P. 390.

[4] См.: Денисенко В.В. Юридификация общества как научная проблема современной правотворческой техники // Юридическая техника. 2012. № 6. С. 159–162 ; Скоробогатов В.Ю. Саморегулирование как свойство правовой системы: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 89–92.

чае свойствами кантианской инстанции наделен тот, кто творит право, а во втором – тот, кто исследует его. Очевидно, соединить эти установки в одном сознании не представляется возможным в силу их неустранимой логической противоречивости. Но дело не в этом, а в том, что такое раздвоение субъектности не приводит к конструктивным результатам. В самом деле, если право есть все то, что издано законодателем (то есть если мы признаем верность общей установки позитивистов), то критика эффективности легислатуры сливается с критикой власти в целом, а власть, в свою очередь, демонизируется (она ведь всегда отчуждена и почти всегда логику ее действий проследить трудно, остается полагать, что власть на стороне зла и насилие – ее главный аргумент). Это бесплодный путь, поскольку ни чему, кроме отвлеченных размышлений на тему «имеет ли народ право на восстание?», не способствует. Собственно говоря, другая крайность – вера в то, что любое правовое регулирование изначально хорошо, и лишь нерадивые исполнители всему виной – тоже абсурдна. Нигилизм, как и идеализм, суть девиации нормального правосознания. Но если эти отклонения имеют место на обыденном уровне, то почему бы им не присутствовать и в иных случаях? Пока трансценденталистская установка господствует в головах исследователей, они неуклонно будут стремиться к одному из двух вариантов – либо апологетике замыслов и намерений законодателя, либо к их тотальной критике, которая уже не есть критика в собственном смысле слова (ибо не концептуальна). Возможно, в некоторых случаях это может быть приемлемым, но поскольку я здесь анализирую лишь одну проблему, то и оценки буду давать в перспективе этой проблемы.

Вообще, споры парадигмального характера отчасти полезны: они не дают шансов какому-либо локальному научному сообществу уверовать в непогрешимость собственных взглядов. В постсоветской юриспруденции наблюдается явный дефицит подобного рода споров. Однако было бы неправдой утверждать, что нормативизму в отечественной науке нет альтернатив. Да, сверхрегулирование, как было показано выше, не воспринимается в виде проблемы в господствующей установке, в силу некоторых мировоззренческих особенностей последней[1]. Но остаются еще две парадигмы, каким-то образом представленные в отечественной теории права: натурализм и либертаризм.

[1] Я бы хотел это подчеркнуть с удвоенной силой, поскольку речь идет о крайне важном моменте: нормативизм беден именно мировоззренчески, но не методологически. Грубо говоря, он располагает всем необходимым инструментарием для проблематизации сверхрегулирования – но упорно не желает этот инструментарий применять. И я не думаю, что дело здесь в верности ученых «бритве Оккама».

Свободны ли они от пороков, унаследованных от советского времени? Имеет смысл дать ответ на этот вопрос – в том числе ради того, чтобы убедиться в относительной, а не абсолютной опасности того кризиса, о котором было сказано выше.

Конечно, парадигма естественного права, признающая верховенство неких принципов, преодолевает крайний нигилизм и не отвергает с порога любой закон, точно так же, как и не одобряет его *a priori*, то есть сохраняет себя от фетишизации нормативных правовых актов. Поскольку закон может быть правовым, а может и не быть, его легитимность (видимо, и эффективность) сильно зависит от соответствия этим базовым принципам. Обеспечить это соответствие дожен сам суверен. Но кто является ответственным за идею и смысл права? Если бы мы задали этот вопрос Фоме Аквинскому, он ответил бы нам в том смысле, что источник правовых принципов – воля Бога, а смысл их призвана разъяснять вселенская Церковь. Но она, по понятным причинам, ошибаться не может – а это-то и настораживает. В эпоху всеобщей секуляризации и агностицизма имплантировать в юридическую науку теологически понимаемую установку было бы почти безнадежным делом. Метафизические же основания естественного права, лишенные религиозного содержания, непонятны вовсе: что есть природа человека самого по себе и почему ей должны соответствовать некие законы общества? – всё выглядит как-то непродуманно, а кроме того, не вполне научно (человек есть производное от общества, и законы целого обеспечивают существование части этого целого, но никаким образом не обязаны соответствовать интересам этой части). Я хочу сказать, что естественно-правовое мировоззрение сохраняет немалую долю трансцендентализма, в силу чего не может быть использовано в целях осмысления актуальных проблем юридической деятельности[1].

[1] Любопытный момент: с точки зрения А.Ю. Дорского, концепция естественного права никогда не опиралась на метафизику человеческой природы – потому что это теоретически невозможно. И у Гоббса, и у Локка внимание сосредоточено на социальных коммуникациях, а не на природных данностях (Дорский А.Ю. Философские основания коммуникативной концепции права // Известия Российского государственного педагогического ун-та им. А.И. Герцена. 2010. № 134. С. 27). От себя тут хочется добавить только одно: в антирелигиозной метафизике, действительно, истолковать природу человека не представляется возможным. Если индивид, например, в марксизме, интерпретируется через сумму общественных связей, в которые он вовлечен (и тем самым превосходит узость собственной индивидуальности), то общество и человек в родовом смысле слова (а это с точки зрения исторического материализма одно и то же) никаких объяснений не имеют, существуя как некий исходный факт. Так и в юридическом натурализме: он хорош, пока позволяет говорить о вещах повседневной реальности, а не о принципах бытия.

Второй (последний) вариант теоретизирования о юридическом мышлении и субъекте, как представляется, наиболее свободен от кантианства, правда, он не существует в виде единой концепции. Я здесь имею в виду коммуникативную теорию права, с одной стороны (И.Л. Честнов, А.В. Поляков и его ученики), и либертарную парадигму – с другой (В.С. Нерсесянц, В.В. Лапаева, Н.В. Варламова). Поскольку в данной работе нет возможности вникать во все тонкости названных учений, отмечу главное. И та, и другая концепции фиксируют расхождение, нетождественность закона и права – и этим в лучшую сторону отличаются от нормативизма. По мнению либертаристов, право есть некий идеал, сконцентрированный в неотчуждаемых правах человека, чьей охраной и соблюдением озабочено сегодня международное сообщество. Содержанием этого идеала является триединство формального равенства, свободы и справедливости[1]. Коммуникативная теория начинает с того, что фиксирует в праве такое свойство, как легитимность, а в обществе – такое условие легитимности права, как взаимное признание[2]. В этом смысле, какими бы ни были правовые принципы, у их истока стоит понятие личности, а их осуществление возможно только посредством диалога, то есть реального человеческого взаимодействия, обсуждения тех или иных решений в сфере политики и права.

Исходя из этого становится очевидным тот критический (в хорошем смысле) потенциал, который имманентно заложен в обе названные теории. Закон, то есть нормативный правовой акт, обладающий высшей юридической силой, вовсе не то же самое, что право, он может быть правовым (и тогда он легитимен и справедлив) или неправовым (тогда он подлежит отмене)[3]. Либертаризм и коммуникативизм расходятся в понимании того, каким образом конституируется правовой идеал, но не противоречат друг другу в части оценки реального правового регули-

---

[1] См. об этом: Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3. С. 3–15 ; Лапаева В.В. Принцип формального равенства как сущностный принцип права // Принцип формального равенства и взаимное признание права: коллективная монография / под общ. ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М., 2016. С. 6–19.

[2] Подробнее об этом см.: Поляков А.В. Признание права и принцип формального равенства // Там же. С. 70–85.

[3] См. об этом: Варламова Н.В. Обеспечение прав человека как критерий эффективности правового регулирования // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: сб. трудов Международной науч. конференции (Воронеж, 2–4 июня 2016 г.). Воронеж, 2016. С. 43–56 ; Лапаева В.В. Либертарно-юридическая догматика как фактор повышения качества и эффективности правового регулирования // Принцип формального равенства и взаимное признание права: коллективная монография / под общ. ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М., 2016. С. 27–35.

рования. Иными словами, только с помощью данных методологических установок за чисто количественной проблемой можно увидеть проблему качественную, специфицировать ее и предложить пути решения. Всё это становится возможным только потому, что и либертарная, и коммуникативная теории права не опираются на интуицию кантовского субъекта[1]. Им гораздо ближе то юридическое познание, которое сложилось на Западе благодаря работам Ю. Хабермаса, П. Бурдьё (но сами эти концепции, что важно, оригинальны в своих онтологических тезисах)[2].

Таким образом, на примере проблемы юридификации мы видим вполне ожидаемую закономерность. Традиционное следование канонам и догмам советского юридического мышления не позволяет тематизировать реально существующие феномены правовой жизни. Отказ от устаревшей парадигмы моментально меняет оптику взгляда, позволяя избыток правового регулирования из плоскости технической перевести в собственно правовую[3]. И здесь мы наблюдаем замечательное единство: сверхрегулирование конечно же нелегитимно с позиции либертаризма (поскольку противоречит неотчуждаемым правам человека – или по меньшей мере затрудняет их реализацию) и неэффективно с позиции коммуникативной теории, поскольку возникает и усиливается по причине существенного дефицита делиберативной демократии в том или ином обществе.

3. Заключение. Перспективы детрансцендентализации дискурса

Итак, выше я постарался продемонстрировать, что трансцендентализм как методологическая установка (вне зависимости от того, отреф-

[1] Как справедливо отмечает И.Л. Честнов, практичность коммуникативной теории права «состоит в антиэссенциализме – в признании того, что реально, фактически существуют люди, их действия и последствия действий, а также значения, приписываемые тем, другим и третьим» (Честнов И.Л. Практическое измерение коммуникативной теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 4. С. 53). Последняя оговорка (о значениях) не просто уместна, но и крайне важна: не будь ее, сторонников коммуникативизма можно было бы упрекнуть в методологическом крене в сторону чистого («ползучего» – как еще недавно выражались наши соотечественники) эмпиризма.

[2] Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: учебник. 2-е изд., испр. и доп. М.: Проспект, 2016. С. 8–109 и примечания к ним.

[3] Сказанное надо понимать следующим образом: если и будет написана теория юридификации общества, то разработчики ее будут придерживаться либо коммуникативизма, либо либертаризма, либо того и другого сразу. Это и есть единственно возможная и корректная форма синтеза – не построение всеобщей интегральной теории права (когда претендуют на то, чтобы говорить обо всем сразу), а поиск комплексного решения реально существующих проблем.

лексирован он или нет) не приносит никакой пользы юридической науке, но может принести немало вреда, затормозив ее развитие. Мышление, выстроенное в кантианском духе, не воспринимает закономерностей опыта, а навязывает опыту свои собственные закономерности. Это чревато негативными последствиями:

– развитие научного познания редуцируется к парадигмальным спорам или уточнению понятийно-категориального аппарата, последний же берется вне всяких связей с правовой практикой;

– нет возможности правильно проблематизировать кризис науки (либо делается упор на когнитивное измерение, либо на логическое, а за пределами остается самое главное – институциональный аспект проблемы: роль самих юристов в этом кризисе);

– отсутствие хорошо разработанных юридических теорий среднего уровня (в том понимании, какое закрепилось за этим термином благодаря работам Р. Мертона). Это вполне объяснимо: в классическом кантианстве точно так же нет и не предполагается обратной связи между эмпирическим субъектом и трансцендентальным, от первого ко второму не поступает никаких сигналов, ни одобряющих, ни порицающих.

Думается, в статье удалось показать (хотя и в максимально сжатой форме), что отечественное юридическое мышление постепенно утрачивает собственно советское наследие, глубоко укоренившееся в самой манере постановки и решения задач. Трудно делать глобальные прогнозы насчет того, в какие сроки сменится парадигма субъектности в правовой науке, тем более, такого рода процессы требуют осознанного и волевого участия реальных людей – от чего автор этих строк не отказывается, признавая и за собой обязанность следовать данной миссии[1]. В целом можно отметить, что императивы актуальности, широты и практичности науки сегодня все же осознаются, и именно под этими лозунгами трансцендентализм будет изжит. В этом смысле, как кажется, не так уж и плох постмодерн, объявивший войну дикта-

[1] Как верно пишет Ю.П. Боруленков, «современная теория юридического познания нуждается в такой категории субъекта, когда он понимается в своей целостности, содержащей не только когнитивные, логико-гносеологические, но и экзистенциально-антропологонравственные, культурно-исторические и социальные качества, участвующие в познании. Эмпирический человек, полностью вытесненный "частичным" гносеологическим субъектом в традиционной теории познания, должен быть возвращен в современное учение о социально-гуманитарном юридическом познании» (Боруленков Ю.П. Юридическое познание (некоторые методологические, теоретические и праксеологические аспекты): монография. М., 2014. С. 5). Со всем сказанным (кроме отождествления реального и эмпирического субъекта) стоит безоговорочно согласиться. Непонятно, правда, можно ли ускорить процесс эволюции правовой науки, но очевидно то, что направление развития известно. Остается только двигаться.

туре логоса. Мы позаимствовали оттуда плюральность мировоззрения, скептицизм по отношению к метанарративам, а теперь пришла пора заимствовать деконструкцию (только ее нужно правильно, методически, понять). Сегодня есть шанс избежать роковой ошибки, от которой предостерегали древние мудрецы, убеждая современников в том, что «на добродетели нельзя спать». В сфере мышления всё точно так же, как в этике: полученное от предыдущих поколений может восприниматься как полезное наследие, но нельзя на этом успокаиваться и полагать, что какие-то способы и формы мысли уже даны нам в универсальном и неизменном виде. В случае с правом это не так, и сама жизнь не устает опровергать самонадеянных «мыслителей». Я почти уверен, что самокритика и саморефлексия в сообществе правоведов будут только возрастать – и именно благодаря этим факторам юриспруденции удастся сохранить и сам научный статус, и ту высокую социальную ценность, которую она завоевала благодаря многовековому стремлению к тому, чтобы идеал добра и справедливости воцарился на земле.

Список литературы:

1. Авакян Т.В. Юридическое мышление в правоприменительном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2006.
2. Андреев Ю.Н. О содержании и форме гражданского правоотношения // Современное право. 2012. № 11.
3. Белых А.К. О диалектике отмирания государства // Советское государство и право. 1963. № 1.
4. Библер В.С. Самостоянье человека. «Предметная деятельность» в концепции Маркса и самодетерминация индивида // URL: http://www.bibler.ru/bim_samostoyanye.html
5. Боруленков Ю.П. Юридическое познание (некоторые методологические, теоретические и праксеологические аспекты): монография / под науч. ред. проф. В.Н. Карташова. М., 2014.
6. Вальденфельс Б. Мотив чужого: сборник / пер. с нем.; науч. ред. А.А. Михайлов; отв. ред. Т.В. Щитцова. Мн., 1999.
7. Варламова Н.В. Обеспечение прав человека как критерий эффективности правового регулирования // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: сб. трудов Международной науч. конференции (Воронеж, 2–4 июня 2016 г.) / редколл.: В.В. Денисенко (отв. ред.), М.А. Беляев. Воронеж, 2016.

8. Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании. М., 2015.
9. Воробьева С.В. История и методология юридической науки: учеб.-методич. пособие. Тамбов, 2014.
10. Денисенко В.В. Юридификация общества как научная проблема современной правотворческой техники // Юридическая техника. 2012. № 6.
11. Дорский А.Ю. Философские основания коммуникативной концепции права // Известия Российского государственного педагогического ун-та им. А.И. Герцена. 2010. № 134.
12. Зиновьев А.А. Логическая социология. М., 2012.
13. Зыков Д.В. Размышления о юридической реальности // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2013. № 6.
14. Кант И. О вопросе, предложенном на премию Королевской Берлинской академии наук в 1791 году: какие действительные успехи создала метафизика в Германии со времен Лейбница и Вольфа? // Сочинения. В 8 т. Т. 7 / общ. ред. А.В. Гулыги. М., 1994.
15. Касавин И.Т. Социальная эпистемология: понятие и проблемы // Эпистемология и философия науки, 2006. № 1.
16. Кроче Б. Теория и история историографии / пер. с ит. И.М. Заславской; послесл. Т.В. Павловой. М., 1998.
17. Лапаева В.В. Либертарно-юридическая догматика как фактор повышения качества и эффективности правового регулирования // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: сб. трудов Международной науч. конференции (Воронеж, 2–4 июня 2016 г.) / редколл.: В.В. Денисенко (отв. ред.), М.А. Беляев. Воронеж, 2016.
18. Лапаева В.В. Принцип формального равенства как сущностный принцип права // Принцип формального равенства и взаимное признание права: коллективная монография / под общ. ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М., 2016.
19. Лобанов А.В. О содержании и формах налогового контроля // Финансы. 2008. № 3.
20. Малахова Л.И. О форме уголовно-процессуальной деятельности и ее содержании // Воронежские криминалистические чтения. 2001. № 2.
21. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012.

22. Мордовцев А.Ю. Юридическое мышление в контексте сравнительного правоведения: культурантропологические проблемы // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2003. № 2.
23. Мотрошилова Н.В. «Социальная эпистемология»: новые проблемы, дискуссии и дихотомии // Ценности и смыслы. 2011. № 5.
24. Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3.
25. Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. М., 2016.
26. Поляков А.В. Признание права и принцип формального равенства // Принцип формального равенства и взаимное признание права: коллективная монография / под общ. ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М., 2016.
27. Семенов В.Е. Доминирующие парадигмы трансцендентализма в западноевропейской философии. М., 2012.
28. Скоробогатов В.Ю. Саморегулирование как свойство правовой системы: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.
29. Сычев А.В. К вопросу о содержании и формах образовательных услуг: теоретико-методологические аспекты // Вестник Университета (Государственный университет управления). 2015. № 12.
30. Фуко М. Археология знания / М. Фуко; пер. с фр. М.Б. Раковой, А.Ю. Серебрянниковой; вступ. ст. А.С. Колесникова. СПб., 2004.
31. Честнов И.Л. Диалогическая антропология права как посткласcический тип правопонимания: к формированию новой концепции // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1.
32. Честнов И.Л. Диалогическая онтология права в ситуации постмодерна // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2001. № 3.
33. Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2002. № 2.
34. Честнов И.Л. Практическое измерение коммуникативной теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 4.
35. Barton J.H. Behind the Legal Explosion // Stanford Law Review. 1975. Vol. 27. No. 3.
36. Bourdieu P. La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique // Actes de la recherche en sciences sociales. 1986. Vol. 64. No. 1.

37. Busch K. Bernhard Waldenfels: Kultur als Antwort // S. Möbius, D. Quadflieg (Hrsg.). Kultur. Theorien der Gegenwart. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Springer, 2011.
38. Douven I. Testing Inference to the Best Explanation. Vol. 130. Synthese, 2002.
39. Frankfurt H. Peirce's Notion of Abduction // Journal of Philosophy. 1958. Vol. 55.
40. Habermas J. Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt a/M., 1992.
41. Niiniluoto I. Defending Abduction // Philosophy of Science. 1999. Vol. 66. P. 436–451.
42. Teubner G. Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and welfare law. Berlin: De Gruyter, 1987.
43. Waldenfels B. Topografie des Fremden. Studien zur Phänomenologie des Fremden I. Frankfurt a/M., 1997.

LEGAL THINKING AND ITS AGENTS IN POST-SOVIET ERA

Belyaev M.A.,
candidate of philosophical sciences, associate professor, Department of Ontology and Theory of Knowledge, Voronezh State University

Abstract: In this article is highlighted the evolution of legal thinking as the change of cognitive agents. There is described two agents that exist in legal discource: transcendental and real (but not empirical). The author claims that the transition period (in Post-Soviet era) in the Russian legal science is marked by the acquisition of real autonomy of real agent in relation to the transcendental.

Keywords: norms of thinking, theory of law, positivism, libertarism, communicative conception of law, jurudufication, overregulation, transcendental principle, social criticism, P. Bourdieu, Ju. Habermas.

Варламова Н.В.,
кандидат юридических наук, доцент,
старший научный сотрудник сектора сравнительного права
Института государства и права РАН

ГЕТЕРАРХИЧНОСТЬ СОВРЕМЕННЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ И ПОСТСОВЕТСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

Аннотация: В статье анализируются современные тенденции в развитии правового регулирования, к которым автор относит его интернационализацию (когда универсальные и региональные международные стандарты все в большей мере определяют содержание национального права) и приватизацию (когда многие отношения упорядочиваются посредством самоорганизации и саморегулирования их участников). Следствием этих процессов является гетерархичность современных правовых систем, в рамках которых отсутствует однозначное соподчинение между различными уровнями регулирования, правовыми нормами, правотворческими и правоприменительными институтами. Данное состояние правового регулирования ставит перед современной теорией права проблемы обоснования действительности права и обеспечения правовой определенности, а также переосмысления основных юридических понятий в транснациональном контексте.

Ключевые слова: правовое регулирование, правовая система, глобализация, интернационализация права, приватизация права, теория права, многосубъектное регулирование, мягкое право, действительность права, толкование права, юридические понятия.

Утверждение, что современное общество коренным образом отличается от общества предыдущих эпох, давно стало общим местом. Чтобы акцентировать те новые черты, которые общество приобрело в течение последних 50–70 лет, его называют обществом эпохи глобализации[1], постмодерна[2] (или даже пост-постмодерна[3]), Второго

[1] См., например: Бек У. Что такое глобализация? М., 2001.

[2] См., например: Ильин И.П. Постмодернизм: от истоков до конца столетия: эволюция научного мифа. М., 1998 ; Его же. Постмодернизм. Словарь терминов. М., 2001.

[3] См., например: Доманска Э. Философия истории после постмодернизма. М., 2010 ; Постнеклассика: философия, наука, культура. СПб., 2009 ; Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 102–103 ; Его же. Поминки по постмодерну, или Здравствуй, постклассика // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 / под ред. А.В. Полякова. СПб., 2012. С. 35–86.

модерна[1], постиндустриальным[2], информационным[3], космополитическим[4] обществом и т.п. Не вдаваясь в обсуждение корректности и адекватности данных характеристик (дело в конечном счете не в терминах), нельзя не признать, что современное общество действительно претерпело существенные изменения, которые затронули все сферы социальной жизни, и право не является исключением. Произошедшие в социуме изменения достаточно неплохо отрефлексированы отечественной гуманитарной наукой (вслед за западной), в том числе и юридической. Однако отечественные юристы, работающие в данном направлении, в большей мере уделяют внимание тем трансформациям, которым в новых условиях подвержено юридическое знание[5], а не собственно правовое регулирование. Между тем представляется, что заявляемая «смена парадигмы» в юриспруденции должна быть результатом не экстраполяции на правовую сферу методологических подходов, утвердившихся во второй половине XX в. в социогуманитарных исследованиях[6],

---

[1] Бек У. Космополитическое общество и его враги // Журнал социологии и социальной антропологии. 2003. Т. VI. № 1. С. 32.

[2] Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования. М., 2004.

[3] См., например: Информационное общество: проблемы развития законодательства. М., 2012 ; Демократические институты в условиях развития информационного общества / под ред. И.Л. Бачило. М., 2014 ; Талапина Э.В. Государственное управление в информационном обществе (правовой аспект). М., 2015.

[4] Бек У. Указ. соч. С. 24–53.

[5] См., например: Поляков А.В. Прощание с классикой, или Как возможна коммуникативная теория права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008 / под ред. А.В. Полякова. СПб., 2009. С. 9–42 ; См., например: Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 4–16 ; Его же. Постклассическое правопонимание. Краснодар, 2010 ; Его же. Постклассическая теория права ; Тимошина Е.В. Классическое и постклассическое правопонимание как стили мышления // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции. К 60-летию Андрея Васильевича Полякова: коллективная монография. Т. 1. Коммуникативная теория права в исследованиях отечественных и зарубежных ученых. СПб., 2014. С. 63–100 ; Алёшин Д.А. Неклассическая рациональность как постмодернистская методология юридических исследований // Вопросы правоведения. 2016. № 1. С. 110–129.

[6] Так, Л.И. Честнов прямо указывает, что «если согласиться с тем, что право – это социальное явление, момент, “сторона” общества, то нельзя не признать правомерным и тезис о том, что методы юридической науки – это трансформация общенаучных методов применительно к исследованию правовой реальности» (Честнов И.Л. Постклассическая теория права. С. 151–152 ; История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Честнова. СПб., 2014. С. 268. Своей задачей он считает «адаптацию современной социально-философской мысли, прежде всего, методологических изысканий, применительно к теории права» (Честнов И.Л. Постклассическая теория права. С. 12).

а теоретического осмысления тех тенденций, которые фиксируются в современном правовом регулировании.

Одной из их является интернационализация (или транснационализация[1]) правового регулирования. Сегодня в условиях глобального разделения труда и активной межгосударственной миграции населения все сложнее становится разделять вопросы, относящиеся к внутреннему делу того или иного государства, и вопросы, представляющие всеобщий или региональный интерес. Повседневная жизнь человека оказывается в зависимости от событий, происходящих на другом конце света. Граждане одного государства, идентифицирующие себя с соответствующим сообществом, все чаще живут и работают за его пределами. Функционирование многих коммерческих и некоммерческих организаций также давно вышло за рамки государственных границ. Коренным образом меняется характер международных отношений; они более не сводятся к межгосударственным и приобретают диффузный характер. Сегодня на международной арене конкурируют и кооперируются друг с другом не только национальные государства, но и множество транснациональных и наднациональных организаций самого разного толка – крупные транснациональные компании, ВТО, Всемирный банк, НАТО, Европейский Союз, Гринпис, Амнистии интернешнл и т.п. Причем негосударственные транснациональные организации иногда действуют даже эффективнее государств и их объединений. В итоге целый ряд процессов экономического, финансового, экологического, социального, политического, военного характера, оказывающих влияние на жизнь населения, находятся вне контроля национальных государств. Формально суверенные государства (причем независимо от их экономической и военной мощи) оказываются неспособны действовать

Постклассическая методология юриспруденции видится ему как «приспособление» к изучению права «наиболее популярных сегодня междисциплинарных направлений, выражающих квинтэссенцию постклассической гуманитарной науки» (Честнов И.Л. Постклассическая теория права. С. 178), таких как социальная феноменология, герменевтика, синергетика, социальный конструктивизм, дискурс-анализ, семиотико-лингвистическая, прагматическая, коммуникативная, антропологическая, диалогическая методологические парадигмы (см.: Честнов И.Л. Постклассическая теория права. С. 170–181 ; История и методология юридической науки. С. 291–350).

[1] Термин «транснациональный» в данном контексте означает «выход» за пределы государственных границ (государственной территории) и государственный юрисдикции и используется как обобщающий для международного и наднационального уровней регулирования. Об их различии см.: Варламова Н.В. Проблемы институционализации наднационального уровня осуществления публично-властных полномочий // Интернационализация конституционного права в условиях глобализации. Труды Института государства и права РАН. 2014. № 6. С. 11–15.

полностью автономно даже в пределах своей территории, и вынуждены считаться с позицией других субъектов международных отношений – национальных государств и транснациональных организаций[1]. Государство во многом утрачивает контроль над своим внутренним правопорядком, поскольку реализация принятых нормативных правовых актов, регулирующих, например, Интернет, налогообложение, борьбу с безработицей или экономическими преступлениями, не может быть обеспечена исключительно находящимися в его распоряжении властными ресурсами. Осознав невозможность индивидуального ответа на вызовы глобализации и признав наличие в мировом пространстве множества разнообразных акторов, государства пересматривают характер международных отношений; сводить их к отстаиванию государственного суверенитета становится бессмысленным. Сегодня государства сотрудничают в целях универсализации мирового порядка (прежде всего – правопорядка), то есть выработки в глобальном или региональном масштабе системы общепринятых правовых стандартов и обеспечения соответствия им множества национальных правопорядков. Для этого помимо традиционного международно-правового сотрудничества (в рамках международных договоров и международных организаций) вырабатываются новые формы взаимодействия.

На региональном уровне возникают наднациональные образования и системы регулирования. На европейском континенте к таковым следует отнести Европейский Союз и систему защиты прав человека, действующую на основе Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод[2]. Решения наднациональных институтов обязательны для государств – членов соответствующих объединений (участников соответствующих договоров) и обладают верховенством по отношению к их внутреннему праву, они непосредственно действуют в рамках национальных правопорядков, порождая права и обязанности не только для государственных органов, но и для частных лиц (на них можно ссылаться в национальных судах), и не требуют специальных внутригосударственных процедур имплементации. Деятельность наднациональных образований распространяется на определенные сферы заинтересованного сотрудничества государств-членов, ими прежде всего выступают регулирование рыночных отношений и обеспечение прав человека, что обусловлено двумя важнейшими проявлениями глобализации – транснационализацией экономики и, как следствие – межгосударственной

[1] См.: Хелд Д. Модели демократии. 3-е изд. М., 2014. С. 483–484.

[2] Собрание законодательства РФ. 2001. № 2. С. 163.

миграцией населения. «В таких областях, как коммерческие контракты и права человека, право стремится стать универсальным языком с местными “диалектами”, а не предлагать картину мира на несоизмеримых, совершенно разных языках»[1], – пишет М. ван Хук.

Как правило, формирование наднациональных образований происходит постепенно, в результате своего рода «перерастания» определенной международной организацией или системой, созданной на базе многостороннего международного договора, своего международно-правового характера. Причем с течением времени государства-участники в значительной мере утрачивают контроль над развитием интеграционных процессов и вынуждены мириться с публично-властной экспансией созданных ими наднациональных органов. Образно говоря, «качество надгосударственности международной организации имеет определенный объем самостоятельного бытия, независимого от первоначальной воли государств – учредителей организации»[2], «в такой степени, что ее творцы обязаны ей подчиняться, но с другой стороны, она никогда до конца не сможет выйти за пределы поля их влияния»[3]. Так, исследователи европейской интеграции отмечают, что если на стадии создания ЕС роль государств была решающей, то затем все большее значение приобрела деятельность институтов ЕС[4]. И сегодня ЕС представляет собой «самоформирующуюся институциональную структуру»[5], которая вышла далеко за рамки изначально задуманного «общего рынка».

Система защиты прав человека, созданная на основании Европейской конвенции, также претерпела существенную эволюцию, и постепенно приобрела наднациональный характер. Конвенцию все чаще рассматривают как основополагающую часть формирующейся «европейской конституции»[6], инструмент европейского публичного

---

[1] Хук ван М. Европейские правовые культуры в контексте глобализации. В честь Андрея Полякова // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: к 60-летию Андрея Васильевича Полякова: коллективная монография. В 2 т. Т. II. Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права. СПб., 2014. С. 12.

[2] Моисеев А.А. Надгосударственность в современном международном праве. М., 2007. С. 185.

[3] Королев М.А. Наднациональность с точки зрения международного права // Московский журнал международного права. 1997. № 2–3. С. 10.

[4] См.: Czaputowicz J. Sovereignty in Theories of European Integration and the Perspective of the Polish Constitutional Tribunal // Yearbook of Polish European Studies. 2014. Vol. 17. P. 28–29.

[5] Бек У. Что такое глобализация? С. 122.

[6] Arnold R. European Constitutional Law: Some Reflectoins on a Concept that Emerged in the Second Half of the Twentieth Century // Tulane European and Civil Law Forum. 1999. Vol. 14.

порядка (*ordre public*), обеспечивающего защиту отдельных лиц[1]. Стандарты, выработанные Европейским Судом по правам человека на основании Конвенции, касаются «всех отраслей права: конституционного, уголовного, гражданского, административного»[2] и оказывают определяющее влияние на развитие национальных правовых систем. Право, созданное Европейским Судом на основании Конвенции, имеет конституционный характер, а сама деятельность Суда все больше приближается к конституционному контролю[3].

Аналогичным образом оценивается и роль Суда ЕС в формировании его правопорядка. Именно с деятельностью Суда ЕС связывают постепенную конституционализацию Европейского Союза. В своей практике Суд ЕС утвердил принципы права ЕС, связывающие как его институты, так и органы власти государств-членов[4]. С самого начала своей деятельности Суд ЕС исходил из того, что учредительные договоры ЕС в отличие от обычных международных договоров создали свою собственную правовую систему, которая стала частью правовых систем государств-членов. Государства-члены ограничили в пользу ЕС свои суверенные права в определенных сферах и создали таким образом право ЕС, обязательное как для них самих, так и для их граждан[5]. Уже в своих первых решениях Суд ЕС обосновал принцип верховен-

P. 49–64 ; Frowein J. Die Herausbildung Europaischer Verfassungsprinzipien // Festschrift Werner Mainofer. 1998. P. 149.

[1] Eur. Court H.R. Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Judgment of 23 March 1995. Series A. No. 310. Para. 93 ; Cyprus v. Turkey, Judgment of 10 May 2001. Para. 78 ; Vlastimir and Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović and Dragan Suković v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom, Decision of 12 December 2001. Para. 80.

[2] Сальвиа де М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004. С. 13.

[3] Там же. С. 39.

[4] См., например: Хольцингер Г. Конституционное государство в Европейском Союзе // Современный конституционализм: вызовы и перспективы: материалы Международной науч.-практ. конференции, посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (Санкт-Петербург, 14–15 ноября 2013 г.). М., 2014. С. 37–41 ; Bartole S. Community Law and National Constitution in the Light of the Italian Experience // European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). European Integration – Constitutional and Legal Reforms. UNIDEM Campus Trieste Seminar. Italy, Trieste, 10–13 September 2007. Strasburg. 4 October 2007. P. 2–3.

[5] См.: Court of Justice: C – 26/62, Van Gend et Loos v. Administratie der Belastingen, Judgment of 5 February 1963. European Court Reports. 1963. P. 12 ; C – 6/64, Costa v. ENEL, Judgment of 15 July 1964. European Court Reports. 1964. P. 593.

ства и прямого действия права ЕС в рамках правопорядков государств-членов[1] и в дальнейшем неизменно придерживается и развивает его. Суд ЕС неоднократно подчеркивал, что право Сообщества имеет верховенство по отношению к праву государств-членов, непосредственно действует в их правовых системах, порождает права и обязанности для частных лиц, которые могут ссылаться на него в национальных судах. При этом национальные суды не могут отказаться применять право ЕС, даже если оно противоречит национальным правовым актам, принятым позднее соответствующих положений права ЕС[2].

Поэтому в отношении государств – членов ЕС в современных условиях сложно говорить о безусловном верховенстве их конституций в рамках национального правопорядка, ибо «национальная конституция обладает значением при исполнении союзного права лишь в той мере, в которой она не воспрепятствует действенному исполнению союзного права». Принято считать, что «основная правовая структура объединенных в Союзе государств определяется “двойной конституцией”, то есть конституционным дуализмом, состоящим из объединения обоих правопорядков, как национального, так и европейского»[3]. Европейский Суд по правам человека также отвергает ссылки на верховенство национальных конституций как основание для отказа от соблюдения требований Конвенции[4]. Наконец, некоторые исследователи предлагают считать Устав ООН конституцией глобального миропорядка[5].

---

[1] См.: Phelan W. Supremacy, Direct Effect and Dairy Products in the Early History of European Law // European University Institute Working Papers. Law. 2014/11. P. 1–17.

[2] См., например: Court of Justice: C – 26/62, Van Gend et Loos v. Administratie der Belastingen, Judgment of 5 February 1963 ; C – 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuht – und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel, Judgment of 17 December 1970 ; C – 48/71, Commission of the European Communities v. Italian Republic, Judgment of 13 July 1972 ; C – 6/90, C – 9/90, Andrea Francovich and lanila Bonifaci and Other v. Italian Republic, Judgment of 19 November 1991.

[3] Хольцингер Г. Конституционное государство в Европейском Союзе. С. 40–41.

[4] Eur. Court H.R. The Socialist Party and Others v. Turkey, Judgment of 25 May 1998. Para. 47 ; Anchugov and Gladkov v. Russia, Judgment of 4 July 2013. Paras. 48–52.

[5] См.: Fassbender B. The United Nations Charter as Constitution of the International Community // Columbia Journal of Transnational Law. 1998. Vol. 36. P. 529, 533–534; 552, 567–568 ; Fassbender B. UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective. Hague; Boston, P. 86–87 ; Dupuy P.-M. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited // Max Planck Yearbook of United Nation Law. 1997. Vol. 1. P. 1, 19 ; Macdonald. R. St.J. The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective // Australian Yearbook of International Law. 1999. Vol. 20. P. 205–206 ; Peters A. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures // Leiden Journal of International Law. 2006. Vol. 19. P. 579.

Таким образом, граница между международным и внутренним правом постепенно размывается, а национальная конституция перестает быть единственным и безусловным основанием национального правопорядка; «каждая национальная конституция более не учреждает отдельный нормативный *универсум*, скорее созданный на ее основе правопорядок представляет собой элемент нормативного *плюриверсума* (*pluriversum*)»[1]. Национальные правовые системы утрачивают свою специфику и автономность, они находятся в сложных отношениях взаимозависимости с другими национальными, наднациональными и международными правопорядками. Принципы верховенства закона и свободы парламента в формулировании его содержания уходят в прошлое. Законотворческая деятельность сегодня находится под судебным контролем, который осуществляется как на национальном, так и на наднациональном уровне.

И если ранее конституционный (верховный) суд страны обеспечивал единство национального правопорядка, то теперь он вынужден лавировать между различными правопорядками, под юрисдикцию которых подпадает поставленный перед ним вопрос, стремясь вынести решение, согласующееся с каждым из них.

Общая направленность правового развития определяется сегодня международными стандартами. Универсальность определенных правовых норм и принципов нивелирует специфичность национальных условий, по крайней мере, порождает обязанность надлежащего обоснования необходимости отступления от них в рамках конкретного правопорядка[2]. Национальные конституции и законодательные акты при таком подходе рассматриваются как конкретизация общих принципов права в условиях данного государства, а потому их толкование и применение не может происходить без учета этого общего контекста и всего разнообразия его национальных интерпретаций. Национальные суды исходят из наличия норм, принципов и ценностей, выходящих за рамки национальных юрисдикций, в связи с чем их интерпретация судами одного государства может быть использована в практике судов других стран[3]. В последнее время все большее распространение

[1] Bogdandy von A. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law // International Journal of Constitutional Law (I·CON). 2008. Vol. 6. No. 3–4. P. 401.

[2] См.: Ramraj V.V. Comparative Constitutional Law in Singapore // Singapore Journal of International and Comparative Law. 2002. Vol. 6. No. 1. P. 329–332 ; Тзен-Та Ли Д. Толкование актов о правах человека: значение сравнительного подхода // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 3 (60). С. 176–177.

[3] См.: Ramraj V.V. Op. cit. P. 304.

получает практика ссылок в обоснование принимаемого судебными органами решения на прецеденты, созданные в рамках иных национальных (наднациональных) юрисдикций.

В ряде случаев между этими судами имеются определенные институциональные связи. Они существуют между наднациональными судебными органами и национальными судами государств – участников соответствующих международных договоров. Наиболее отчетливо они выражены в Европейском Союзе. Суды государств-членов непосредственно применяют право ЕС и в случае необходимости могут в преюдициальном порядке запрашивать мнение Суда ЕС относительно толкования Договоров ЕС, а также действительности и толкования актов ЕС (ст. 267 Договора о функционировании Европейского Союза, ст. 23, 23bis Протокола о Статуте Суда Европейского Союза)[1].

В рамках Конвенции о защите прав человека и основных свобод аналогичную процедуру предусматривает Протокол № 16 к ней от 2 октября 2013 г[2]., в соответствии с которым высшие суды и трибуналы[3] государств-участников в связи с находящимся в их производстве делом могут запросить у Европейского Суда по правам человека заключение по принципиальным вопросам, связанным с толкованием и применением прав и свобод, предусмотренных в Конвенции и Протоколах к ней (ст. 1). Такие заключения не являются обязательными для национальных судов (ст. 5). Данный протокол не вступил в силу. Однако и в отсутствие этой процедуры при разрешении конкретных дел национальные суды принимают во внимание позицию Европейского Суда по правам человека. Как высшие судебные органы, так и суды низших инстанций используют правовые позиции, выработанные Европейским Судом для обоснования принимаемых ими решений, в том числе и в виде прямых ссылок на них[4].

Европейский Суд также учитывает практику национальных судов. Например, в решении по делу Претти против Соединенного Королевства он согласился с позицией Палаты лордов, рассматривавшей дело

---

[1] Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М., 2013. С. 349, 431–432.

[2] Protocol No 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom. CETS No. 214.

[3] В данном случае имеются в виду высшие судебные и квазисудебные органы, в частности высшие инстанции в системе административной юстиции.

[4] См., например: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и Протоколов к ней» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 8.

заявительницы, и воспроизвел многие положения из ее решения[1], а Палата лордов, в свою очередь, основывала свое решение[2] на детальном анализе практики Европейского Суда по правам человека и решении Верховного суда Канады по аналогичному делу[3].

Достаточно активно суды учитывают подходы, выработанные другими судебными органами (как национальными, так и наднациональными), и в отсутствие между ними каких-либо формальных взаимосвязей, а иногда даже и культурно-исторической общности. Так, конституционные суды Австрии и Чехии нередко обращаются к решениям Федерального конституционного суда Германии. В решениях Федерального конституционного суда Германии отсылки к правоприменительной практике других стран часто встречаются в завуалированном виде, не подкрепленные прямыми цитатами[4]. Верховный суд Зимбабве в обоснование того, что телесные наказания взрослых людей образуют жестокое и необычное наказание, а телесные наказания несовершеннолетних являются неконституционными, сослался на решение Европейского Суда по правам человека[5]. В 2002 г. Британский Тайный совет, рассматривая дело Рейес против Королевы, признал, что приговор к смертной казни не соответствует Конституции Белиза, сославшись при этом на решения, принимавшиеся судебными органами Австралии, Канады, Гайаны, Ямайки, Индии, острова Маврикий, ЮАР, Великобритании, США, а также Европейским Судом по правам человека и Межамериканской комиссией по правам человека[6]. Верховный суд США в 2003 г. впервые для подкрепления своей позиции сослался на решение Европейского Суда по правам человека[7].

Исследователи отмечают, что подходы, выработанные Европейским Судом по правам человека, оказали существенное влияние на практику

---

[1] Eur. Court H.R. Pretty v. the United Kingdom, Judgment of 29 April 2002. Paras. 14–15, 54, 64, 66, 73–74.

[2] The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party). Judgment of 29 November 2001.

[3] Rodriguez v. Attorney General of Canada [1994] 2 LRC 136.

[4] См.: Шульце-Филиц Х. Сравнительное конституционное право – улица с односторонним движением? На примере соблюдения принципа человеческого достоинства в биомедицинских исследованиях // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 4 (49). С. 85.

[5] State v. Ncube, 2 S. Afr. L. Rep. 702 (1988) (Zimb.). Eur. Court H.R. Tyrer v. the United Kingdom, Judgment of 25 April 1978. Series A. No. 26.

[6] Reyes v. The Queen, [2002] 2 A. C. 235, [2002] 2 W.L.R. 1034 (P.C.)

[7] Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). P. 577.

других наднациональных и международных органов по защите прав человека, в частности Межамериканского суда по правам человека и Комитета ООН по правам человека[1]. В свою очередь, Европейский Суд по правам человека при формировании своих правовых позиций учитывает не только право Европейского Союза (в том числе и практику Суда ЕС), которым связано большинство участников Конвенции, и решения контрольных органов, созданных в рамках ряда конвенций ООН, но иногда ссылается и на решения Межамериканской комиссии по правам человека и Межамериканского Суда по правам человека[2].

К иностранной международной и наднациональной судебной практике обращаются, чтобы выявить идеи, принципы и концепции, лежащие в ее основе, и понять таким образом, почему суды других стран в определенных ситуациях приходят к тому или иному решению. Эти знания способны вызвать у судьи рефлексию относительно собственной правовой системы. Иностранная судебная практика выступает здесь как источник идей для определения направлений, в которых должна развиваться национальная правовая система. Знакомство с иностранным правом и особенностями его функционирования помогает осознать, что национальные социокультурные условия не столь уж специфичны, чтобы отказаться от следования общепринятым стандартам. Иностранная судебная практика в данном случае выполняет роль внешнего стимула, побуждающего к переосмыслению собственных подходов к решению аналогичных проблем. Она срабатывает как катализатор эволюции национальной правовой системы, предполагающий адаптацию ее к особенностям принципов и доктрин, выработанных в рамках иных правопорядков[3]. Так, Сандра Дей О'Коннор, судья Верховного суда США, в особом мнении по делу Роупер против Симмонса отметила, что существование международного консенсуса по определенному вопросу может служить подтверждением разумной необходимости достижения такого

[1] Merrills J.G. The Development of International Law by the European Court of Human Right. 2nd ed. New York, 1993. P. 18–19.

[2] См., например: Eur. Court H.R. Vlastimir and Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović and Dragan Suković v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom, Decision of 12 December 2001. Paras. 22–24, 78 ; Lexa v. Slovakia, Judgment of 23 September 2008. Paras. 97–98 (в данном постановлении Европейский Суд сослался также и на решение Специального суда по Сьерра-Леоне (п. 99)) ; Opuz v. Turkey, Judgment of 9 June 2009. Paras. 83–86 ; Zontul v. Greece. Application no. 12294/07. Judgment of 17 January 2012. Para. 65.

[3] См.: Тзен-Та Ли Д. Толкование актов о правах человека: значение сравнительного подхода. С. 167, 172–173, 175.

же согласия в самой Америке, хотя и не должно быть основанием судебного решения[1]. А судья Стивен Брейер в особом мнении по делу Принтз против Соединенных Штатов, согласившись с тем, что Верховный суд занимается толкованием Конституции Америки, а не конституций других стран, и что система организации власти в каждой стране имеет свои политические и структурные особенности, тем не менее подчеркнул, что опыт других государств способен пролить свет на возможные последствия различных решений общей юридической проблемы[2].

Второй тенденцией современного правового регулирования (которая, впрочем, достаточно тесно увязывается с первой) является профессионализация и приватизация права[3]. Среди сопутствующих глобализации явлений исследователи называют мультипликацию субъектов правотворчества и разгосударствление правовых режимов[4]. Сегодня целый ряд отношений упорядочивается посредством самоорганизации и саморегулирования их участников, а содержание соответствующих актов определяется узким кругом экспертов и малопонятно неспециалистам. Прежде всего это касается тех сфер деятельности, которые носят трансграничный характер (например, Интернет, транснациональные корпорации) и соответствующее регулирование осуществляется как на национальном, так и на международном уровне. Оно приобретает разнообразные формы: корпоративные кодексы поведения (*corporate codes of conduct*) и стандарты лучшей практики ("*best-practice self-regulation model*"), разнообразные технические и финансовые стандарты (*technical and financial standard-setting*)[5], правила сертификации продукции и услуг, различные неофициальные кодификации (например, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Йорк-Антверпенские правила об общей аварии 2004 г., Принципы Ландо о европейском договорном праве (PECL) и т.п.

В разработке таких регулятивных инструментов участвуют различные организации – частные компании, в том числе транснациональные, международные организации, национальные и международные

[1] Roper v. Simmons, 543. U.S. 551. 125 S. Ct. 1183 (2005). P. 1215–1216.

[2] Printz v. United States, 521 U.S. 898, 117 S. Ct. 2365 (1997). P. 976.

[3] См., например: Büthe T., Walter M. New Global Rules: The Privatization of Regulation in the World Economy. Princeton, 2011.

[4] См., например: Robilant di A. Genealogies of Soft Law // The American Journal of Comparative Law. 2006. Vol. 54. No. 3. P. 500.

[5] См., например: Руководство EASA по созданию организации саморегулирования. Практические рекомендации по созданию и развитию системы саморегулирования рекламы. EASA, 2008 // URL: http://easa-alliance.org/sites/default/files/Guide%20to%20Setting%20Up%20an%20SRO%20 (2008)%20-%20Russian%20version.pdf

неправительственные организации, представляющие интересы потребителей различных товаров и услуг, наемных работников и иных лиц, заинтересованных в безопасности, в том числе экологической, соответствующей деятельности. Транснациональные компании участвуют в установлении правил и стандартов, определяющих их деятельность, или присоединяются к уже существующим кодексам и хартиям, часто соглашаясь на определенные обременения, поскольку это способствует легитимации их деятельности среди потребителей и общества в целом. Нередко в процесс саморегулирования вовлекаются и государственные органы, ответственные за ту или иную сферу, тогда формируются так называемые гибридные (государственно-частные) режимы или системы со-регулирования (*co-regulation*)[1].

На транснациональном уровне формируются разнообразные системы многосубъектного регулирования (*multi-stakeholder regulation*)[2], то есть регулирования, осуществляемого совместно различными заинтересованными организациями (государствами, частными корпорациями, неправительственными организациями национального и международного уровня, отдельными лицами (прежде всего – экспертами) и другими социальными акторами) на основе взаимовыгодного партнерства с целью создания благоприятной международной среды для устойчивого экономического и социального развития[3]. Потребность в таком регулировании возникает в связи с тенденциями к ослаблению государственных систем регулирования, усилению позиций транснациональных корпораций и их влияния на социально-экономические процессы, возрастанию требований, предъявляемых институтами гражданского общества в отношении новых механизмов обеспечения корпоративной ответственности[4]. Многосубъектное

[1] См., например: Демин А.В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования. М., 2016. С. 18, 121.

[2] В литературе акцентируется различие между многосубъектным (multi-stakeholder) и многосторонним (multi-lateral) регулированием. Под последним в международном праве традиционно понимается участие в установлении правил нескольких государств (типичный пример – многосторонние международные договоры), в то время многосубъектное регулирование предполагает вовлеченность в него разнообразных субъектов. См., например: Ефремов А.А. Оценка регулирующего воздействия как инструмент повышения эффективности правового регулирования в международных организациях // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: сб. трудов Международной науч. конференции (Воронеж, 2–4 июня 2016 г.). Воронеж, 2015. С. 404.

[3] См.: Pigman G.A. The World Economic Forum. A Multi-stakeholder Approach to Global Governance. London–New York, 2007.

[4] O'Rourke D. Multi-stakeholder Regulation: Privatizing or Socializing Labor Standards? // World Development. 2006. Vol.34. No. 5. P. 899.

регулирование явилось своего рода реакцией на растущее осознание того, что кодексы поведения, которые в одностороннем порядке разрабатывались и применялись компаниями, обеспечивали довольно слабое регулирование и часто в большей мере были направленны на поддержание связей с общественностью, чем на существенное улучшение социальных и экологических показателей деятельности. Появление многосубъектного регулирования также отражает произошедшее изменение в соотношении социальных сил, в частности, рост давления со стороны неправительственных организаций и потребителей, и является следствием формирования концепции «хорошего управления», которая подчеркивает значимость сотрудничества и партнерства[1].

Многие международные организации ориентируют своих членов на развитие многосубъектного регулирования. Например, в Рекомендации Комитета министров Совета Европы CM/Rec (2016) 5 о свободе в Интернете[2] в качестве одного из индикаторов должного уровня уважения существующих стандартов обеспечения прав человека и основных свобод в данной сфере устанавливается требование, чтобы законы и политика в отношении Интернета разрабатывались государственными органами в рамках инклюзивного и транспарентного процесса, который позволяет участвовать в нем всем заинтересованным сторонам

[1] См.: Böstrom V. Regulatory Credibility and Authority through Inclusiveness: Standardization Organizations in Case of Ecolabelling // Organization. 2006. Vol. 13. Issue 3. P. 345–367 ; King A., Lenox M. Industry Self-regulation without Sanctions: The Chemical Industries Care Program // Academy of Management Journal. 2000. Vol. 43. No. 4. P. 698–716 ; Spar D.L., La Mure L.T. The Power of Activism: Assessing the Impact of NGOs on Global Business // California Management Review. 2003. Vol. 45/3. P. 78–101 ; Utting P. Regulating Business Via Multi-stakeholder Initiatives: A Preliminary Assessment. Prepared for the UNRISD Project on Business Responsibility for Sustainable Development Under the Programme Area Technology, Business and Society // Voluntary Approaches to Corporate Responsibility: Readings and a Resource Guide by the UN Non-Governmental Liaison Service (NGLS) and UNRISD Geneva, Switzerland, May 2002 // URL: http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/ (httpAuxPages) /35F2BD0379CB6647C-1256CE6002B70AA/$file/uttngls.pdf ; Utting P. Rethinking Business Regulation. From Self-regulation to Social Control. Technology, Business and Society. Programme Paper No. 15. United Nation Research Institute for Social Development. 2005 // URL: http://www.unrisd.org/80256B-3C005BCCF9/ (httpAuxPages)/F02AC3DB0ED406E0C12570A10029BEC8/$file/utting.pdf ; Mele V., Schepers D.H. E Pluribus Unum? Legitimacy Issues and Multi-stakeholder Codes of Conduct // Journal of Business Ethics. 2013. Vol. 118. Issue 3. P. 561.

[2] Recommendation CM/Rec (2016) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Internet Freedom. Adopted by the Committee of Ministers on 13 April 2016 at the 1253rd Meeting of Ministers' Deputies // URL: https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016806415fa. О многосубъектном регулировании сферы Интернета см., например: Savage J.E., McConnell B.W. Exploring Multi-Stakeholder Internet Governance. The East West Institute. New York, 2015 // URL: https://www.eastwest.ngo/sites/default/files/Exploring%20Multi-Stakeholder%20Internet%20Governance_0.pdf

(*all stakeholders*), включая частный сектор, гражданское общество, научное и техническое сообщества (п. 1.4 Приложения к Рекомендации).

Корпоративное саморегулирование и многосубъектное регулирование принято относить к так называемому мягкому праву (*soft law*)[1]. Данный термин изначально возник для обозначения инструментов гармонизации законодательства государств – членов Европейского Союза в тех областях сотрудничества, которые не охватываются правом ЕС, имеющим прямое действие (так называемый открытый метод координации)[2], и ряда положений международного права, содержащихся в резолюциях, рекомендациях и коммюнике различных международных организаций[3]. Мягкое право известно как в международном публичном, так и международном частном праве[4], где к нему принято относить *lex mercatoria*[5]. Позднее термин «мягкое право» стал использоваться и применительно к внутригосударственному регулированию[6].

Формально мягкое право не является юридически обязательным, на него напрямую (как на единственное основание притязаний) нельзя ссылаться в национальных, наднациональных и международных судах. Однако нормы мягкого права оказывают на соответствующие отношения реальное (а часто и определяющее) регулятивное воздействие. Принято считать, что нормы мягкого права не снабжены санкциями[7],

---

[1] См.: Демин А.В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования ; Scott C. Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance // Journal of Law and Society. 2002. Vol. 29. P. 56 ; Moran V. The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation. Oxford, 2003.

[2] Trubek M., Trubek L. Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination // European Law Journal. 2005. Vol. 11. Issue 3. P. 343–364 ; Senden L. Soft Law in European Community Law. Oxford; Portland Oregon, 2004. P. 111–113 ; Snyder F. Soft Law and the Institutional Practice in the European Community // The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël / ed. by M. Stephen. Dordrecht; Boston–Landon, 2010. P. 112, 198.

[3] См.: Mörth U. Introduction in Soft Law in Governance and Regulation. Cheltenham, UK – Northampton, 2004.

[4] См.: Велижанина М.Ю. Мягкое право: его сущность и роль в регулировании международных отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

[5] Robilant di A. Genealogies of Soft Law // The American Journal of Comparative Law. 2006. Vol. 54. No. 3. P. 500–501.

[6] См.: Демин А.В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования. С. 148–156.

[7] А.В. Демин определяет мягкое право как «совокупность формализованных общих положений (норм, принципов, критериев, стандартов), которые не имеют юридически обязательного характера, не обеспечены официальными санкциями и соблюдаются добровольно в силу авторитета их создателей, заинтересованности адресатов и целенаправ-

но это не совсем так. Следование нормам мягкого права обеспечивается благодаря взаимной заинтересованности в их соблюдении, а также за счет различных форм социального давления, осуществляемого участниками соответствующих отношений. Эти формы социального давления, обеспечивающие контроль за соблюдением согласованных правил, выявление и наказание их нарушителей, институционализированы, достаточно разнообразны и весьма эффективны. Они включают такие институты и процедуры, как глобальные соглашения между транснациональными корпорациями и профсоюзами, наблюдательные органы неправительственных организаций, специальные общественные омбудсмены, механизмы сертификации продукции и услуг, мониторинг состояния дел и регулярное предоставление отчетов, репутационная ответственность («огласка и порицание» *("name and shame"*) и формирование «черных списков» компаний-нарушителей), потребительские бойкоты. В последние годы активно развиваются системы контроля, основанные на подаче жалоб (*complaints-based systems*), и «транснациональные судебные и квазисудебные разбирательства» ("*transnational litigation*")[1].

Нельзя утверждать, что у мягкого права отсутствует «правило признания» (в терминологии Г. Харта)[2], и даже более узко – «правило признания официальными лицами государства»[3]. Государство вынуждено считаться с корпоративным саморегулированием, в ряде случаев принимает в нем участие (многосубъектное регулирование) и иногда обеспечивает реализацию таких правил мерами государственного принуждения. Показательным примером является практика «удобного флага», когда государство предлагает услуги по регистрации морских судов, принадлежащих другим странам, под своим флагом с целью снижения издержек международного мореплавания. Фактически регистрация судов осуществляется частными компаниями, обычно находящимися за пределами государства, предоставляющего флаг. Такие компании

ленного социального "давления", которое оказывает на потенциальных (и фактических) нарушителей соответствующее сообщество» (См.: Демин А.В. Указ. соч. С. 88). Данное определение в целом вполне корректно, но только если понимать термины «юридическая обязательность» и «официальные санкции» исключительно в духе классического легизма, восходящего к Дж. Остину.

[1] См. подробнее: Фогельсон Ю.Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе // Журнал российского права. 2013. № 9. С. 46–48 ; Utting P. Regulating Business Via Multi-stakeholder Initiatives: A Preliminary Assessment.

[2] См.: Харт Г.Л.Ф. Понятие права. СПб., 2007. С. 104–121.

[3] Фогельсон Ю.Б. «Мягкое право»: коммуникативный подход // Демин А.В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования. С. 5.

объединяются в международные ассоциации, которые вырабатывают общие правила регистрации судов и стандарты безопасности, согласовывают с международными объединениями профсоюзов моряков условия найма команды. Они также сотрудничают с администрациями портов различных государств и координируют с ними системы проверки соблюдения международно признанных стандартов, ведение компьютерных баз данных и применение санкций в виде задержания судов. Здесь жесткое и мягкое, частное и публичное, национальное и международное право оказываются тесно переплетены и в совокупности обеспечивают однонаправленное регулятивное воздействие: государственную функцию осуществляют частные компании, они же и регулируют соответствующую деятельность на международном уровне посредством мягкого права (выработанных экспертами и согласованных между компаниями и профсоюзами стандартов и правил), за нарушение которого власти различных государств применяют весьма жесткие санкции[1].

Действительность многосубъектного регулирования проистекает из его легитимности и эффективности. Легитимность определяется инклюзивностью и транспарентностью процесса регулирования. Инклюзивность предполагает вовлечение в регулирование всех заинтересованных субъектов и поддержание между ними подлинно партнерских отношений, основанных на уважении компетенции и культуры каждого из участников, обоснованном распределении функций, способности вести открытый диалог в целях согласования устанавливаемых правил. Безусловно, различные субъекты играют неодинаковую роль в процессе регулирования и обладают разным влиянием на его ход и результаты. Это зависит от типа субъектов (государственные или частные организации, национальные или международные, специалисты и эксперты, выступающие в личном качестве и т.п.), их влиятельности в рамках соответствующей экономической или социальной сферы отношений, объема ресурсов (финансовых, информационных, временных, интеллектуальных и т.п.), которые они готовы затратить на участие в принятии решений. Транспарентность процесса регулирования призвана демонстрировать участникам справедливость распределения между ними влияния и издержек.

Эффективность многосубъектного регулирования определяется его способностью достигать поставленных целей, то есть обеспечивать надлежащее (устойчивое и сбалансированное) упорядочение соответству-

[1] См. подробнее: Picciotto S. Constitutionalizing Multilevel Governance? // International Journal of Constitutional Law (I·CON). 2008. Vol. 6. No. 3–4. P. 463–465 ; а в более общем плане: Murphy D.D. The Structure of Regulatory Competition: Corporations and Public Policies in a Global Economy. Oxford, 2004. P. 45–71.

ющей сферы отношений. Эффективность зависит, среди прочего, от скорости достижения соглашений и их конкретности, то есть способности оказывать реальное регулирующее воздействие, что может вступать в определенные противоречия с легитимностью, поскольку повышение уровня вовлеченности субъектов в процесс регулирования и его транспарентности неизбежно ведет к определенным задержкам в принятии решений и делает их менее определенными. Все эти аспекты необходимо учитывать при определении институциональных параметров многосубъектного регулирования конкретных сфер отношений[1].

Распространение многосубъектного регулирования в различных сферах отношений свидетельствует о переходе от классической модели регулирования, основанной на командах и контроле (*command-and-control model of regulation*), к новой системе, когда негосударственные акторы участвуют не только в реализации, но и в определении публичной политики. В англоязычной литературе это обозначается как *shift from government to governance*[2]. Буквально данное словосочетание плохо переводимо на русский язык. Но суть этого сдвига заключается в том, что новая система слагается из совокупности различных способов, посредством которых отдельные лица и учреждения, государственные и частные, управляют своими общими делами. Она представляет собой непрерывный процесс, в ходе которого согласуются конфликтующие или разнонаправленные интересы и принимаются совместные меры, и включает формальные институты и режимы, обладающие полномочиями для обеспечения реализации достигнутых соглашений, а также неформальные договоренности, которые соблюдаются в силу того, что отвечают интересам соответствующих лиц и институтов[3]. Эта система включает различные виды

---

[1] См. подробнее: Vallejo N., Hauselmann P. Governance and Multi-stakeholder Processes. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, Manitoba, 2004 // URL: https://www.iisd.org/pdf/2004/sci_governance.pdf

[2] См., например: Mayntz R. From Government to Governance: Political Steering in Modern Societies // Governance of Integrated Product Policy / ed. by Scheer D., Rubik F. Aizlewood Mill: Greenleaf Publishing, 2006. P. 18–25 ; Mele V., Schepers D.H. E Pluribus Unum? Legitimacy Issues and Multi-stakeholder Codes of Conduct // Journal of Business Ethics. 2013. Vol. 118. Issue 3. P. 561 ; Haufler V. A Public Role for the Private Sector. Washington, 2001 ; Haufler V. New Form of Governance: Certification Regimes as Social Regulations of the Global Market // Social and Political Dimensions of Forest Certification / ed. by Elliott C., Meidinger E., Oesten G. Remagen-Oberwinter: Forstbuch, 2003. P. 237–247 ; Pattberg P. The Institutionalization of Private Governance: Haw Business and Nonprofit Organizations Agree on Transnational Rules // Governance. 2005. Vol. 18. Issue 4. P. 589–610.

[3] Burger D., Mayer C. Making Sustainable Development a Reality: The Role of Social and Ecological Standards // Deutsche Gesellschaft für Technische Zuzammenarbeit (GTZ). Eschborn, 2003. P. 50.

регулирования: традиционное государственное регулирование, государственно-частное со-регулирование, корпоративное саморегулирование и многосубъектное регулирование[1]. Она рассматривается как модель зарождающегося «сетевого управления» (“*networked governance*”)[2].

Таким образом, в формирование современных правовых систем вовлечен широкий круг субъектов – национальные государства и международные организации и их органы, наднациональные институты (в том числе суды), неправительственные организации национального и международного уровня (в том числе – профсоюзы), частные компании (в том числе транснациональные) и их объединения, экспертные сообщества и отдельные специалисты и т.п. Все они в той или иной мере участвуют в правотворчестве и правоприменении, и их взаимоотношения в этих процессах не являются не только иерархически организованными, но даже и четко скоординированными. Государство продолжает играть в правовом регулировании весьма значимую роль, но уже не всегда определяющую. Оно вынуждено считаться с иными субъектами данного процесса и не может безусловно претендовать на определение форм и пределов их участия в нем.

В современном глобальном обществе складывается значительный массив права, действие которого не обеспечивается государством и не ограничивается государственной территорией. Это право, «индифферентное к суверенитету и территориальным границам»[3], представляет собой полицентричную систему[4]. Формируется «глобальный правовой универсум»[5], который, однако, отнюдь не отличается универсальностью, если исходить из того, что она предполагает определенную согласованность. Напротив, современное состояние правового регулирования может быть охарактеризовано как «глобальный беспорядок нормативных порядков»[6]. Сегодня субъекты права одновременно под-

---

[1] См.: Haufler V. New Form of Governance: Certification Regimes as Social Regulations of the Global Market. P. 237–247.

[2] Bäckstrand K. Multi-stakeholder Partnership for Sustainable Development: Rethinking Legitimacy, Accountability and Effectiveness // European Environment. 2006. Vol. 16. Issue 5. P. 290–306.

[3] Фогельсон Ю.Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе // Журнал российского права. 2013. № 9. С. 50.

[4] См.: Bell T.W. Polycentric Law // Humane Studies Review. Winter 1991/92. Vol. 7. No. 1 // URL: http://osf1.gmu.edu/~ihs/w91issues.html

[5] Rosenfeld M. Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism // International Journal of Constitutional Law (I·CON). 2008. Vol. 6. No. 3–4. P. 420.

[6] См.: Walker N. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders // International Journal of Constitutional Law (I·CON). 2008. Vol. 6. No. 3–4. P. 373–396.

чинены множеству взаимодействующих и пересекающихся правовых режимов, причем права и обязанности, которыми они обладают в рамках каждого из них, могут существенным образом разниться и противоречить друг другу.

В самом общем виде все те изменения, которые правовое регулирование претерпевает в условиях глобализации, могут быть описаны как «дестабилизация традиционной нормативной иерархии»[1]. Современному правовому регулированию присущ «гетерархичный характер». Это означает, что «признание деятельности легитимной в соответствии с какой-либо одной системой норм редко является безусловным, оно может быть обойдено или поставлено под сомнение посредством обращения к другой системе норм. Различные виды наднационального и субнационального права создают сложные взаимосвязи между множеством правотворческих и правоприменительных институтов на различных уровнях. Это предполагает как конкуренцию, так и координацию. Между разными, но взаимосвязанными регулятивными сетями возникают различные типы сцеплений, однако их калейдоскопический характер затрудняет достижение полной согласованности»[2]. Это дает частным лицам, как физическим, так и юридическим, возможность лавировать между разными юрисдикциями, выбирая наиболее удобную из них[3].

Право все более приобретает циркулярную, сетевую структуру. Циркулярность – это взаимозависимость и взаимодействие «между лицами и органами внутри правовой системы в процессе производства и легитимации права»[4]. Современные правовые системы не имеют линейной структуры и четкой иерархии. Они представляют собой сложное единство «переплетающихся циркулярностей», «запутанной иерархии», «странных петель» и лучше описываются понятием сети[5]. Здесь упор делается на взаимодействии между различными уровнями правовой системы, «когда верхний уровень спускается к нижнему и воздействует на него, в то время как сам определяется этим самым нижним уровнем»[6]. В рамках такой модели структура правой системы не образует иерархию, «где высшие элементы определяют низшие. Ее следует

[1] Picciotto S. Constitutionalizing Multilevel Governance? P. 461.

[2] Ibid.

[3] Braithwaite J., Drahos P. Forum-shifting and Contests of Principles // Global Business Relation. Cambridge, 2000. P. 564.

[4] Хук ван М. Право как коммуникация. СПб., 2012. С. 153.

[5] Там же. С. 156–157.

[6] Kerchove M., Ost van de F. Legal System between Order and Disorder. Oxford, 1994. P. 69 ; Цит. по: Хук ван М. Указ. соч. С. 152.

рассматривать как сеть взаимоотношений, производящих значения с большей или меньшей вероятностью “истины”»[1].

Таким образом, традиционные представления о правопорядке как о единой иерархически организованной системе норм, установленных (санкционированных) государством и обеспечиваемых (в случае необходимости) исходящим от него принуждением, которые продолжают доминировать в отечественной теории права, больше не является адекватными правовой реальности. Современное состояние правового регулирования нуждается в ином теоретическом осмыслении.

Отечественную теорию права все еще продолжают характеризовать как постсоветскую, несмотря на значительный период времени, прошедший после ее отказа от марксистско-ленинской идеологии, по крайней мере, в качестве единой и единственно допускаемой идеологической и философской базы. И для этого есть основания. После семи десятилетий изолированного развития отечественная теория права с трудом осваивает существующее многообразие представлений о праве и достаточно плохо ориентируется в нем. Показательно, что самыми востребованными сегодня являются легистские и этатистские интерпретации права, наиболее близкие по содержанию к советской правовой доктрине. Они, однако, неспособны объяснить новое состояние правового регулирования, и потому или просто его игнорируют, становясь все более оторванными от правовой реальности, или пытаются ему противостоять, рассматривая новые тенденции в развитии права как негативные явления, которые должны быть преодолены.

Сторонники новых, сформировавшихся уже в постсоветский период концепций права, базирующихся на неклассической рациональности, впадают в другую крайность, утверждая, что в современном (постмодернистском) обществе право претерпевает коренные изменения, отказывается от присущих ему базовых принципов, таких как формальная определенность, рациональность, когерентность, всеобщность, универсальность и даже нормативность[2], утрачивает свою *differentia specifica* и растворяется среди других социальных явлений[3].

---

[1] Хук ван М. Указ. соч. С. 157.

[2] В своем внимании к единичному и особенному, в попытках учесть все многообразие личностных проявлений каждого человека в уникальных социокультурных контекстах, сторонники неклассической рациональности объявляют «“тиранию нормы” репрессивной в отношении “цветущего многообразия” социокультурного опыта» (Смирнова Н.М. Рациональность социального знания: когнитивный нормативизм и стратегии интерпретации // Рациональность на перепутье. В 2 кн. Кн. 1. М., 1999. С. 213).

[3] См., например: Честнов И.Л. Постклассическая теория права ; Стовба А.В. О перемене сущности, или «Что есть» право в эпоху постметафизики // Правоведение. 2008. № 1. С. 157–164.

Представляется, что транснационализация правового регулирования и порождаемая ею гетерархичность современных правовых систем ставят перед юридической наукой и практикой ряд серьезных проблем, решение которых, однако, не требует пересмотра сущностных оснований права и превращения его в свою противоположность.

Прежде всего это проблема обоснования действительности права. Данная проблема является едва ли не главной в теоретической юриспруденции. В рамках классического легизма она решается посредством так называемого теста на происхождение. Заслуга его обоснования принадлежит Дж. Остину, утверждавшему, что право – это приказ суверена своим подчиненным, то есть требование должного поведения, исходящее прямо или опосредовано от лица или группы лиц, осуществляющих высшую суверенную власть в рамках определенного политического сообщества[1]. Многие философы права считают тест на происхождение самым оригинальным и важным в юридическом позитивизме[2]. В неолегистских (нормологических) концепциях права упор делается на соподчиненность правовых норм: их иерархическую организацию, восходящую к постулируемой основной норме, у Г. Кельзена[3]; взаимосвязь первичных и вторичных правил у Г. Харта[4]. Все эти концепции исходят из единства и государствоцентричности правопорядка (правовой системы) и плохо работают в условиях их денационализации и гетерархичности.

Современные концепции права, признающие его циркулярность и сетевую структуру, например, коммуникативная концепция М. ван Хука[5], проблему юридического обоснования действительности правовых норм считают несущественной. Правовая система, по мнению М. ван Хука, нуждается в социальной легитимации, то есть признании со стороны внешних ей систем. При этом такая легитимация имеет «плюралистическое измерение», то есть «различные типы (совокупности) правил и принципов будут требовать различных типов легитимации: моральной, политической, экономической и т.п. Некоторые будут требовать содержательную легитимацию, для других может оказаться вполне достаточно формальной легитимации»[6].

---

[1] Austin J. The Province of Jurisprudence Determined and the Study of Jurisprudence. 1832. P. 11.

[2] См., например: Murphy J., Coleman J. Philosophy of Law. Boulder, 1990. P. 22. См. также: «Не является правом то, что не дает ответа на вопрос о происхождении своего нормативного характера и не способно к такому ответу!» (Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 47).

[3] См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве / пер с нем. М.В. Антонова, С.В. Лёзова. 2-е изд. СПб., 2015. С. 240–342.

[4] Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 84–103.

[5] См.: Хук ван М. Указ. соч. С. 57–58, 152–157.

[6] Там же. С. 251.

Однако в данном случае нарушается один из важнейших, основополагающих принципов права – принцип правой определенности. Принцип правовой определенности предполагает стабильность правового регулирования и существующих правоотношений, что позволяет их участникам быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, приобретенных прав и обязанностей. Он требует, чтобы правовые нормы были сформулированы с достаточной степенью точности и конкретности и применялись единообразно, поскольку это позволяет людям сообразовывать с ними свое поведение, предвидеть в разумных пределах и применительно к конкретным обстоятельствам те последствия, которые оно может повлечь за собой[1]. Если закон (иной источник права) предоставляет властям некоторую свободу усмотрения, он должен достаточно четко определять пределы и способы осуществления дискреционных полномочий и обеспечивать адекватную защиту от их произвольного осуществления[2].

В контексте коммуникативной интерпретации права М. ван Хука правовой определенности места не находится, точнее – она получает весьма своеобразное переосмысление. Здесь предпочтение отдается «*конкретизированной справедливости*, учитывающей специфические характеристики конкретного случая, а не общей справедливости, дающей широкие и всегда одинаковые определения во всех случаях, поддерживая “равенство” и “юридическую определенность”»[3]. Здесь «отбрасывается традиционная оппозиция между “равенством” и “общей справедливостью”, с одной стороны, и между “индивидуальной справедливостью” и “конкретизирующей справедливостью” – с другой. Юридическая определенность более не рассматривается как некое теоретическое предсказание юриста о том, как будет применяться правило вне зависимости от конкретных условий казуса. Определенность пра-

[1] См.: Eur. Court H.R. The Sunday Times v. the United Kingdom, Judgment of 26 April 1979. Series A. No. 30. Para. 49 ; Olsson v. Sweden, Judgment of 24 March 1988. Series A. No. 130. Para. 61 ; Grigoriades v. Greece, Judgment of 25 November 1997. Reports. 1997-VII. Para. 37 ; Larissis and Others v. Greece, Judgment of 24 February 1998. Reports. 1998-I. Para. 40 ; Rekvenyi v. Hungary, Judgment of 20 May 1999. Reports. 1999-III. Para. 34 ; Steel and Others v. the United Kingdom, Judgment of 23 September 1998. Reports. 1998-VII. Para. 54 ; Baranowski v. Poland, Judgment of 28 March 2000. Para. 52 ; Jecius v. Lithuania, Judgment of 31 July 2000. Para. 56 ; Stasaitis v. Lithuania, Judgment of 21 June 2002. Para. 67 ; Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003. Para. 57.

[2] См.: Eur. Court H.R. Müller and Others v. Switzerland, Judgment of 24 May 1988. Series A. No. 133. Para. 29 ; Ezelin v. France, Judgment of 26 April 1991. Series A. No. 202. Para. 45 ; Margareta and Roger Andersson v. Sweden, Judgment of 25 February 1992. Series A. No. 226-A. Para. 75 ; Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003. Para. 57.

[3] Хук ван М. Указ. соч. С. 279.

вила измеряется в том, как средний гражданин обычно представляет себе правило (или его интерпретацию) на основании своего обывательского знания о нем, о юридических и моральных принципах, соединенных с разумностью и здравым смыслом. При такой интерпретации "правовая определенность" не противоречит более "индивидуальной справедливости"»[1]. Определенность, позволяющая предсказывать, как будет применяться правило, в рамках данной концепции не рассматривается как значимая характеристика права, выражающая его сущность и обеспечивающая ему социальную легитимацию.

Однако и при такой трактовке правового регулирования (полностью нивелирующей его специфику) преодоление иерархии оказывается мнимым. Отказ от иерархического структурирования правовой системы и требования соответствия норм нижестоящего уровня вышестоящим, правоприменительных решений – нормативным предписаниям ведет к развитию свободных методик толкования права. Одной из них является теория толкования известного французского конституционалиста М. Тропера, которую он сам называет реалистической, а Е.В. Тимошина вполне обоснованно характеризует как волюнтаристскую[2]. Отрицая нормативную иерархию в рамках национальной правовой системы, М. Тропер утверждает, что конституция, по сути, «является системой органов, наделенных полномочием совместного определения своей собственной компетенции... В этой системе разные органы осуществляют определенные властные полномочия, вследствие чего разграничение между конституцией и подчиненными ей актами практически не имеет никакого смысла»[3]. Судебные и несудебные органы для применения конституции должны ее сначала истолковать, а значит, и как бы «воссоздать», при этом они, по мнению М. Тропера, связаны «не какими-либо юридическими нормами, а исключительно системой властных отношений, в которых они принимают участие»[4]. Подлинным автором нормы является тот, кто ее толкует[5], а подлинным толкованием

[1] Хук ван М. Указ. соч. С. 279.

[2] См.: Тимошина Е.В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера // Вестник РУДН. Серия «Юридические науки». 2016. № 2. С. 50–60.

[3] Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4. С. 176–177.

[4] Там же. С. 179.

[5] Эта идея во многом перекликается со знаменитым постмодернистским концептом «смерти автора» Р. Барта, когда любой текст всегда рассматривается как написанный «здесь и сейчас»; он создается заново при каждом новом прочтении, потому что источник его смысла лежит исключительно в интерпретациях читателя, а так называемый подлинный, изначаль-

нормы является то, которое нельзя оспорить[1]. «Если акт толкования исходит от властного органа, прямо или косвенно уполномоченного на толкование, и если этот акт не может быть оспорен в другом властном органе, то такое толкование является обязательным и полностью встраивается в истолкованный текст, который впредь может применяться только в том смысле, который был выявлен в ходе толкования. И тогда утверждение, согласно которому некий акт толкования является истинным, не основано на истинном смысле; напротив, именно акт толкования, исходящий от правомочного органа, позволяет установить, какой смысл является истинным»[2], – заявляет он. Таким образом, иерархию норм М. Тропер заменяет иерархией властей[3].

Именно стремление установить такую иерархию и занять в ней верхнюю позицию и наблюдается в современном «нормативном плюриверсуме». Так, утверждение Судом ЕС принципа верховенства и прямого действия права Европейского Союза в правопорядках государств-членов, по сути, представляло собой обоснование им собственной монополии на его толкование. И сегодня в конечном счете именно Суд ЕС решает, что представляет собой европейское право[4]. Суд ЕС считается основным механизмом конституционализации Европейского Союза, обеспечивающим существование коммунитарного права как автономного наднационального правопорядка[5].

При этом Суд ЕС не признает прямое действие в рамках Европейского Союза права Всемирной торговой организации. Принимая во

ный смысл, вложенный в него писателем (Р. Барт умышленно говорит именно о писателе, а не об авторе) обнаружить невозможно. См.: Барт Р. Смерть автора // Барт Р. Избранные работы: Семиотика. Поэтика. М., 1994. С. 384–391 ; Береснева Н.И., Кокарева Е.А. Развитие идеи «смерти автора» // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. В 2 ч. Ч. I. № 10 (24). Тамбов: Грамота, 2012. С. 34–37.

[1] См.: Тропер М. Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 16–18.

[2] Тропер М. Свобода толкования конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4 / под ред. А.В. Полякова. СПб., 2012. С. 193.

[3] «Можно сказать, что согласно реалистической теории толкования нормативная иерархия отражает иерархию властей» (Тропер М. Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 18).

[4] Court of Justice: C – 314/85, Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Oct, Judgment of 22 October 1987. Paras. 11–20.

[5] См., например: Танчев Е. Классические и современные проблемы теории и практики учредительной власти // Современный конституционализм: вызовы и перспективы: материалы Международной науч.-практ. конференции, посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (Санкт-Петербург, 14–15 ноября 2013 г.). С. 60.

внимание характер и структуру договоров, заключенных в рамках ВТО, Суд ЕС полагает, что они, в принципе, не относятся к числу правил, в свете которых он оценивает законность мер, предпринятых институтами ЕС[1]. Только если ЕС выразит намерение обеспечить выполнение отдельных обязательств, принятых им на себя в рамках ВТО, или когда мера, предусмотренная правом ЕС, очевидно отсылает к определенным положениям соглашений, заключенных в рамках ВТО, Суд проверяет законность данной меры в свете соответствующих правил ВТО[2]. Суд ЕС постановил, что в национальных судах нельзя ссылаться на несовместимость законодательства ЕС с правилами ВТО даже в том случае, когда такая несовместимость была признана Органом по разрешению споров, созданным в рамках ВТО, компетенция которого выносить заключения в отношении ЕС признана Советом ЕС[3].

Кроме того, Суд ЕС неоднократно признавал проекты соглашения о присоединении Европейского Союза к Конвенции о защите прав человека и основных свобод не совместимыми с учредительными договорами ЕС. В частности, в последнем своем заключении он указал, что условия, на которых такое присоединение должно было произойти,

---

[1] Court of Justice: C – 149/96, Portuguese Republic v. Council of the Union, Judgment of 23 November 1999. Para. 47 ; C – 307/99, OGT Fruchthandelsgesellschaft mbH v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, Order of 2 May 2001. Para. 24 ; C – 27/00 and C – 122/00, The Queen and Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions v. Omega Air Ltd, Aero Engines Ireland Ltd, Omega Aviation Services Ltd, Judgment of 12 March 2002. Para. 93 ; C – 76/00 P, Petrotub SA and Republica SA v. Council of the European Union, Judgment of 9 January 2003. Para. 53 ; C – 93/02, Biret International SA v. Council of the European Union, Judgment of 30 September 2003. Para. 52 ; C – 377/02, Léon Van Parys NV v. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB), Judgment of 1 March 2005. Para. 39.

[2] Court of Justice: C – 149/96, Portuguese Republic v. Council of the Union, Judgment of 23 November 1999. Para. 49 ; C – 93/02, Biret International SA v. Council of the European Union, Judgment of 30 September 2003. Para. 53 ; C – 377/02, Léon Van Parys NV v. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB), Judgment of 1 March 2005. Para. 40.

[3] Court of Justice (Grand Chamber): C – 377/02, Léon Van Parys NV v. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB), Judgment of 1 March 2005. Para. 54. Следует отметить, что многие государства признают право ВТО частью своей правовой системы. В частности, Российская Федерация, посредством специального Протокола присоединившись к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г., тем самым имплементировала его и право ВТО в целом (многосторонние торговые соглашения, прилагаемы к Марракешскому соглашению) в свою правовую систему (см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 9 июля 2012 г. № 17-П по делу о проверке конституционности не вступившего в силу международного договора Российской Федерации – Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации (п. 2.1, 2.3 мотивировочной части) // Собрание законодательства РФ. 2012. № 29. Ст. 4169). Причем в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ право ВТО имеет в России большую юридическую силу по сравнению с законами.

«подрывают автономию права ЕС» (п. 194. 197, 199, 200, 234). Решения Европейского Суда по правам человека, полагает он, не могут связывать Европейский Союз и его институты при осуществлении ими своих полномочий, и в частности, при толковании права ЕС (п. 184). Только Суд ЕС обладает исключительной юрисдикцией в отношении любых споров между государствами-членами и государствами-членами и ЕС по поводу соблюдения Конвенции (п. 204) и исключительными полномочиями по окончательному толкованию права ЕС в свете прав, гарантированных Конвенцией (п. 246)[1].

Аналогичной позиции придерживается и российский Конституционный Суд. В Постановлении от 6 декабря 2013 г. № 27-П[2] он указал, что судам следует исходить из того, что права и свободы человека и гражданина, закрепленные Конституцией РФ, – это, по существу, те же права и свободы, которые признаны Конвенцией о защите прав человека и основных свобод. Поэтому перед судом может встать вопрос о конституционности законоположений, повлекших нарушение соответствующих положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод в их интерпретации Европейским Судом по правам человека (п. 3 мотивировочной части). И если суд придет к выводу о невозможности исполнения постановления Европейского Суда по правам человека без признания не соответствующими Конституции РФ законоположений, относительно которых ранее Конституционный Суд РФ констатировал отсутствие нарушения ими конституционных прав заявителя в конкретном деле, он правомочен приостановить производство и обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности этих законоположений (п. 1 резолютивной части).

В постановлении от 14 июля 2015 г. № 21-П[3] Конституционный Суд РФ отметил, что взаимодействие европейского и конституцион-

---

[1] European Court of Justice. Opinion 2/13 of 18 December 2014. См. также: Łazowski A., Wessel R.A. The European Court of Justice Blocks the EU's Accession to the ECHR/ 8 January 2015 // URL: http://www.ceps.eu

[2] Постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2013 г. № 27-П по делу о проверке конституционности положений статьи 11 и пунктов 3 и 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Президиума Ленинградского окружного военного суда // Собрание законодательства РФ. 2013. № 50. Ст. 6670.

[3] Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П по делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского

ного правопорядка невозможно в условиях субординации, поскольку только диалог между различными правовыми системами является основой их надлежащего равновесия, и, признавая фундаментальное значение европейской системы защиты прав и свобод человека, он готов к поиску правомерного компромисса ради поддержания этой системы, *но определение степени своей готовности он оставляет за собой* (курсив авт. – *Н.В.*), поскольку границы компромисса в данном вопросе очерчивает именно Конституция РФ (п. 6 мотивировочной части). Ни Конвенция о защите прав человека и основных свобод, ни основанные на ней правовые позиции Европейского Суда по правам человека, содержащие оценки национального законодательства либо касающиеся необходимости изменения его положений, не отменяют для российской правовой системы приоритет Конституции РФ и потому подлежат реализации в рамках этой системы только при условии признания высшей юридической силы именно Конституции РФ (п. 2.2 мотивировочной части). Постановление Европейского Суда по правам человека, не может быть исполнено Российской Федерацией в части возлагаемых на нее мер индивидуального и общего характера, если толкование нормы международного договора, на котором основано это решение, нарушает соответствующие положения Конституции РФ (п. 3 мотивировочной части). Гармонизация российского права с конвенционным, толкование и применение которого осуществляются Европейским Судом по правам человека в процессе рассмотрения конкретных дел, допустима лишь постольку, поскольку она не порождает противоречий с Конституцией РФ. Российская Федерация обязана обеспечивать в рамках своей правовой системы верховенство Конституции РФ, что вынуждает ее в случае возникновения каких-либо коллизий в этой сфере отдавать предпочтение требованиям Конституции и тем самым не следовать буквально постановлению Европейского Суда в случае, если его реализация противоречит конституционным ценностям (п. 4 мотивировочной части). Если постановление Европейского Суда, вынесенное по жалобе против России, основано на толковании положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, приводящем к их противоречию с Конститу-

процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // Собрание законодательства РФ. 2015. № 30. Ст. 4658.

цией РФ, такое постановление не может быть исполнено (п. 5.3 мотивировочной части, п. 1 резолютивной части).

В целях реализации постановления Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П был принят Федеральный конституционный закон от 14 декабря 2015 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О Конституционном Суде Российской Федерации”»[1]. Теперь федеральный орган исполнительной власти, наделенный компетенцией по защите интересов Российской Федерации при рассмотрении в межгосударственном органе по защите прав и свобод человека жалоб, поданных против Российской Федерации на основании международного договора, если он придет к выводу о невозможности исполнить вынесенное против Российской Федерации решение вследствие того, что в части, обязывающей Российскую Федерацию к принятию мер по его исполнению, оно основано на положениях международного договора в истолковании, предположительно приводящем к их расхождению с Конституцией РФ, вправе обратиться в Конституционный Суд РФ для решения вопроса о возможности исполнения данного решения межгосударственного органа по защите прав человека (ст. 104.1 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации). Конституционный Суд РФ проверяет возможность исполнения решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека с точки зрения основ конституционного строя Российской Федерации и установленного Конституцией РФ правового регулирования прав и свобод человека и гражданина (ст. 104.3). В случае если Конституционный Суд РФ принимает постановление о невозможности полностью или в части исполнения решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека, какие-либо действия (акты), направленные на исполнение соответствующего решения в Российской Федерации, не могут осуществляться (приниматься) – ст. 104.4.

Предусмотренный порядок контроля за возможностью исполнения решений Европейского Суда на деле преследует цель обеспечения не столько верховенства Конституции РФ, сколько исключительности полномочий Конституционного Суда РФ по ее толкованию. Данный вывод подтверждает и анализ содержания первого постановления Конституционного Суда РФ, принятого в порядке реализации его нового полномочия. В Постановлении от 19 апреля 2016 г. № 12-П по делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского

[1] Собрание законодательства РФ. 2015. № 51 (Ч. I). Ст. 7229.

Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации[1] Конституционный Суд предложил достаточно взвешенную и убедительную аргументацию своей позиции относительно возможных вариантов исполнения решения Европейского Суда, которая вовсе и не требовала придания ей формы признания невозможным исполнения данного решения в определенной его части.

Задаваясь вопросом, «является ли акт толкования действительным в силу своего содержания (например, если он раскрывает истинное значение текста) либо, наоборот, в силу того, что он исходит от компетентного органа (независимо от своего содержания»[2], М. Тропер делает выбор в пользу второй альтернативы. Однако в условиях глобализирующегося и взаимозависимого мира попытки выстраивания властных иерархий и притязания на безусловную и исключительную юрисдикцию в какой-либо сфере отношений непродуктивны и ведут к опасной конфронтации. Наилучшие позитивно-правовые решения различных юридических проблем можно найти только в процессе «транссудебной коммуникации», которая развивается между судами различных стран, на различных уровнях и в разнообразных формах[3]. И основанием действительности того или иного правового решения может быть только его содержание. Поиск и согласование на содержательном уровне общих подходов к решению аналогичных правовых проблем, возникающих в рамках разных юрисдикций, и составляет суть современной юридической практики. Представляется, что только таким образом может быть обеспечена правовая определенность в условиях гетерархичности правовых систем. Основанием для достижения содержательного консенсуса выступают общие принципы права, а адекватной теоретической базой для этого может стать либертарная концепция права, утверждающая наиболее формальное, абстрактное, а потому и универсальное его понимание. Гарантируя свободу и формальное равенство всех участников социального взаимодействия, право в его либертарном понимании позволяет конституировать максимально абстрактный и формализованный социальный порядок, в рамках которого в равной мере и в определенных пределах (обеспечивающих возможность их сосуществования) признаются и защищаются различные

[1] Собрание законодательства РФ. 2016. № 17. Ст. 2480.

[2] Тропер М. Свобода толкования конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4 / под ред. А.В. Полякова. СПб., 2012. С. 197.

[3] Slaughter A-M. A Typology of Transjudicial Communication // University of Richmond Law Review. 1994. Vol. 29. P. 99–137.

моральные и религиозные системы социальной регуляции. Необходимая в условиях глобализации универсализация социального порядка, осуществляемая на таких основах, не повлечет за собой уничтожение культурно-цивилизационного разнообразия человечества и позволит всем сообществам, вовлеченным в современные интеграционные процессы, сохранить свою национальную, культурную, религиозную, языковую и т.п. идентичность.

Вторая проблема, которую предстоит решать постсоветской юриспруденции – это преодоление ее провинционализма. В условиях глобализации постепенно «рушится структура основных принципов, на которых до сих пор организовывались и жили общества и государства, представляя собой *территориальные, отграниченные друг от друга единства*». Мир больше не является совокупностью сообществ, замкнутых в рамках того или иного пространства. Люди получают «возможность жить и действовать одновременно здесь и там». Причем «жить в одном и том же населенном пункте уже не значит жить сообща, а жить сообща уже не значит жить в одном и том же населенном пункте»[1], и даже в одном государстве. Складывается все больше ситуаций, «когда люди, живущие изолированно от своих соседей, в то же время включаются в развитые связи, простирающиеся через континенты». Все это позволяет говорить о детерриторизации социальной, экономической и политической жизни[2].

Поэтому в социогуманитарном знании глобализация «поднимает фундаментальные вопросы переопределения понятий». Она требует отказаться от провинциального взгляда на социальные явления. Теоретическая интерпретация различных социальных понятий больше не может осуществляться исключительно исходя из локального опыта. «Методологический национализм» должен уйти в прошлое[3]. Социальная жизнь во многом «денационализируется», выходит за границы национальных государств. Отсюда и понятия, посредством которых она описывается, должны учитывать изменившийся социальный формат взаимодействия. Традиционные государственно ориентированные теоретические конструкции уже не могут выполнять свою объяснительную функцию, во многом превращаясь в понятия-зомби – пустые термины, оперируя которыми социальные науки оказываются слепыми в быстро меняющемся мире. Новая социальная реальность. В том числе и правовая, должна быть переосмыслена в «детеррито-

[1] Бек У. Что такое глобализация? С. 45, 56, 133.

[2] Бек У. Космополитическое общество и его враги. С. 40, 36, 44.

[3] Там же. С. 29, 36.

ризованных транснациональных понятиях»[1]. «Опыт, который больше не является только локальным, должен подвергаться проверке и развиваться с помощью разума, а разум, который призван преодолевать локальную ограниченность, должен выдерживать проверку опытом»[2].

Любое теоретическое обоснование правовых принципов, понятий, конструкций должно опираться на сравнительно-правовые исследования в целях их верификации (фальсификации) и в целом преодоления своей «провинциальности», национальной обособленности и ограниченности, подтверждения подлинной всеобщности теоретических построений. Ведь «правовые понятия существуют как наднациональные обобщения, преобразующие эмпирические данные форм национального позитивного права (включая и обычное право, и судебную практику) в абстрактные категории, составляющие элементы права как научной системы»[3].

Сегодня и правовая практика, и правовая наука становятся все более космополитичными, и «теория права как теоретическая часть правоведения должна откликнуться на эти вызовы»[4]. У. Твайнинг называет три вызова традиционной теории права, которые актуализирует глобализация:

«а) ставятся под сомнение так называемые теории “черного ящика”, в рамках которых национальные государства, общества, правовые системы и правопорядки рассматриваются как замкнутые, непроницаемые для внешних воздействий среды сущности, которые могут быть исследованы в изоляции от всего остального;

б) ставится под сомнение идея, согласно которой научно-теоретическое исследование права и сама правовая теория могут быть ограничены двумя типами правопорядка: внутригосударственное право, с одной стороны, и международное публичное право, понимаемое как отношения между суверенными государствами, – с другой;

в) ставится под сомнение адекватность большинства современных концептуальных основ и терминологии правового дискурса (как в рам-

---

[1] Бек У. Космополитическое общество и его враги. С. 32, 43.

[2] Pound R. Introduction // The Civil Law System: Case and Materials for the Comparative Study of Law. 2nd ed. / ed. by A. von Mehren, J. Gordley. Boston, MA. 1977. P. viii. Цит. по: Франкенберг Г. Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3948. С. 72.

[3] Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. 2007. № 1 / под ред. Д.В. Дождева. СПб., 2008. С. 26.

[4] Твайнинг У. Общая теория права // Российский ежегодник теории права. 2011. № 3 / под ред. А.В. Полякова. СПб., 2011. С. 238.

ках различных форм “правового разговора”, так и в рамках различных форм “разговора о праве”) в том, что касается дискуссий о правовых явлениях, связанных с судоговорением, традициями и культурами»[1].

Традиционная замкнутость теории права на национальную правовую систему была следствием ее стремления ориентироваться на практику; теперь именно такая ориентация требует космополитического подхода[2]. Сегодня каждый национальный правопорядок связан с целым рядом других национальных, наднациональных и международных правопорядков, причем их нормы в ряде случаев имеют в нем непосредственное действие и создают права и обязанности как для самого государства, так и для частных лиц. Деятельность наднациональных судебных органов (Суда ЕС, Европейского Суда по правам человека) все чаще уподобляется конституционному контролю[3], а это значит, что национальные власти должны учитывать в своей практике ту интерпретацию, которую наднациональные суды дают общепринятым юридическим понятиям.

Наиболее показательна в этом плане выработанная Европейским Судом по правам человека система так называемых автономных понятий. Юридически значимым понятиям и терминам, используемым в Конвенции о защите прав человека и основных свобод (таким как «суд», «гражданские права и обязанности», «уголовное обвинение», «наказание», «государственная служба», «собственность», «объединение», «политическая партия», «частная и семейная жизнь» и др.), Европейский Суд придает самостоятельное («автономное») значение, которое порой отличается по содержанию и объему от значения аналогичных понятий во внутреннем праве того или иного государства. Соответствующие юридические конструкции Европейский Суд не воспринимает формально, согласно установлениям национального законодательства, а дает им содержательную интерпретацию, исходя из общего смысла и цели Конвенции – эффективной защиты прав человека, а также объективной природы соответствующих отношений[4].

---

[1] Твайнинг У. Указ. соч. С. 238.

[2] Там же. С. 263–264.

[3] См., например: Сальвиа де М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. С. 39 ; Танчев Е. Классические и современные проблемы теории и практики учредительной власти. С. 60.

[4] См., например: Eur. Court H.R. De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, Judgment of 18 June 1971. Series A. No. 12. Para. 78 ; Le Compte, van Leuven and De Meyere v. Belgium, Judgment

Кроме того, в национальной правотворческой и правоприменительной практике необходимо учитывать, каким образом те или иные юридические институты функционируют в других странах, поскольку наднациональные судебные органы исходят из того, что значительные отклонения в правоприменительной практике отдельных государств должны быть особенно тщательно обоснованы, чтобы исключить предположение об ошибочности избранного решения. Так, Европейский Суд по правам человека неоднократно подчеркивал, что свобода усмотрения, которой пользуются государства при обеспечении прав, гарантируемых Конвенцией, лицам, находящимся под их юрисдикцией, среди прочего, зависит от достигнутого единообразия регулирования соответствующих отношений во внутреннем праве государств-участников. Если государство не следует какому-либо общему стандарту, по поводу которого существует «европейский консенсус», оно должно предоставить особо убедительное обоснование своей позиции[1].

Поэтому сегодня одной из ключевых задач теории права «является артикуляция значения и критическая оценка всех предпосылок, а также большинства рабочих понятий правовых дискурсов в целом и в более специальных научно-теоретических областях»[2]. Понятийный аппарат современной теории права должен соответствовать новому состоянию права, которое постоянно претерпевает эволюционные измене-

---

of 23 June 1981. Series A. No. 43. Para. 55 ; Belilos v. Switzerland, Judgment of 29 April 1988. Series A. No. 132. Para. 64 ; Campbell and Fell v. the United Kingdom, Judgment of 28 June 1984. Series A. No. 80. Paras. 68–73, 78 ; Engel and Others v. the Netherlands, Judgment of 8 June 1976. Series A. No. 22. Paras. 80–82 ; Öztürk v. Federal Republic of Germany, Judgment of 21 February 1984. Series A. No. 73. Para. 48–50 ; König v. Federal Republic of Germany, Judgment of 28 June 1978. Series A. No. 27. Paras. 89, 90, 92 ; Welch v. the United Kingdom, Judgment of 9 February 1995. Series A. No. 307-A. Paras. 27–28 ; Pellegrin v. France, Judgment of 8 December 1999. Reports. 1999-VIII. Paras. 64–65 ; Chassagnou and Others v. France, Judgment of 29 April 1999. Para. 100 ; Eur. Commission H.R. Young, James and Webster v. the United Kingdom, Report of 14 December 1979. Series B. No. 39. Para. 167 ; Eur. Court H.R. Socialist Party and Others v. Turkey, Judgment of 25 May 1998. Reports. 1998-III. Para. 28 ; Marckx v. Belgium, Judgment of 13 June 1979. Series A. No. 31 ; Keegan v. Ireland, Judgment of 25 May 1996, Series A, No. 290 ; X, Y and Z v. the United Kingdom, Judgment of 22 April 1997.

[1] См., например: Eur. Court H.R. Dickson v. the United Kingdom, Judgment of 4 December 2007. Para 81 ; S.L. v. Austria, Judgment of 9 January 2003. Para 31 ; Tănase v. Moldova, Judgment of 27 April 2010. Para. 176 ; Demir and Baykara v. Turkey, Judgment of 12 November 2008. Para. 85 ; Weller v. Hungary, Judgment of 31 March 2009. Para. 28 ; Stec and Others v. the United Kingdom, Judgment of 12 April 2006. Paras. 63–64 ; Ünal Tekeli v. Turkey, Judgment of 16 November 2004. Para. 54 ; Stafford v. the United Kingdom, Judgment of 28 May 2002. Para. 68 ; Kiyutin v. Russia, Judgment of 10 March 2011. Para. 65 ; Konstantin Markin v. Russia, Judgment of 22 March 2012. Para. 126.

[2] Твайнинг У. Указ. соч. С. 276.

ния и реализуется в многообразии позитивно-правовых воплощений, функционирующих в разнообразных социокультурных контекстах, модифицируясь под их влиянием, но сохраняя неизменной свою сущность. Теория права призвана выражать эту сущность в системе общих принципов и абстрактных (надпозитивных) понятий как «непреходящей константы правового»[1], имеющей в различных правовых системах разнообразные позитивные воплощения.

Список литературы:

1. Алёшин Д.А. Неклассическая рациональность как постмодернистская методология юридических исследований // Вопросы правоведения. 2016. № 1.
2. Барт Р. Избранные работы: Семиотика. Поэтика. М., 1994.
3. Бек У. Космополитическое общество и его враги // Журнал социологии и социальной антропологии. 2003. Т. VI. № 1.
4. Бек У. Что такое глобализация? М., 2001.
5. Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования. М., 2004.
6. Береснева Н.И., Кокарева Е.А. Развитие идеи «смерти автора» // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики // Грамота. 2012. № 10 (24). В 2 ч. Ч. I.
7. Варламова Н.В. Проблемы институционализации наднационального уровня осуществления публично-властных полномочий // Интернационализация конституционного права в условиях глобализации. Труды Института государства и права РАН. 2014. № 6.
8. Велижанина М.Ю. Мягкое право: его сущность и роль в регулировании международных отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.
9. Демократические институты в условиях развития информационного общества / под ред. И.Л. Бачило. М., 2014.
10. Демин А.В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования. М., 2016.
11. Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. № 1. 2007 / под ред. Д.В. Дождева. СПб., 2008.

[1] Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы. С. 25.

12. Доманска Э. Философия истории после постмодернизма. М., 2010.
13. Европейский Союз: Основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М., 2013.
14. Ефремов А.А. Оценка регулирующего воздействия как инструмент повышения эффективности правового регулирования в международных организациях // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: сб. трудов Международной науч. конференции (Воронеж, 2–4 июня 2016 г.). Воронеж, 2015.
15. Ильин И.П. Постмодернизм: от истоков до конца столетия: эволюция научного мифа. М., 1998.
16. Ильин И.П. Постмодернизм. Словарь терминов. М., 2001.
17. Информационное общество: проблемы развития законодательства. М., 2012.
18. История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Честнова. СПб., 2014.
19. Кельзен Г. Чистое учение о праве / пер с нем. М.В. Антонова, С.В. Лёзова. 2-е изд. СПб., 2015.
20. Королев М.А. Наднациональность с точки зрения международного права // Московский журнал международного права. 1997. № 2–3.
21. Моисеев А.А. Надгосударственность в современном международном праве. М., 2007.
22. Поляков А.В. Прощание с классикой или как возможна коммуникативная теория права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008 / под ред. А.В. Полякова. СПб., 2009.
23. Постнеклассика: философия, наука, культура. СПб., 2009.
24. Радбрух Г. Философия права. М., 2004.
25. Руководство EASA по созданию организации саморегулирования. Практические рекомендации по созданию и развитию системы саморегулирования рекламы. EASA, 2008 // URL: http://easa-alliance.org/sites/default/files/Guide%20to%20Setting%20Up%20an%20SRO%20 (2008)%20-%20Russian%20version.pdf
26. Сальвиа де М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004.
27. Смирнова Н.М. Рациональность социального знания: когнитивный нормативизм и стратегии интерпретации // Рациональность на перепутье. В 2 кн. Кн. 1. М., 1999.

28. Стовба А.В. О перемене сущности, или «Что есть» право в эпоху постметафизики // Правоведение. 2008. № 1.
29. Талапина Э.В. Государственное управление в информационном обществе (правовой аспект). М., 2015.
30. Танчев Е. Классические и современные проблемы теории и практики учредительной власти // Современный конституционализм: вызовы и перспективы: материалы Международной науч.-практ. конференции, посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (Санкт-Петербург, 14–15 ноября 2013 г.). М., 2014.
31. Твайнинг У. Общая теория права // Российский ежегодник теории права. № 3. 2011 / под ред. А.В. Полякова. СПб., 2011.
32. Тзен-Та Ли Д. Толкование актов о правах человека: значение сравнительного подхода // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 3 (60).
33. Тимошина Е.В. Классическое и постклассическое правопонимание как стили мышления // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции. К 60-летию Андрея Васильевича Полякова: коллективная монография. Т. 1. Коммуникативная теория права в исследованиях отечественных и зарубежных ученых. СПб., 2014.
34. Тимошина Е.В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера // Вестник РУДН. Серия «Юридические науки». 2016. № 2.
35. Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4.
36. Тропер М. Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2.
37. Тропер М. Свобода толкования конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4 / под ред. А.В. Полякова. СПб., 2012.
38. Фогельсон Ю.Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе // Журнал российского права. 2013. № 9.
39. Фогельсон Ю.Б. «Мягкое право»: коммуникативный подход // Демин А.В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования. М., 2016.
40. Франкенберг Г. Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3 (48).
41. Харт Г.Л.Ф. Понятие права. СПб., 2007.

42. Хелд Д. Модели демократии. 3-е изд. М., 2014.
43. Хольцингер Г. Конституционное государство в Европейском Союзе // Современный конституционализм: вызовы и перспективы: материалы Международной науч.-практ. конференции, посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (Санкт-Петербург, 14–15 ноября 2013 г.). М., 2014.
44. Хук ван М. Европейские правовые культуры в контексте глобализации. В честь Андрея Полякова // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: к 60-летию Андрея Васильевича Полякова: коллективная монография. В 2 т. Т. II. Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права. СПб., 2014.
45. Хук ван М. Право как коммуникация. СПб., 2012.
46. Честнов И.Л. Поминки по постмодерну, или Здравствуй, постклассика // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4 / под ред. А.В. Полякова. СПб., 2012.
47. Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012.
48. Честнов И.Л. Постклассическое правопонимание. Краснодар, 2010.
49. Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2.
50. Шульце-Филиц Х. Сравнительное конституционное право – улица с односторонним движением? На примере соблюдения принципа человеческого достоинства в биомедицинских исследованиях // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 4 (49).
51. Arnold R. European Constitutional Law: Some Reflectoins on a Concept that Emerged in the Second Half of the Twentieth Century // Tulane European and Civil Law Forum. 1999. Vol. 14.
52. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined and the Study of Jurisprudence. 1832.
53. Bartole S. Community Law and National Constitution in the Light of the Italian Experience // European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). European Integration – Constitutional and Legal Reforms. UNIDEM Campus Trieste Seminar. Italy, Trieste, 10–13 September 2007. Strasburg. 4 October 2007.
54. Bäckstrand K. Multi-stakeholder Partnership for Sustainable Development: Rethinking Legitimacy, Accountability and Effectiveness // European Environment. 2006. Vol. 16. Issue 5.

55. Bell T.W. Polycentric Law // Humane Studies Review. Winter 1991/92. Vol. 7. No. 1.
56. Bogdandy von A. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law // International Journal of Constitutional Law (I·CON). 2008. Vol. 6. No. 3–4.
57. Böstrom V. Regulatory Credibility and Authority through Inclusiveness: Standardization Organizations in Case of Ecolabelling // Organization. 2006. Vol. 13. Issue 3.
58. Braithwaite J., Drahos P. Forum-shifting and Contests of Principles // Global Business Relation. Cambridge, 2000.
59. Burger D., Mayer C. Making Sustainable Development a Reality: The Role of Social and Ecological Standards // Deutsche Gesellschaft für Technische Zuzammenarbeit (GTZ). Eschborn, 2003.
60. Büthe T., Walter M. New Global Rules: The Privatization of Regulation in the World Economy. Princeton, 2011.
61. Czaputowicz J. Sovereignty in Theories of European Integration and the Perspective of the Polish Constitutional Tribunal // Yearbook of Polish European Studies. 2014. Vol. 17.
62. Dupuy P.-M. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited // Max Planck Yearbook of United Nation Law. 1997. Vol. 1.
63. Fassbender B. The United Nations Charter as Constitution of the International Community // Columbia Journal of Transnational Law. 1998. Vol. 36.
64. Fassbender B. UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective. Hague; Boston.
65. Frowein J. Die Herausbildung Europaischer Verfassungsprinzipien // Festschrift Werner Mainofer. 1998.
66. Haufler V. A Public Role for the Private Sector. Washington, 2001.
67. Haufler V. New Form of Governance: Certification Regimes as Social Regulations of the Global Market // Social and Political Dimensions of Forest Certification / ed. by C. Elliott, E. Meidinger, G. Oesten. Remagen-Oberwinter: Forstbuch, 2003.
68. Kerchove M., Ost van de F. Legal System between Order and Disorder. Oxford, 1994.
69. King A., Lenox M. Industry Self-regulation without Sanctions: The Chemical Industries Care Program // Academy of Management Journal. 2000. Vol. 43. No. 4.

70. Łazowski A., Wessel R.A. The European Court of Justice Blocks the EU's Accession to the ECHR/ 8 January 2015 // URL: http: // www.ceps.eu
71. Macdonald. R. St.J. The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective // Australian Yearbook of International Law. 1999. Vol. 20.
72. Mayntz R. From Government to Governance: Political Steering in Modern Societies // Governance of Integrated Product Policy / ed. by D. Scheer, F. Rubik. Aizlewood Mill, 2006.
73. Mele V., Schepers D.H. E Pluribus Unum? Legitimacy Issues and Multi-stakeholder Codes of Conduct // Journal of Business Ethics. 2013. Vol. 118. Issue 3.
74. Merrills J.G. The Development of International Law by the European Court of Human Right. 2nd ed. New York, 1993.
75. Moran V. The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation. Oxford, 2003.
76. Mörth U. Introduction in Soft Law in Governance and Regulation. Cheltenham, UK—Northampton, 2004.
77. Murphy D.D. The Structure of Regulatory Competition: Corporations and Public Policies in a Global Economy. Oxford, 2004.
78. Murphy J., Coleman J. Philosophy of Law. Boulder, 1990.
79. O'Rourke D. Multi-stakeholder Regulation: Privatizing or Socializing Labor Standards? // World Development. 2006. Vol.34. No. 5.
80. Pattberg P. The Institutionalization of Private Governance: Haw Business and Nonprofit Organizations Agree on Transnational Rules // Governance. 2005. Vol. 18. Issue 4.
81. Peters A. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures // Leiden Journal of International Law. 2006. Vol. 19.
82. Phelan W. Supremacy, Direct Effect and Dairy Products in the Early History of European Law // European University Institute Working Papers. Law. 2014/11.
83. Picciotto S. Constitutionalizing Multilevel Governance? // International Journal of Constitutional Law (I·CON). 2008. Vol. 6. No. 3—4.
84. Pigman G.A. The World Economic Forum. A Multi-stakeholder Approach to Global Governance. London—New York, 2007.
85. Pound R. Introduction // The Civil Law System: Case and Materials for the Comparative Study of Law / ed. by A. von Mehren, J. Gordley. 2nd ed. Boston, MA. 1977.

86. Ramraj V.V. Comparative Constitutional Law in Singapore // Singapore Journal of International and Comparative Law. 2002. Vol. 6. No. 1.
87. Robilant di A. Genealogies of Soft Law // The American Journal of Comparative Law. 2006. Vol. 54. No. 3.
88. Rosenfeld M. Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism // International Journal of Constitutional Law (I·CON). 2008. Vol. 6. No. 3–4.
89. Savage J.E., McConnell B.W. Exploring Multi-Stakeholder Internet Governance. The East West Institute. New York, 2015 // URL: https://www.eastwest.ngo/sites/default/files/Exploring%20Multi-Stakeholder%20Internet%20Governance_0.pdf
90. Scott C. Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance // Journal of Law and Society. 2002. Vol. 29.
91. Senden L. Soft Law in European Community Law. Oxford; Portland Oregon, 2004.
92. Slaughter A-M. A Typology of Transjudicial Communication // University of Richmond Law Review. 1994. Vol. 29.
93. Snyder F. Soft Law and the Institutional Practice in the European Community // The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël / ed. by M. Stephen. Dordrecht; Boston; Landon, 2010.
94. Spar D.L., La Mure L.T. The Power of Activism: Assessing the Impact of NGOs on Global Business // California Management Review. 2003. Vol. 45/3.
95. Trubek M., Trubek L. Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination // European Law Journal. 2005. Vol. 11. Issue 3.
96. Utting P. Regulating Business Via Multi-stakeholder Initiatives: A Preliminary Assessment. Prepared for the UNRISD Project on Business Responsibility for Sustainable Development Under the Programme Area Technology, Business and Society // Voluntary Approaches to Corporate Responsibility: Readings and a Resource Guide by the UN Non-Governmental Liaison Service (NGLS) and UNRISD Geneva, Switzerland, May 2002 // URL: http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/35F2BD0379CB6647C1256CE6002B70AA/$file/uttngls.pdf
97. Utting P. Rethinking Business Regulation. From Self-regulation to Social Control. Technology, Business and Society. Programme Paper No. 15. United Nation Research Institute for Social Development. 2005 // URL: http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/

(httpAuxPages)/F02AC3DB0ED406E0C12570A10029BEC8/$file/utting.pdf.
98. Vallejo N., Hauselmann P. Governance and Multi-stakeholder Processes. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, Manitoba, 2004 // URL: https://www.iisd.org/pdf/2004/sci_governance.pdf
99. Walker N. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders // International Journal of Constitutional Law (I·CON). 2008. Vol. 6. No. 3–4.

HETERARCHY OF THE MODERN LEGAL SYSTEMS AND POST-SOVIET THEORY OF LAW

Varlamova N.V.,
candidate of legal sciences, associate professor,
senior researcher at the Department of Comparative Law of the Institute
of State and Law of the Russian Academy of Sciences

Abstract: The article analyses modern tendencies in development of legal regulations which in the author's view include their internationalization (universal and regional international standards more and more determine the contents of national law) and privatization (many relationships are governed by way of self-organization and self-regulation of their participants). These processes result in heterarchy of modern legal systems within which frameworks different levels of regulation, legal norms, of law-making and law-enforcing agencies are not found in unambiguous subordination relations. This state of legal regulations raises before modern theory of law problems of legitimation of law's validity and securing legal certainty as well as reevaluation of basic legal concepts in the transnational context.

Keywords: legal regulation, legal system, globalization, internationalization of law, privatization of law, legal theory, multi-actor regulation, soft law, validity of law, construction of law, legal concepts.

Васильева С.В.,
кандидат юридических наук, доцент кафедры
конституционного и административного права Национального
исследовательского университета – Высшей школы экономики

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЕ ПОНИМАНИЕ ДЕМОКРАТИИ: К ОСНОВАМ ПОСТСОВЕТСКОЙ ТЕОРИИ ПРАВА

Аннотация: В статье описываются социальные основания власти в идеях народного суверенитета, народного представительства, теории элит и рационального поведения субъектов политического процесса. Отмечается, что в зависимости от идеи социальным основанием власти могут рассматриваться народ, парламент или народные представители, политические элиты, законы политического поведения. Философию социальных оснований власти на разных этапах общественного развития развивали такие ученые и практики, как Ж.-Ж. Руссо, К. Шмитт, Т. Джефферсон, Б. де Жувенель, Д. Дзоло и многие другие. Идеологические основы воплощались в конституции и государственную практику на протяжении веков. В настоящее же время фиксируется кризис демократии, которая включала к началу XX века следующие элементы: парламент, партии, выборы и непосредственное управление. Парадигма демократии распространена во многих государствах, не важно, закрепляется ли народный, национальный суверенитет в конституции или нет. Важно, на основе чего, исходя из каких обстоятельств, условий и традиций сформировалось ее понимание на сегодняшний день; какой подход к трактовке социальных оснований власти распространен в общественной среде того или иного государства.

Ключевые слова: власть, народный суверенитет, народовластие, непосредственная демократия, представительная демократия, парламент, социальные основания, политические элиты.

Социальные основания власти рассматриваются в отечественной и зарубежной литературе через призму идеи суверенитета, теории элит, концепции народного представительства и других категорий. Мировая история показывает множество различных примеров реализации этих идей, теорий и концепций на практике. До сих пор ученые и политики обращаются к мыслям о государстве и демократии Платона, Аристотеля, Ф. Аквинского, Макиавелли, Томаса Мора, И. Канта, Джефферсона и многих других. Их мысли были переработаны под нужды понимания социальных оснований власти государствоведами XIX–XX веков. Именно в этот период сформировалась и была критически оценена парадигма демократии, на которую сегодня ориентируется конституционное устройство многих государств, в том числе

и России. Основу этой парадигмы составляют идеи национального суверенитета, представительного правления и деятельности политических партий. Несмотря на то что суть этих идей общеизвестна, хотелось бы обратиться к ним с акцентом на мысли о социальных основаниях власти. Цель одна: поиск правовых решений, позволяющих России преодолеть кризисное состояние демократии. Правда, стоит оговориться о том, что в результате анализа социальных основаниях власти в рамках имеющейся парадигмы демократии вряд ли получится предложить принципиальные правовые решения. В лучшем случае в статье будут намечены определенные подходы на пути к ним.

Более того, извлекая мысли прошлого, важно осознавать, что они хотя и являются базой для современного анализа, но могут использоваться сегодня достаточно условно, поскольку были рождены в другой политико-правовой системе координат. В связи с этим справедливо утверждение К. Шмитта: «Участникам конкретных политических сообществ не на что и не на кого рассчитывать, поскольку в природе политики не существует никакой универсальной супертеории государства и права, – ни в славном прошлом великих идей, ни на цивилизованном Западе, – способной адекватно описать, кто они такие, в каком государстве живут и какое право осуществляют. Этим всегда в каждой конкретной ситуации придется заниматься им самим, если они не хотят, что бы их «посчитали» другие»[1]. При этом от себя хочется добавить: «И посчитали неверно, со своей точки развития, исходя из своих представлений и понимания условий и обстоятельств». Как верно подметил А.Н. Медушевский, со ссылкой на мысли В.М. Гессена: «Политико-правовыми координатами Нового времени является переход от сословного общества к гражданскому и от абсолютизма к представительной системе правления в форме конституционной монархии или республики. Демократическая эволюция государственного строя, согласно этой логике, исторически неизбежна. Однако демократия (как простая власть большинства) может стать деструктивным фактором социального развития. Для того чтобы примирить демократию с культурой, необходимо укрепление и развитие правовых основ современного общества»[2]. Эта же мысль в начале XIX века прозвучала и у М. Ориу: «...вопрос о суверенитете нации возникает тогда, когда, с одной стороны, начинает чувствоваться необходимость ограничения абсолютной власти правительства, а, с другой стороны, люди замечают, что

[1] Шмитт К. Государство и политическая форма. М., 2010. С. 24–25.

[2] Медушевский А.Н. Диалог со временем. Российские конституционалисты конца XIX – начала XX. М., 2010. С. 267.

существует некий установившийся порядок вещей, которому власть должна подчиняться. Этот установившийся порядок вещей отожествляется с нацией, как корпоративно организованной группой, охватывающей одновременно и правительство, и управляемых, и господствующей над ними всеми»[1].

Еще одна важная оговорка применительно к методологии рассмотрения социальных оснований власти может быть позаимствована у К.Б. Макферсона, о которой он упомянул в своем исследовании либеральной демократии: «Рассматривая модели демократии – прошлые, настоящие и могущие возникнуть в будущем, – нам следует держать в поле зрения две вещи: лежащие в основе этих моделей представления об обществе в целом, в котором должна функционировать демократическая политическая система, и преставления о природе людей, которые должны сделать систему работающей... Бесполезно просто восхвалять демократическое качество жизни и процесса принятия решений (то есть управления), которое может иметь место в современных коммунах, или в городских собраниях в Новой Англии, или же имело место в античных городах-государствах. Можно многое узнать о качестве демократии, изучая эти сообщества, в которых происходила встреча лицом к лицу. Однако это ничего не скажет нам о том, как может функционировать демократия участия в современном государстве с населением в два миллиона или в двести миллионов»[2].

Обращаясь к теориям суверенитета, элит, народного представительства и идее функционирования политического рынка по тем же законам, что и рынок экономический, можно видеть разные оттенки в понимании того, кому принадлежит власть, из какого источника она исходит, на кого она опирается, кто ее реально осуществляет и насколько велика степень принуждения отдельной личности ради общего блага. Вся палитра интерпретаций социальных оснований власти, определяемых через призму названных теорий и идей, сводится к двум основным направлениям в трактовке этих оснований: идеалисты (нация, народ как источник власти, представительное правление) и реалисты (теория элит, концепция стихийности в функционировании политического рынка)[3].

---

[1] Ориу М. Основы публичного права / пер. с фр.; под ред. Е. Пашуканиса, Н. Челяповой. М., 1929. С. 582.

[2] Макферсон К.Б. Жизнь и времена либеральной демократии / пер. с англ. А. Кырлежева. М., 2011. С. 14, 143.

[3] Деление на два направления в трактовке социальных оснований власти позаимствовано у Д. Дзоло. Он выделял идеалистические и реалистические трактовки теории демократии

Нация, народ – социальные основания власти. Объяснение того, что нация, народ являются социальными основаниями власти, базируется на принципе национального, народного суверенитета. Неодинаковый подход к трактовке «национального суверенитета» и «народного суверенитета» обусловлен разницей в понятиях «нация» и «народ», встречающихся в трудах ряда исследователей (М. Ориу, Б.Н. Чичерин и др.), а также традициями употребления одного или другого понятия в политико-правовой системе конкретного государства. Не вдаваясь в природу споров об их содержательном значении (а разница на самом деле заключена в несущественных деталях), стоит обратиться к Ж.-Ж. Руссо, мысли которого наиболее ярко объясняют тезис о том, что именно народ, нация суть социальные основания власти: «Каждый из нас передает в общее достояние и ставит под высшее руководство общей воли свою личность и все свои силы, и в результате для нас всех вместе каждый член превращается в нераздельную часть целого... По Общественному договору человек теряет свою естественную свободу и неограниченное право на то, что его прельщает и чем он может завладеть; приобретает же он свободу гражданскую и право собственности на все то, чем обладает... Я утверждаю, следовательно, что суверенитет, который есть только осуществление общей воли, не может никогда отчуждаться и что суверен, который есть не что иное, как коллективное существо, может быть представляем только самим собою. Передаваться может власть, но никак не воля».

Наделяя исключительной ценностью «общую волю» Ж.-Ж. Руссо фактически становится противником разделения властей и важной для понимания социальных оснований власти идеи представительного правления. По его мнению, «суверен, не имея другой силы, кроме власти законодательной, действует только посредством законов; а так как законы суть лишь подлинные акты общей воли, то суверен может действовать лишь тогда, когда народ в собраньи... Суверенитет не может быть представляем по той же причине, по которой он не может быть отчуждаем. Он заключается, в сущности, в общей воле, а воля никак не может быть представляема; или это она, или это другая воля, среднего не бывает. Депутаты народа, следовательно, не являются и не могут являться его представителями; они лишь его уполномоченные; они ничего не могут постановлять окончательно. Всякий закон, если народ не утвердил его непосредственно сам, недействителен; это вообще не закон. Английский народ считает себя свободным: он жестоко оши-

в своей книге «Демократия и сложность: реалистический подход» (пер. с англ. А.А. Калинина, Н.В. Эдельмана, М.А. Юсима. М., 2010).

бается. Он свободен только во время выборов членов Парламента: как только они избраны – он раб, он ничто. Судя по тому применению, которое он дает своей свободе в краткие мгновенья обладания ею, он вполне заслуживает того, чтобы он ее лишился»[1].

Б.Н. Чичерин, несмотря на критику мыслей Ж.-Ж. Руссо (прежде всего за отрицание французским мыслителем представительного правления), также стоит на идеалистических позициях относительно социальных оснований власти. По мнению русского государствоведа, «ничто, по-видимому, не может быть справедливее, как участие в управлении общими делами тех лиц, до кого они касаются. Самоуправление народа представляется требованием естественного закона, а так как для заведывания государственными делами устанавливается верховная власть, то последняя, очевидно, должна принадлежать народу... Все различие между обоими видами учения заключается в том, что одно считает постоянною принадлежностью народа только власть учредительную или право установлять в государстве известный образ правления, другое же, всю полноту верховной власти, во всех ее отраслях, законодательной правительственной и судебной. ... Но история не представляет примеров такой государственной формы, где бы верховная власть принадлежала известному лицу или лицам, а народ сохранял бы за собой право сменять правителей и устанавливать иной образ правления»[2]. Таким образом, и Б.Н. Чичерин говорит о том, что именно народ, а не отдельное лицо или лица, постоянно и во всех областях суть социальное основание власти.

Отрицание качества носителя власти за главой государства К. Шмиттом объясняется через дихотомию таких явлений, как тождество и репрезентация. По его мнению, обоснование конституционной монархии, приводящее к ее дуализму, заключается в следующем: «Абсолютный государь также является лишь репрезентантом политического единства народа ... если корпорация как репрезентант всего народа противостоит королю, тогда повергается монархический принцип, поскольку данный принцип основан на том, что король целиком и полностью репрезентует политическое единство народа. В переходной и промежуточной стадии можно попытаться поставить рядом друг с другом двух репрезентантов нации, то есть политически объединенного народа – короля и парламент... Традиционное разделение на монархию, аристократию

[1] Руссо Ж.-Ж. Об Общественном договоре, или Принципы политического Права / пер. с фр. А.Д. Хаютина, В.С. Алексеева-Попова. По изд.: Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты / пер. с фр. М., 1998.

[2] Чичерин Б.Н. О народном представительстве. М., 1899. С. 24–26, 30.

и демократию содержит верное ядро и затрагивает нечто существенное, поскольку может быть сведено к тому, что в этих трех государственных формах различным образом преобладает один из двух подобных принципов формы» – тождество или репрезентация[1].

Осторожная критика Б.Н. Чичериным Ж.-Ж. Руссо не идет в сравнение с более жесткой позицией М. Ориу, по мнению которого, отвержение идеи делегации нацией суверенитета правительству путем императивного мандата превращает представительные органы в простых приказчиков, а следовательно, разрушает принцип власти. «Надо, чтобы правительственный суверенитет больше не представлялся делегированным, чтобы он имел самостоятельный источник в самих органах правительства. Именно поэтому правительственный суверенитет должен рассматриваться, как особая форма суверенитета, отличного от того, который пребывает в нации как корпорации, и от того, который пребывает в индивидах»[2]. Такой подход не позволяет называть М. Ориу идеалистом, в нем начинает присутствовать реализм. М. Ориу – один из родоначальников реалистического взгляда на идею социальных оснований власти, которые характеризуются им как многополярные, о чем будет сказано ниже.

В идеалистическое направление трактовки социальных оснований власти включается и мысль о классах как ее источнике. Так, К.Б. Макферсон полагает, что «либеральная демократия была предназначена для того, чтобы приспособить демократическое правление к классово разделенному обществу; что такая подгонка не предполагалась, ни в теории, ни на практике, вплоть до XIX в.; и что поэтому более ранние модели и видение демократии не следует рассматривать как модели либеральной демократии»[3]. При этом К.Б. Макферсон считал одноклассовым общество, в котором существует индивидуальное владение производительной землей и капиталом и каждый владеет или может владеть такой собственностью. Классовый подход к пониманию сущности конституции характерен для работ В.И. Ленина. По его мнению, конституция отражает реальное соотношение общественных сил в классовой борьбе[4]. Но К.Б. Макферсон рассматривает классы

[1] Шмитт К. Указ. соч. С. 51, 56, 58.

[2] Ориу М. Указ. соч. С. 606–607.

[3] Макферсон К.Б. Указ. соч. С. 20, 23.

[4] Ленин В.И. Как социалисты-революционеры подводят итоги революции и как революция подвела итоги социалистам-революционерам // Хрестоматия по конституционному праву: учеб. пособие. Т. I. История, теория и методология конституционного права. Учение о конституции / сост. докт. юрид. наук, проф. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустров. СПб., 2012. С. 540.

как социальные основания власти не в революционной, а в либеральной традиции.

Представительное правление – теория, несколько размывающая конкретные социальные основания власти, но не отклоняющаяся от признания источником власти нации, народа. По мнению К. Шмитта, тождество как политическое единство народа и репрезентация как ретрансляция этого тождества не исключают друг друга, но являются двумя разнонаправленными ориентирами для конкретного формирования политического единства. «Идея репрезентации основана на том, что народ, существующий в качестве политического единства, обладает высшим и возвышенным, более интенсивным видом бытия в отличие от естественного существования какой-либо совместно проживающей группы людей. Если смысл этой особенности политической экзистенции утрачивается и люди предпочитают другие виды своего существования, то утрачивается и понимание такого понятия, как репрезентация»[1].

Главной идеей, которую надо выдвинуть в вопросе о децентрализации правительства, по мнению М. Ориу, является идея представительного режима. «Необходимо достигнуть того, чтобы органы правительства вели себя так, как осуществляющие суверенитет не от собственного имени, а от имени нации в ее корпоративном понимании. Правительство должно быть лишь представителем или корпоративным органом нации»[2].

Здесь важно отметить, что, например, Б. де Жувенель рассматривал теорию суверенитета нетрадиционным образом. Он пропускал позиции мыслителей через призму такого качества власти как повелевание. Б. де Жувенель пишет: «...мы могли бы, пожалуй, не принимать в расчет теории, стремящиеся свести ее различные свойства (то есть Власти) к одному единственному принципу, как к основе всех прав, осуществляемых представителями власти, и источнику всех предписываемых ими обязанностей. Этим принципом оказывается то божественная воля, наместниками которой они будто бы являются, то общая воля, которой они будто бы являются уполномоченными, а то еще – национальный дух, который они будто бы воплощают, либо коллективное создание которое они будто бы выражают, либо социальный финализм, в отношении которого они будто бы являются действующей силой. ...утверждалось, что власти надо повиноваться, либо <потому что>, либо <для того, чтобы>. В направлении <потому что> были развиты теории суверенитета. Утверждалось, что действующая причина пови-

[1] Шмитт К. Указ. соч. С. 42, 49.

[2] Ориу М. Указ. соч. С. 582.

новения корениться в осуществляемом Властью праве, переходящим к ней от Величия, которым власть обладает, которое оно воплощает или представляет... В другом направлении были развиты теории государственной деятельности. Утверждалось, что целевая причина повиновения состоит в цели, которую преследует Власть и которая есть общее благо... Чтобы заслужить послушание подданного, Власти необходимо и достаточно искать и обеспечивать общее благо»[1].

В итоге Б. де Жувенель приходит к неутешительному выводу: «В одних (теориях) право Власти повелевать мыслится как абсолютное, в других функция Власти мыслится как возрастающая. Как бы ни были различны данные теории, среди них нет ни одной, из которой нельзя было бы извлечь – и из которой в какой-то момент не было бы извлечено – оправдание абсолютного господства Власти. Эти теории похоже исторически расположены друг за другом таким образом, что власть находит в них – от одной к другой – все большую поддержку. Еще показательнее собственная эволюция каждой из теорий. Даже если они рождаются с намерением воспрепятствовать Власти, то заканчивают все-таки тем, что служат ей; тогда как противоположенного процесса: чтобы теория родилась как благосклонная к Власти, а потом стала ей враждебной – не наблюдается»[2]. Эти мысли Б. де Жувенеля не позволяют отнести автора к идеалистическому направлению трактовки социальных оснований власти, но показывают, как полезно рассматривать суверенитет и представительное правление через призму какого-либо дополнительного обстоятельства или явления (в данном случае определения степени повелевания Власти в отношении общества и отдельной личности). Это дополнительное обстоятельство приводит теории и идеи в движение, как бы «просеивает их еще через одно сито».

В связи с этим рассмотрение суверенитета и представительного правления через призму такого обстоятельства, как социальные основания власти, позволяет увидеть яркую границу между идеалистическими и реалистическими подходами к вопросам о том, кому принадлежит власть, из какого источника она исходит, на кого она опирается, кто ее реально осуществляет. Поиск социальных оснований власти в контексте теорий суверенитета и представительного правления приводит к необходимости акцентов на практику их воплощения и демонстрирует издержки их испытания временем. Это позволяет выявить связь между, казалось бы, абсолютно полярными учениями: <националь-

[1] Жувенель Б. де. Власть: Естественная теория ее возрастани / пер. с фр. В.П. Гайдамака, А.В. Матешук. М., 2011. С. 49, 51.

[2] Там же. С. 98–99.

ный, народный суверенитет, представительное правление> и <теория элит и господство силы политического рынка>.

Элиты – социальное основание власти. Эта трактовка исходит из того, что власть нации, народа является символической, номинальной в связи с реальным правлением на практике элит. Хотя прямо и не утверждается, что элиты являются источником власти. Однако именно элиты, будучи движущей силой, формулируют вопросы повестки дня. В этой связи Й.А. Шумпетер отмечает, что при анализе политических процессов мы в большей степени сталкиваемся не с подлинной, а со сфабрикованной волей, производимой такими способами, которые в точности совпадают со способами воздействия коммерческой рекламы; не народ в действительности принимает и решает вопросы, эти вопросы, определяющие его участь, поднимаются и решаются за него; желание избирателей – не единственный фактор, их выбор не вытекает из их инициативы, но формируется, и его формирование – важнейшая часть демократического процесса[1].

Г. Моска констатировал непреложный социальный закон: во всяком обществе (независимо от времени и места его развития) существует фундаментальное разделение на два политических класса. Первый из них представляет собой правящий класс, который всегда составляет меньшинство общества, выполняющее все политические функции, монополизирующие власть, а также те блага и преимущества, которые она дает. Второй, более многочисленный класс, контролируется и направляется путем, который носит более или менее насильственный (или правовой) характер... В условиях парламентаризма процесс отделения правящего меньшинства от управляемого большинства происходит во время выборов в представительное учреждение. Таким образом, демократия в чистом виде, то есть как правление всего народа, вообще невозможна и представляет собой миф, не имеющий ничего общего с реальностью политической жизни[2].

Р. Арон различает три понятия – элиту, политический класс и правящий класс. Каждое из них имеет не только отличный от предыдущего смысл, но и охватывает различные и последовательно сужающиеся по мере приближения к кормилу власти реальные социальные группы. Элита представляет собой наиболее широкое понятие: она объединяет всех тех, кто в различных областях деятельности достиг высоких ступеней иерархии, занимает привилегированное положение, дающее статус, престиж и благосостояние. Политический класс охватывает

[1] Цит. по: Макферсон К.Б. Указ. соч. С. 137.

[2] Цит. по: Медушевский А.Н. Указ. соч. С. 333.

гораздо более узкое меньшинство, которое непосредственно осуществляет политические и правительственные функции. Наконец, правящий класс располагается между элитой и политическим классом... ученый специально останавливается на неоднозначности (а порой и противоречивости) их интересов, являющихся источником конфликтов и борьбы между ними. Эта постоянная борьба элитных групп современного западного общества между собой не позволяет им сконцентрироваться в одну монолитную элиту типа той, которая существует в тоталитарных обществах и организуется особенно концентрированно в однопартийных режимах[1].

Б. де Жувенель отмечает, что «сегодня под маской своей анонимности она (Власть) претендует на то, что не имеет никакого собственного существования и является лишь безличным и бесстрашным инструментом общей воли... Сегодня, как и всегда, власть осуществляется коллективом людей, которые имеют в своем распоряжении «машинное отделение». Этот коллектив составляет то, что называют Властью и его отношение к людям есть отношение повелевания. Изменилось только одно: люди получили простые средства для замены главных участников Власти»[2]. Исходя из этой позиции этого ученого также можно отнести к мыслителям реалистического направления.

Стихийные силы политического рынка (по аналогии с экономической конкуренцией) – социальные основания власти. Эта реалистическая трактовка вытекает из предыдущего утверждения об элитах как социальных основаниях власти. Но в данном случае изменяются акценты в объяснении сути функционирования политико-правовой системы: она состоит не просто в правлении элит, а в их конкуренции. Движущая сила и в некотором роде источник власти зиждется не в самом факте правления элит, а исходят из объективных закономерностей развития общественно-политической системы в условиях конкурентной борьбы, а если выразиться жестче (так, как это сделал Ф. фон Хайек), то в условиях сделок групп влияния и групп давления, «которые могут оказаться в полном противоречии с принципами большинства, будь у большинства возможность проголосовать за эти принципы».

Рассуждая об объективности развития политического рынка, Ф. фон Хайек видит, как деформируется роль парламента, который берет на себя неспецифические функции управления и теряет вкус к законотворчеству, «...большинство в парламенте (просто для того, чтобы остаться большинством) должно делать все мыслимое в пользу

[1] Цит. по: Медушевский А.Н. Указ. соч. С. 341–342.

[2] Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 35–36.

групп со специфическими интересами, иначе говоря, покупать их поддержку, предоставляя им всевозможные привилегии. ... Такое господство коалиций организованных интересов (здесь заметим, что когда эти интересы впервые были осознаны обществом, их стали называть зловещими) со стороны обычно представляется злоупотреблением, а то и разновидностью коррупции. Между тем оно – всего лишь неизбежный результат системы, при которой правительство располагает неограниченными полномочиями принимать любые меры в пользу тех, на чью поддержку рассчитывает. Правительство с такими полномочиями не может сохранить большинство, отказываясь идти на встречу пожеланиям своих избирателей, и мы не в праве обвинять в этом политиков, поскольку сами поставили их в такое положение. Мы сами создали условия, при которых всем известно, что власть большинства способна удовлетворить требования любой группы населения. Но правительство, располагающее такой властью, может держаться, лишь удовлетворяя желания достаточно большого числа групп давления, чтобы обеспечить себе поддержку большинства»[1]. В позициях Ф. фон Хайека чувствуется призыв к необходимости современного переосмысления философии социальных оснований власти.

Кризис демократии, по мнению К.Б. Макферсона, следует из самого функционирования политической рыночной системы. Она является достаточно конкурентной для того, «чтобы обеспечить равновесие предложения и спроса политических благ – то есть поскольку она действительно реагирует на спрос со стороны потребителей, – она реагирует на такой спрос, эффективность которого неравномерна. Одни запросы более эффективны, чем другие, потому что, когда запрос выражается в затратах человеческой энергии, единица вложений одного человека не может обеспечить такую же отдачу, как единица вложений другого. И класс политических требований, которые больше обеспечены деньгами, – это, как правило, тот же класс, к которому относятся затраты человеческой энергии, получающие большую отдачу. В обоих случаях это спрос со стороны высших социоэкономических классов, являющихся наиболее эффективным. А потому низшие классы апатичны»[2].

Современный «политэкономист» Е.Г. Ясин в объяснении социальных оснований власти также выступает как реалист. Он отмечает, что

[1] Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов и политики / пер. с англ. Б. Пинскера, А. Кустарева; под ред. А. Куряева. М., 2006. С. 327, 339.

[2] Макферсон К.Б. Указ. соч. С. 135.

«борьба групп интересов в обществе существует всегда, при демократии их публичное столкновение может казаться более острым, но, открыто проявленное, оно обычно происходит в рамках закона: демократические процедуры не допускают потрясений, способствуют компромиссам... При социализме и в переходный – на пути к демократии – период общественная активность либо ниже (по Шумпетеру), либо выплескивается на поверхность из-за неуверенности сторон в том, что оппоненты будут соблюдать правила, и приобретает беспорядочный характер, чреватый различными потрясениями»[1].

Комбинация источников власти – многополярность ее социальных оснований. Эту идею нельзя однозначно относить ни к идеалистическому, ни к реалистическому направлению, а потому она стоит особняком. В соответствии с ней социальные основания власти многополярны. Они соответствуют одновременно нескольким источникам: суверенность можно увидеть и в нации, народе, и в органах власти, и в нормативном установлении. Социальные основания власти понимаются в качестве сложноустроенной системы, работающей именно в таком качестве.

Суверенитет, по мысли М. Ориу, проявляется в трех различных формах: «корпоративный суверенитет группы», тяготеющей над всеми членами государства, – как правящими, так и управляемыми, – придающий группе свою форму и практически, в широком понимании выражающийся в господстве закона, то есть в суверенитете положительного права, применимого ко всем лицам, а в строгом смысле – в суверенитете конституционного статута или конституции; «суверенитет господства или политический суверенитет», являющийся суверенитетом правительства над подданными, эта форма дает место разделению властей, то есть она сама подразделяется на две или три власти. Она же децентрализуется, сообщаясь каждому избирателю и проявляется в избирательной власти; «суверенитет подданства», означающий собой, что подданным принадлежит, в силу их индивидуальных свобод, известная власть, которая может либо ограничивать суверенитет верховной власти, либо сотрудничать с ней на общую пользу государства[2].

М. Ориу отмечает, что «три формы суверенитета должны комбинироваться известным образом, чтобы в результате создать единство и чтобы получилась объединенная суверенная власть, которая тоже имеется у корпоративно организованной нации. Напоминаем, что мы вовсе не требуем логического единства, но исключительно лишь

[1] Ясин Е.Г. Приживется ли демократия в России. М., 2012. С. 48–49.

[2] Ориу М. Указ. соч. С. 578, 580.

практического единства, единства результата. Мы не говорим, что три формы национального суверенитета должны быть сведены к одной, но говорим, что они должны комбинироваться, чтобы составить национальный суверенитет, который, таким образом, получит синтетическое единство... Три формы суверенитета являются тремя формами воли, которые все могут быть отнесены к нации. Между тремя формами национального суверенитета существует иерархия. От суверенитета статута зависит суверенитет правительства и суверенитет подданства. Из этого следует, что суверенитет правительства и суверенитет подданства ограничены, что единственно неограниченным является суверенитет статута, и что все другие формы укладываются в этой высшей форме корпоративного суверенитета. Синтез наступает в виде актов, то есть в виде всяких проявлений суверенитета государства. Он возможен благодаря некоторому взаимному проникновению трех форм суверенитета. Он одновременно и облегчается, и символизируется наличием одного существенного органа, участвующего во всех трех формах суверенитета. Таким органом является глава государства... Решения принимаются правительством, и, следовательно, правительственный суверенитет есть та форма суверенитета, которая идет впереди, когда дело касается действий, но за которой следуют две остальные формы. Индивидуальный суверенитет подданства, представляемый духом гражданственности, призван давать свое согласие или предъявлять требования и просить о пересмотре мер или об их отмене. Суверенитет статута может быть также приведен в действие судебным путем по поводу незаконности или неконституционности данной меры»[1].

Таким образом, М. Ориу на доктринальном уровне соединил идеалистические и реалистические подходы к пониманию социальных оснований власти, так сказать, вплеснул реализм из будущего в теорию суверенитета на этапе ее формирования. Между тем в его времена идеалисты (например, Б.Н. Чичерин) не допускали мысли о признании качества суверенности за органами власти. Однако думается, что в настоящее время использовать подход Ориу для переосмысления философии социальных оснований власти не допустимо. После четкого осознания в XX веке факта правления элит на основе конкурентной борьбы и описания политико-правового цинизма их действий в отношении избирателей (в условиях применения для оправдания этих действий идеи национального, народного суверенитета) теоретическое и практическое признание сегодня качества суверенности за

[1] Ориу М. Указ. соч. С. 617–619.

органами власти и стоящими за ними партиями, элитами и др. может быть расценено как еще больший цинизм. Потому достаточно прогрессивные для своего времени мысли Ориу с позиций сегодняшнего дня остаются теоретическими, так как в предложенном ученым формате не реализовывались, и идеалистическими, так как реализм ученого был адекватен обстоятельствам XIX века и потерял актуальность в настоящее время.

Идеи М. Ориу пригодны для характеристики современной политико-правовой системы государства, что не влечет, конечно, переосмысления собственно теории национального, народного суверенитета. Так, К.Б. Макферсон выделяет плюралистическую элистическую модель равновесия, которая в целом соответствует современному конституционно-правовому устройству большинства государств. «Плюралистическая, потому что она опирается на представление, что общество, которому должна соответствовать современная демократическая политическая система, является плюралистическим, то есть составленным из индивидов, каждый из которых, в соответствии со множеством своих интересов, устремлен в разных направлениях – то вместе с одной группой сограждан, то с другой. Элистическая – потому что главная роль в политическом процессе отведена самоназначенным группам лидеров. Модель равновесия – потому что она предполагает, что демократический процесс есть система, поддерживающая равновесие между спросом и предложением политических благ»[1].

В поисках выхода из кризиса демократии можно предлагать модернизацию теорий национального, народного суверенитета, представительного правления и партийной организации, а также совершенствовать практику их воплощения. У современных мыслителей достаточно предложений. Д. Дзоло ратует за трансформацию взаимосвязей между традиционными однолинейными и сложными разнолинейными отношениями субъектов в обществе и государстве. Он пропагандирует институциональный модерн: «Демократия, другими словами, означает сохранение более высокого уровня социальной сложности и одновременно коллективного принятия большего объема социальных рисков и незащищенности ... необходимы далеко идущие изменения властных институтов и существенное изменение самой логики политического кода. На место линейной простоты традиционных механизмов уменьшения страха необходимо поставить цепь взаимозависимостей, в пределах которой потребность в порядке и безопасности будет постоянно

[1] Макферсон К.Б. Указ. соч. С. 118.

уравновешиваться противоположенной потребностью в сохранении сложности, а также политических и экономических свобод. На место вертикальных структур власти необходимо поставить политические механизмы рефлексивного типа, способные к подчинению в пределах круга, имеющих обратную силу взаимодействий»[1].

Целая плеяда мыслителей уже давно продвигает идеи ограничения народовластия правом, приоритета естественного и позитивного права перед национальным суверенитетом. К. Шмитт утверждает, что суверенитет народа имеет свои границы и что даже в демократии не должны нарушаться принципы основных прав и разделение властей. Для придания весомости своему выводу ученый цитирует Б. Констана: «Народ не имеет права карать невиновных... как и не может никому делегировать это право. Народ не имеет права препятствовать свободному выражению мнения, или свободе совести, или процессу и защитным механизмам правосудия»[2]. Такая же, по сути, мысль встречается у М. Ориу, который, как уже отмечалось, выделял суверенитет статута. Наконец, Ф. фон Хайек видит ценность в нормативном принципе справедливости: «Если власть установилась не в результате завоевания, люди подчиняются ей не потому, что готовы позволить ей делать, что ей вздумается, а потому, что они поручили кому-то действовать в согласии с определенной концепцией справедливости. Не общество создает правила, а правила объединяют людей в общество. Условия, на которых люди соглашаются подчиняться власти, накладывают на власть постоянные ограничения, поскольку они в то же время суть условия прочности и даже существования государства... Обсуждая различные структуры управления, мы должны задаваться не вопросом, в чьих руках находится власть, а вопросом, соответствует ли поведение власти неявным условиям нашего подчинения ей»[3].

Парадигма демократии проводится в жизнь посредством конституционно-правового регулирования и практики. При этом нормы конституций позволяют увидеть, как в данный момент в государстве понимаются социальные основания власти. Такие примеры являются довольно показательными, поскольку демонстрируют несколько разные подходы в рамках одной и той же демократической парадигмы. Установление социального основания власти существенным образом влияет на устройство всей ее системы (обеспечивается ли в ней откры-

[1] Дзоло Д. Указ. соч. С. 123.

[2] Цит. по: Шмитт К. Указ. соч. С. 34–35.

[3] Хайек Ф.А. фон. Указ. соч. С. 358.

тость деятельности органов или никак не ограничивается монопольное положение элит и др.), на статус представительного учреждения (определен ли в государстве императивный или свободный депутатский мандат и др.), на партийное строительство (гарантируются ли права избирателей через установление обязанности партий учитывать их интересы или партии вольны сами регулировать демократию внутри себя и во вне и др.).

В Российской Федерации принцип народного суверенитета закреплен в основах конституционного строя, в первой главе Конституции РФ (ст. 3 Конституции РФ). Современный взгляд на социальное основание власти следует советской традиции народовластия: власть принадлежит народу и исходит от него, народ (именно народ по тексту, а не граждане!) осуществляет власть непосредственно или через своих представителей.

Во Франции также устанавливается принцип национального суверенитета. Французский народ торжественно провозглашает свою приверженность правам человека и принципам национального суверенитета, как они были определены Декларацией 1789 г., подтвержденной и дополненной преамбулой Конституции 1946 г., а также правам и обязанностям, определенным в Хартии окружающей среды 2004 г. (Преамбула). Принцип Республики – правление народа, народом и для народа (ст. 2). Национальный суверенитет принадлежит народу, который осуществляет его через своих представителей и путем референдума. Никакая часть народа и никакое отдельное лицо не могут присвоить себе его осуществление (ст. 3)[1].

История политико-правовой мысли и традиции борьбы французов за «свободу, равенство и братство» располагают к установлению принципа национального суверенитета. Тем не менее есть основания полагать, что принцип национального суверенитета не понимается в конституционно-правовой системе Франции так же идеалистично, как в России. Этот принцип не помешал французам закрепить гарантии парламентской оппозиции в одной из последних редакций Конституции. А ведь парламентская оппозиция в чем-то ограничивает национальный суверенитет как правление большинства: французы в данном случае последовали иному принципу «меньший имеет преимущество».

[1] Конституция Французской Республики 1958 года (в ред. от 23 июля 2008 г.) // Сайт Конституционного совета Французской Республики: URL: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/la-constitution-du-4-octobre-1958.5071.html

В Германии также народ признается в качестве социального основания власти. В соответствии со ст. 20 Конституции Федеративной Республики Германия вся государственная власть исходит от народа. Она осуществляется народом путем выборов и голосований, а также через специальные органы законодательной, исполнительной и судебной власти (ст. 20)[1]. Однако идеализма нет и здесь. Во-первых, понятие народного суверенитета в Конституции вообще не употребляется. А, во-вторых, ст. 20 располагается в главе II, которая идет после главы I об основных правах, то есть идея социального основания власти не возводится в абсолют.

На другом континенте земного шара принцип национального суверенитета также не является определяющим принципом политико-правового устройства. В соответствии со ст. 25 Конституции Мексиканских Соединенных Штатов от 31 января 1917 г. государство направляет национальное развитие с целью гарантировать его целостный и прочный характер, укрепляя суверенитет нации и демократический режим страны и путем поощрения экономического роста и занятости, более справедливого распределения доходов и богатства добиваться полного осуществления свободы и достоинства индивидов, групп и социальных классов, безопасность которых охраняет настоящая Конституция. В статье 27 акцент делается на экономические основы государства и принадлежность их нации (и право распоряжаться ими): нация имеет право в любое время установить на право частной собственности ограничения, диктуемые общественными интересами, так же как и регулировать для достижения социальной выгоды использование природных ресурсов, являющихся объектом присвоения, с целью создания справедливого распределения общественных богатств и обеспечения их сохранности, достижения равномерного развития страны и улучшения условий жизни городского и сельского населения. Раздел, который содержит эти статьи, называется: «О правах человека». О национальном суверенитете в политико-правовом смысле речь идет во втором разделе, в ст. 39: «национальный суверенитет полностью и изначально принадлежит народу. Вся государственная власть исходит из народа и учреждается для его блага. Народ в любое время имеет неотъемлемое право сменить или изменить форму правления»[2].

---

[1] Конституция Федеративной Республики Германия 1949 года (в ред. от 11 июля 2012 г.) // Сайт Бундестага Федеративной Республики Германия: URL: http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html

[2] Конституции государств Америки. В 3 т. Т. 1. Северная и Центральная Америка / под ред. докт. юрид. наук, проф. Т.Я. Хабриевой. М., 2006. С. 474–475, 489.

В США и Канаде в конституционных актах вопрос о социальных основаниях власти не определен. Так, в отношении США В.И. Лафитский отмечает, что «в первоначальном тексте Конституции США один из важнейших принципов современного конституционализма – принцип народовластия – отражен крайне скупо. По сути, он нашел отражение только в тех нормах Конституции, которые касались республиканской формы правления в штатах и выборов Палаты представителей Конгресса США»[1]. Впервые принцип суверенитета народа был провозглашен в преамбуле Резолюции от 15 мая 1776 г. Континентального конгресса в обстоятельствах борьбы колоний с метрополией и формирования республиканского правительства. Впоследствии этот принцип неоднократно устанавливался в первых конституциях штатов: право народа на управление внутренней политикой штата (Основной закон Делавэра от 20 сентября 1776 г.); всякая политическая власть принадлежит народу и исходит только от него (ст. 1 Декларации прав Конституции Северной Каролины 1776 г.)[2]. Надо полагать, что в настоящее время принцип народного суверенитета получил концептуальное развитие в американской доктрине и решениях судов. В то же время отсутствие пристального внимания к нему в законодательных актах говорит о том, что этому принципу не придается первостепенное значение в политико-правовой системе такое, например, которое имеют конституционные права и свободы личности, в частности, право на обращение и право судебную защиту.

Таким образом, социальные основания власти интерпретируются по-разному. В зависимости от источника, из которого исходит власть, ее социальную основу составляют нация, народ, Бог. Практика реализации власти показывает иную сторону ее социальной основы: ею являются органы, элиты, группы давления, группы влияния. Социальные основания власти можно устанавливать и с помощью теории представительства, согласно которой парламент, правительство и иные государственные учреждения репрезентуют политическое единство народа.

По мнению Б. де Жувенеля, деспотизм как естественное движение власти к усилению своего влияния в ходе исторического развития «будет тем сильнее, чем шире будет пониматься право суверенитета, в то время как полагали, что он защищен от любого захвата»[3].

---

[1] Лафитский В.И. Конституционный строй США. М., 2007. С. 153.

[2] Там же. С. 7, 9, 11.

[3] Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 75.

Очевидно, мыслитель прав в том, что понимание национального, народного суверенитета может быть разным. Парадигма демократии распространена практически всех государствах Запада, не важно, закрепляется ли народный, национальный суверенитет в конституции или нет. Важно, на основе чего, исходя из каких обстоятельств, условий и традиций сформировалось его понимание на сегодняшний день; какой подход к трактовке социальных оснований власти распространен в общественной среде того или иного государства.

Список литературы:

1. Дзоло Д. Демократия и сложность: реалистический подход / пер. с англ. А.А. Калинина, Н.В. Эдельмана, М.А. Юсима. М., 2010.
2. Жувенель Б. де. Власть: естественная теория ее возрастания / пер. с фр. В.П. Гайдамака, А.В. Матешук. М., 2011.
3. Ленин В.И. Как социалисты-революционеры подводят итоги революции и как революция подвела итоги социалистам-революционерам // Хрестоматия по конституционному праву: учеб. пособие. Т. I. История, теория и методология конституционного права. Учение о конституции / сост. докт. юрид. наук, проф. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустров. СПб., 2012.
4. Макферсон К.Б. Жизнь и времена либеральной демократии / пер. с англ. А. Кырлежева. М., 2011.
5. Медушевский А.Н. Диалог со временем. Российские конституционалисты конца XIX – начала XX. М., 2010.
6. Ориу М. Основы публичного права / пер. с фр.; под ред. Е. Пашуканиса, Н. Челяповой. М., 1929.
7. Руссо Ж.-Ж. Об Общественном договоре, или Принципы политического Права / пер. с фр. А.Д. Хаютина, В.С. Алексеева-Попова. По изд.: Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты / пер. с фр. М., 1998.
8. Шмитт К. Государство и политическая форма. М., 2010
9. Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов и политики / пер. с англ. Б. Пинскера, А. Кустарева; под ред. А. Куряева. М., 2006.
10. Чичерин Б.Н. О народном представительстве. М., 1899.
11. Ясин Е.Г. Приживется ли демократия в России. М., 2012.

UNDERSTANDING OF DEMOCRACY IN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE: TO PRINCIPLES OF POST-SOVIET THEORY OF LAW

Vasilyeva S. V.,
candidate of legal sciences, associate professor,
Department of Constitutional and Administrative Law,
National Research University – Higher School of Economics

Abstract: This article describes social foundations of power according to ideas of national sovereignty, people's representation, theory of elites and rational behavior of political process agents. It is noted that depending on the idea a social foundation of power can be viewed in the people, the parliament or the people's representatives, the political elites or laws of political behavior. The philosophy of social foundations of power on different stages of social evolution was developed by such academics and practitioners as J.-J. Rousseau, K. Schmitt, T. Jefferson, B. de Jouvenel, D. Zolo and many others. Ideological grounds manifested themselves in constitutions and political practice over centuries. At present, one observes crisis of democracy, which at the beginning of XX century included the following elements: parliament, parties, elections and direct governance. The paradigm of democracy is now accepted in many countries irrespective whether or not the constitution provides for national or popular sovereignty. It is important what basis and which circumstances, conditions and traditions today form its understanding; what approach to construction of social foundations of power is supported in the social sphere of a particular state.

Keywords: power, national sovereignty, people's governance, direct democracy, representative democracy, parliament, social foundations, political elites.

Головко Л.В.,
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

ПОСТСОВЕТСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА: ТРУДНОСТИ ПОЗИЦИОНИРОВАНИЯ В ИСТОРИЧЕСКОМ И СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОМ КОНТЕКСТЕ

Аннотация: Сегодня в теории права недооцененной является функциональная роль права как инструмента разрешения существующих в обществе конфликтов. В этом, в частности, проявляется слабость новейших правовых теорий: коммуникативной теории права, интегративного понимания права и т.д. Трудности позиционирования постсоветской теории права связаны с тем, что предшествующая ей советская теория развивалась в условиях, когда право не могло выполнять свои функции, будучи отстранено от разрешения некоторых фундаментальных конфликтов, прежде всего конфликта между партийными установками и официальным правом. Освободившись от советского наследия и обернувшись на Запад, постсоветская теория невольно оказалась заложником уже сугубо европейской дилеммы – неспособности права решать другой фундаментальный конфликт: между национальным и наднациональным правовыми порядками. Позитивное развитие постсоветской теории права может быть обусловлено только ее освобождением от бесконфликтных теоретических «тупиков» (советского и западного).

Ключевые слова: постсоветская теория права; функции права; конфликт; советское право; западная теоретико-правовая дилемма.

I. Методологический ракурс: право и конфликт (функциональность права как точка отсчета)

Любые попытки проанализировать современное состояние постсоветской теории (философии[1]) права неизбежно приводят к необходимости рассматривать ее в двух системах координат. *Первая* из них условно названа нами «исторической», представляя собой своего рода «взгляд по вертикали». Такой взгляд необходим, поскольку ни одна приставка не имеет ни малейшего смысла без понимания корня, к которому она приставлена. Иначе говоря, в данном аспекте корень «советская» интересует нас больше приставки «пост». *Вторая* система

[1] Мы никоим образом не настаиваем на идентичности понятий «теория права» и «философия права», но в рамках данной статьи их гипотетическое разграничение (независимо от критерия) не имеет никакого значения. Поэтому далее мы будем говорить только о теории права.

координат столь же условно названа нами «сравнительно-правовой», хотя речь скорее идет не о классической компаративистике, а о своего рода «взгляде по горизонтали», когда нас прежде всего интересуют явные или скрытые нити и устремления, связывающую постсоветскую теорию права с современными западными интеллектуальными теоретико-правовыми течениями. Здесь принципиальной становится уже приставка «пост». В обоих случаях, то есть применительно как к советскому прошлому, так и западному настоящему, постсоветская теория права испытывает, как представляется, определенную зависимость, с которой в значительной мере связаны трудности ее позиционирования. Их нам и предстоит обсудить. Именно так структурирована статья.

Но прежде чем приступить к анализу возникающих перед постсоветской теорией права проблем по исторической вертикали и сравнительно-правовой горизонтали, необходимо высказать, причем относительно подробно, несколько принципиальных для автора методологических соображений. Понятно, что право может анализироваться под разными углами зрения, ни один из которых исследовательской монополией не обладает. Понятно также, что теоретико-правовые споры в большинстве случаев являются не спорами по существу, а спорами о методологии. Поскольку один метод, как правило, исключает другой лишь для отдельно взятого исследователя, мучающегося сугубо индивидуальным вопросом, какой угол зрения ему следует избрать для анализа столь сложного феномена, как право, то имеет смысл просто объяснить свой угол зрения, не лишая остальных права ставить собственный «интеллектуальный телескоп» так, как они считают нужным, исходя из собственных исследовательских задач.

Поэтому мы будем отталкиваться от того, что в любом обществе, в любой социальной системе возникают самые разнообразные конфликты, и право является единственным *институциональным* способом их преодоления, причем, что самое важное, прежде всего в той ситуации, когда конфликт не удается преодолеть иначе. Другими словами, если, например, между супругами возник конфликт, и они не смогли погасить его любыми внеправовыми способами (самостоятельно, с помощью родственников или друзей, эмоционально или рационально, любовью или холодным расчетом и т.п.), то их конфликт будет разрешен *юридически* по требованию одного из них с помощью правовых инструментов (развод, раздел имущества, решение вопроса о воспитании детей и т.п.). Если же ссора супругов завершилась к всеобщему удовлетворению пылкими объятиями, то о праве никто не вспомнит. Это можно назвать *функциональностью* права, можно как-то иначе, но,

строго говоря, ни для чего другого оно не нужно. Все остальные гипотетические задачи, стоящие перед правом (воспитательная, профилактическая и т.д., и т.п.), вторичны, побочны и системообразующими не являются. Право возникает не для их решения.

Пример с супругами является, разумеется, элементарным. В любой социальной системе (в самом широком смысле) количество конфликтов уходит в бесконечность, что и предопределяет развитие правовых инструментов их разрешения, причем не только процессуальных, но и на соответствующем этапе эволюции права материально-правовых, когда казуистические методы *a posteriori* начинают вытесняться абстрактным правовым регулированием *a priori* (чтобы в последующем разрешить гипотетический конфликт, требуется зафиксировать права и обязанности, запреты и дозволения и т.п.). Это могут быть конфликты между людьми, между корпорациями, между людьми и корпорациями, политическими партиями, властью и оппозицией, государствами, государством и его гражданами и т.д. С развитием права на вторичном уровне возникают конфликты не столько социальные, сколько нормативные, когда друг с другом в некой якобы неодушевленной «борьбе за применение» конфликтуют сами правовые инструменты, что, конечно, является лишь внешним выражением противоборства тех, в чьих руках они находятся. Это «старые» конфликты между кутюмными и писаными нормами, между прецедентами и статутами, «новые» конфликты между конституциями и законами, законами и подзаконными актами, международно-правовыми и национальными нормами, правовыми принципами, правами человека и т.п. Для разрешения данных конфликтов часто создаются автономные процессуальные механизмы в виде международных и конституционных судов, возможности оспаривания не соответствующего закону подзаконного акта или, допустим, права обращения граждан в Европейский Суд по правам человека (далее – ЕСПЧ), если государство, ратифицировавшее Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, ее не соблюдает (конфликт между правоприменением отдельного государства и закрепленными в Конвенции фундаментальными принципами, на страже которых стоят Совет Европы в целом и ЕСПЧ в частности, хотя этот конфликт можно также рассматривать в качестве конфликта между государством и гражданином по поводу соблюдения государством тех или иных обязательств).

Все это аксиома. Строго говоря, право и конфликт всегда находились, находятся и будут находиться в прямо пропорциональной зависимости, поскольку права без конфликта (некоего «бесконфликтного

права») не существует, хотя никакого специального значения понятию «конфликт» мы не придаем. Терминология здесь может быть самой разнообразной. Так, в процессуальной теории принято использовать понятие «спор» (гражданско-правовой спор, уголовно-правовой спор, электоральный спор, трудовой спор и т.д.), а, допустим, в политологии или конституционно-правовой доктрине – понятие «борьба» (политическая борьба и т.п.). В этом смысле понятия «конфликт», «спор» или «борьба» являются для нас синонимами, точно так же как мы не видим разницы между французскими понятиями *conflit*, *contentieux* или *litige*, если попытаемся, например, выразить свою мысль на этом языке. Сюда же примыкает и понятие «конкуренция», часто используемое для обозначения нормативных конфликтов или конфликтов различных принципов, прав человека и т. д[1].

Итак, право представляет собой институциональный механизм разрешения конфликтов между людьми, юридическими лицами, государствами, нормами, человеком и государством, работником и работодателем и т.д., и т.п. Никакого другого специального предназначения в функциональном смысле у права нет, что и является для нас *методологической точкой отсчета*. Это, конечно, не означает, что право нельзя изучать, как отмечено выше, под другими углами зрения, например, в аспекте правосознания, правовой культуры и т.п. Но другие, сугубо исследовательские, углы зрения не должны, тем не менее, заслонять от нас лежащую на праве функциональную нагрузку. Понятно, что, например, рассматривать правовую культуру в качестве *правовой* можно только в том смысле, когда под этим подразумевается оценка восприятия обществом права как единственного институционального метода разрешения правовых конфликтов, что и позволяет отделить правовую культуру от просто позитивных форм человеческого поведения (вежливость, воспитанность и т.д.) или каких-то иных форм культуры (музыкальная, театральная и т.д.), пусть иногда косвенно и благотворно сказывающихся на профилактике правонарушений (допустим, интерес к театру редко совместим с девиантным поведением). Если же мы сталкиваемся с тем, что в том или ином обществе конфликты решаются, главным образом, с помощью рукоприкладства, то либо констатируем отсутствие там должной правовой культуры (нормальный дискурс), либо вынуждены рассматривать уличную драку как правовой инструмент (странный дискурс). Но и в последнем случае,

[1] См., например: Тимошина Е.В., Краевский А.А., Салмин Д.Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского ун-та. Серия 14. 2015. Вып. 3. С. 4.

кажущемся нам «странным», даже занимаясь изучением социальных практик в непривычной для нас культурно-правовой среде, где, допустим, к рукоприкладству существует иное отношение и где оно институционализировано (кулачный бой, поединок и т.п.), мы непременно столкнемся в любом обществе с разницей между уличной дракой как *социальным конфликтом*, требующим правового разрешения (уголовного преследования, предъявления иска в суд, заседания суда старейших, вызова на поединок и т.п.), и уличной дракой как *способом разрешения* социальных конфликтов, облеченным в какие-то экзотические для нас правовые формы. Таким образом, обсуждение феномена правовой культуры вовсе не имеет смысла, если не держать в уме функциональную роль права как способа разрешения социальных конфликтов. То же самое касается правосознания и любых других ракурсов, через которые мы рассматриваем сложный феномен права. Если говорить совсем простым языком, то автомобиль остается автомобилем (транспортным средством), под каким бы углом зрения мы его ни изучали: механическим, эстетическим, экономическим, социальным, военным и т.п. Функция механизма (физического или социального) не меняется в зависимости от исследовательского взгляда на него.

Учитывая функциональную нагрузку права, очевидным является, что любая фундаментальная теория права представляет собой *метод* разрешения правовых конфликтов, причем сами теории должны быть в каждом конкретном практическом случае взаимоисключающими, поскольку отдельный конфликт (спор) может быть решен только с помощью одного из методов. Выбор метода здесь предопределяет решение. Именно так происходит, например, с двумя величайшими из существующих методов: 1) позитивистским; 2) естественно-правовым. Судья может решить спор, опираясь либо на позитивистскую логику, либо на логику естественно-правовую, причем его выбор имеет значение только в ситуации, когда между двумя этими методами в свою очередь существует конфликт: одна сторона права́ исходя из действующих позитивным норм, а другая – если оперировать фундаментальными принципами права. Когда же между принципами и позитивными нормами противоречия нет, то и выбор метода значения не имеет.

В этом смысле вызывает удивление, что в последнее время возникло несколько правовых «теорий», с одной стороны, противопоставляющих себя позитивизму и юснатурализму, а с другой – не только не предлагающих иные внятные способы разрешения социальных конфликтов, но, похоже, вовсе забывающих о функциональном предназначении права. Рассмотрим кратко две из них, находящиеся сегодня в России

на волне теоретико-правовой «моды»[1]. Нас они интересуют не столько сущностно, сколько методологически, в силу чего мы и предпочли рассмотреть их в этой части исследования, рискуя даже несколько затянуть наши «методологические пояснения».

1. Правовой конфликт и коммуникация

Начать следует с Л.И. Петражицкого, которого многие сегодняшние теоретики права считают своим предшественником, опираясь на то, что сам факт проживания в разные эпохи в одном городе позволяет утверждать по сугубо географическому признаку о наличии некоей «школы». Пусть так – возражать не будем.

Специфика теории Л.И. Петражицкого заключается, как известно, в том, что для него: «Существо и значение права проявляется не в процессах и не в решении сложных юридических случаев. Право должно психически воздействовать на людей, руководить ими и указывать на разумный путь в регулируемой сфере поведения»[2]. Отсюда вытекает, что Л.И. Петражицкого не интересовали сугубо правовые методы преодоления правовых конфликтов («решение юридических случаев») как таковые. Абстрагируясь от них, он избрал иной угол зрения и был занят ответом на лежащий в совершенно другой плоскости вопрос: почему люди подчиняются праву, власти, государству? При этом Л.И. Петражицкий прекрасно отдавал себе отчет и в конфликтном характере права, и в необходимости правовых средств разрешения споров, и в роли суда[3] и т.д. Но подчеркнем еще раз – он ставил перед собой вопросы иного порядка, на которые и дал тот ответ, который сегодня известен под наименованием «психологической теории права». Теперь представим себе, что мы всё знаем о «моторном возбуждении», «императивно-атрибутивных эмоциях», причинах, по которым ребенок слушается «няньку»[4], а подданные – монарха. В общем, мы поняли, почему

---

[1] Ради экономии места мы не рассматриваем здесь другие «модные» теоретико-правовые концепции, скажем, так называемую «либертарно-юридическую теорию права» (см. о ней, например, в обзоре: Графский В.Г. Основные концепции права и государства в современной России: по материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН) // Государство и право. 2003. № 5. С. 5–9). Однако, если ее препарировать по тем же методологическим «лекалам», то это даст точно такие же результаты.

[2] Цит. по: Мережко А.А. Л.И. Петражицкий в Киевском Императорском университете Св. Владимира // Правоведение. 2014. № 1. С. 180 (А.А. Мережко абсолютно прав, полагая, что данная цитата из раннего Л.И. Петражицкого выражает идеи, которые позже легли «в основу его психологической теории»).

[3] Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. I. СПб., 1907. С. 166, 174–177 и др.

[4] Там же. С. 199.

французы чтут Гражданский кодекс, а американцы – Конституцию, не говоря уже о Международном пакте о гражданских и политических правах, вызывающем и у тех, и у других сильное «моторное возбуждение». Но помогут ли нам эти знания в принятии решения в пользу истца или ответчика, обвинения или защиты, конституционности или неконституционности того или иного закона? Вряд ли. Другими словами, психологическая теория права Л.И. Петражицкого привела к колоссальному развитию знаний, резкому взрыву интереса к юридической психологии, пониманию мотивации человеческим поступков, в чем заключается ее несомненная заслуга, но праву как таковому (как средству разрешения конфликтов) она не дала ничего. Строго говоря, это в большей мере психологическая, нежели теоретико-правовая, концепция, не только не вытеснившая, но и не способная вытеснить ни позитивизм, ни юснатурализм. По крайней мере, автору этих строк так и не удалось обнаружить ни одного судебного (или правоприменительного в самом широком смысле) акта ни в одной стране мира, где бы суд принял решение в пользу стороны с более выраженным «моторным возбуждением» или «императивно-атрибутивными эмоциями», превосходящими по императивной атрибутивности эмоции его процессуального оппонента.

Нечто подобное происходит сегодня и с так называемой «коммуникативной теорией права», некоторые сторонники которой объявили себя наследниками Л.И. Петражицкого в рамках так называемой «петербургской школы философии права», ленинградский этап развития которой пока еще остается исследованным не до конца.

В самом общем виде смысл этой теории, сегодня развиваемой многочисленными адептами уже далеко за пределами мест проживания Л.И. Петражицкого, сводится к тому, что «для юриста язык является главным инструментом в его профессиональной деятельности. Юрист не только выражает свои идеи, взгляды (устно или письменно) с помощью языка, но и воспринимает правовую реальность через языковую коммуникацию, формируя свое правосознание, правовую культуру, оттачивая навыки правового мышления»[1]. Мысль, конечно, бесспорная. Но что в ней собственно правового? То же самое можно сказать и о дающем нам рекомендации враче, учителе, авиадиспетчере или, допустим, таксисте, который без коммуникации с пассажиром вряд ли доставит его по нужному адресу. Есть ли вообще хоть какая-то человеческая деятельность, которая обходится без коммуникации? Нет

[1] Хижняк Ю.В. Язык права и язык художественной литературы: аспекты взаимосвязи // Правоведение. 2014. № 1. С. 13.

сомнений, что «абсолютный Робинзон (человек, находящийся в неустранимой изоляции от других людей) не имеет прав и обязанностей»[1], но стоит ли выстраивать целую правовую теорию, чтобы отделить абсолютных Робинзонов (много ли их?) от остальных людей, не говоря уже о том, что тот же абсолютный Робинзон не может заниматься ни медициной (кого лечить?), ни педагогикой (кого учить?), ни даже частным извозом (кого и куда везти?).

Пояснения сторонников «коммуникативной теории» оставляют не меньше вопросов. Так, по мнению А.В. Полякова, ярким примером правовой коммуникации является текст в виде объявления «*Курение в общественных местах запрещено*», который становится правовым, если адресаты воспринимают его в качестве руководства к действию, воздерживаясь от курения в общественных местах[2]. Странная мысль. А если человек подошел к объявлению, «чертыхнулся» на глупый, с его точки зрения, запрет, собрался намеренно его нарушить, но не смог этого сделать, поскольку забыл дома сигареты? Текст объявления перестанет быть правовым? Это коммуникация или антикоммуникация? Или представим себе ситуацию, когда к объявлению подошел иностранный турист, ни слова не знающий по-русски, ничего не понял, но курить не стал, поскольку давно бросил. Здесь имеет место коммуникация? Представляется, что дело здесь не в коммуникации, а в поведении. Если запрет не нарушен, то причины поведения вообще не имеют значения. Если он нарушен, но никто этого не увидел, причины опять-таки *de facto* значения иметь не будут, поскольку правонарушение останется латентным. Но вот если правонарушение окажется установленным уполномоченным лицом (полицейским и т.п.), то все зависит от согласия или несогласия курильщика со штрафом, который он вправе уплатить или оспорить. Добровольная уплата, конечно, также имеет все необходимые правовые последствия и легко описывается в правовых понятиях (правонарушение, санкция, исполнение и т.п.), но здесь правоприменение остается, скажем так, на элементарном уровне. Сложным оно станет в случае возникновения спора, связанного с отказом курильщика платить штраф, и дальнейшей процессуализацией данного спора. Она приведет к появлению подлинно правовой логики, поскольку конфликт (спор) надо разрешить. Логика может быть либо позитивистской, причем как против курильщика (есть запрет – есть его нарушение – есть ответственность),

[1] Поляков А.В. Признание права и принцип формального равенства // Принцип формального равенства и взаимное признание права / под ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М., 2016. С. 71.

[2] Там же.

так и гипотетически в его пользу (запрет установлен неуполномоченным органом, с нарушением необходимых процедур и т.п.), либо в крайне редких случаях естественно-правовой, когда курильщик будет настаивать, например, на неправомерном ограничении его фундаментальных прав, дойдя до самых высоких судебных инстанций, причем здесь опять-таки аргументация может быть как *pro* (права курильщика), так и *contra* (права других лиц). Что во всем этом «коммуникативного», и чем данное дело отличается от множества других дел? Тем, что события развернулись у белого листа с черными буквами, то есть «текста» в самом что ни на есть материальном смысле?

Представляется, что основная проблема «коммуникативной теории» заключается в том, что она описывает некий феномен (коммуникацию между участниками правовых отношений, правовых и судебных процедур и т.п.), даже не пытаясь понять, имеет ли он какое-либо правовое значение. Оферта и акцепт предполагают коммуникацию двух или более людей. Верно. Участники судебного разбирательства коммуницируют между собой: выступают, заявляют письменные и устные ходатайства, задают вопросы, отвечают на них, оглашают документы. Опять-таки верно. Без коммуникации невозможны ни заключение договора, ни судебный процесс. И это верно. Но каково правовое значение всех этих трюизмов? Каким образом помогают они нам разрешить дело или определить права и обязанности сторон по договору? На данные вопросы ответа нет. Более того, заключение договора или судебный процесс невозможны не только без коммуникации, но и без массы других условий, например, надлежащей работы сердца или должного функционирования пищеварительной системы людей, иначе они умрут, что исключает и заключение между ними договора, и их участие в судебном процессе. Если иметь соответствующее воображение, то при желании тот же судебный процесс можно представить в виде не только коммуникации, но и совокупности одновременно бьющихся сердец или одновременно работающих желудков. Значит ли это, что вслед за теорией правовой коммуникации вскоре должны также появиться теории правовой кардиологии, правовой гастроэнтерологии и т.п.? Вряд ли. Хотя никто, конечно, не мешает проводить научные исследования о влиянии работы пищеварительной системы на настроение участников судебного разбирательства, принимаемые ими решения, степень их процессуальной активности и т.д. Такие исследования могут даже оказаться весьма полезны и привести к ценным рекомендациям, позволяющим устранить негативные последствия долгого пребывания в закрытых помещениях или неподвижного образа жизни

судей, прокуроров, адвокатов и др., что в конечном итоге позитивно скажется на их профессиональной деятельности, эмоциональном состоянии, отношении к потерпевшим и обвиняемым и т.п. Но при всей гипотетической ценности таких исследований они будут иметь не правовой, а *медицинский* характер, так как ничего не дадут с точки зрения поиска вариантов (методов) разрешения правовых споров (конфликтов). В этом они ничем не отличаются от теории правовой коммуникации, которая при всей своей общенаучной перспективности не способна ответить ни на один вопрос, стоящий в сугубо правовой плоскости, в силу чего, вопреки известным заявлениям о «постклассической эре», мы видим, что любые судебные решения – от мирового судьи до ЕСПЧ – по-прежнему базируются либо на позитивистской (чаще), либо на естественно-правовой (реже) логике. Никакой «коммуникативной» аргументации мы в них не находим[1].

1. Правовой конфликт и интегративность

Не меньше вопросов методологически вызывает и так называемое «интегративное»[2] или, как его еще иногда называют, «интегральное»[3] понимание права. В принципе понятно, что нет большего интеллектуального искушения, чем остановить бесконечные теоретико-правовые споры и соединить воедино все существующие типы понимания права, в чем, собственно, и заключается смысл «интегративной концепции». В такой ситуации право «предстает как включающее в себя идеальное и материальное, рациональное и иррациональное, должное и сущее,

[1] Неслучайно, что, сталкиваясь, например, с необходимостью предложить конкретные решения по преодолению конкуренции прав человека, сторонники «постклассических теорий» тут же заявляют о том, что применение «коммуникативной теории права А.В. Полякова... позволяет перевести разговор о правах человека в плоскость юридической догматики», становясь на «твердую почву» догматической юриспруденции (Тимошина Е.В., Краевский А.А., Салмин Д.Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека. С. 14, 29). Иначе говоря, никакого самостоятельного юридико-методологического контента коммуникативная теория в этой части не имеет, лишь требуя от своих сторонников временного превращения из «постклассиков» в вооруженных стандартной юридической догматикой «классиков». Когда же конкретная правовая задача решена, то «карета снова делается тыквой», а «классик» – «постклассиком».

[2] См., например, о нем: Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 14 и др. (здесь же краткий генезис развития «интегративной юриспруденции» на Западе и в России, а также выборочная библиография вопроса, которая сегодня может быть, разумеется, изрядно пополнена).

[3] См., например: Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004. С. 191 и др. Возникает ощущение, что для большинства авторов нет разницы между понятиями «интегративный» и «интегральный» – выбор здесь сугубо вкусовой, в силу чего мы также будем исходить из их равнозначности.

объективное и субъективное, «естественное» и «сконструированное», статичное и деятельное»[1], и т.д., и т.п.

Если бы право представляло собой исключительно объект изучения и не выполняло никакой функциональной нагрузки, то «интегративный подход» действительно выглядел бы безупречным. Строго говоря, любые знания всегда интегративны в том смысле, что определенный заслуживающий того объект необходимо изучать с разных точек зрения, и было бы глупо рассматривать, например, физику, химию, психологию или социологию как конкурирующие типы понимания реальной действительности. Разумеется, эти науки развиваются одновременно и не только не исключают, но, напротив, дополняют друг друга. Изучение, допустим, крови или мозга человека представителями самых разных наук никак не мешает изучению представителями других наук его психологии, речи, способности к социальной адаптации и т.д. Диверсификация научных подходов и методов позволяет аккумулировать полученные знания, интегрировать их в общую интеллектуальную копилку человечества, что приносит немало пользы.

Однако право интересует нас в качестве объекта изучения только в той мере, в какой оно способно выполнять лежащую на нем функциональную нагрузку по разрешению социальных конфликтов. Изучение здесь вторично, первично – действие. Но если изучать право «интегративно» не только можно, но и необходимо, то может ли оно действовать «интегративно»? Иначе говоря, может ли оно «интегративно» выполнять свои функции? Как это должно выглядеть? Дескать, истец X прав с естественно-правовой точки зрения, а ответчик Y – с позитивистской. И что дальше? Кому нужно такое «компромиссно-интегративное» решение, и как мы его будем исполнять? Невзирая на искушение компромиссом, судье все равно придется выбирать в каждом конкретном случае, становясь либо позитивистом, либо юснатуралистом. Что же касается коммуникативных и психологических теорий, то, как уже отмечалось, они вовсе ничего не способны нам дать в функциональном смысле. То же самое, к слову, относится и к социологическим концепциям. Как можно найти справедливое судебное решение «социологически»? Судья должен проводить анкетирование или изучать статистику, а затем принимать решение потому, что так думают, допустим, 63% опрошенных судей или 71% опрошенных адвокатов? Абсурд.

Здесь имеет место явное смешение между правом как объектом изучения и правом как функциональным механизмом, то есть между

[1] Поляков А.В. Указ. соч. С. 195.

собственно правом и *знаниями о праве*. Юснатурализм и позитивизм – это не исследовательские концепции, а *методы* поиска справедливых правовых решений, для чего в том числе требуется качественная юридическая догматика: систематизация и кодификация, разделение вещного и обязательственного права, гражданского и уголовного, материального и процессуального, *common law* и *statute law* и т.п. Что справедливее: заранее определить, опираясь на демократические процедуры, правила поведения (законы) и затем их строго придерживаться или искать фундаментальные правовые ценности в каждом конкретном судебном деле? Может ли судья выйти за пределы нормативной конструкции, выработанной и закрепленной через механизмы народного представительства? Существуют ли общепризнанные принципы права, действующие независимо от их формальной легализации? На все эти вопросы юристы искали и продолжают искать ответы, систематизируя их в виде общих теорий: естественного права и юридического позитивизма. Причем здесь социология, психология, коммуникация и прочие «нарративы»? Как можно разрешить правовой спор «постмодернистски» или «постклассически»? Кто-нибудь может показать такое судебное решение?

В результате теоретико-правовая фразеология перестает иметь какую бы то ни было связь с реальностью: теоретик права произносит некий набор слов из выработанного за последние десятилетия постмодернистского катехизиса, но когда дело доходит до конкретики, то отбрасывает свой катехизис в сторону и оказывается яростным сторонником ЕСПЧ, американского Верховного суда (созданного в... XVIII веке) или правовой позиции по делу *Marbury v. Madison*, сформулированной, напомним, в 1803 г., то есть задолго до М. Фуко или Ж. Бодрийяра. Что «постмодернистского» или «постклассического», например, в отчаянной и бескомпромиссной идеологической борьбе ЕСПЧ за гендерное равенство или права меньшинств? Чем эта борьба отличается от борьбы за всеобщее избирательное право или социальные права рабочего класса? Почему в первом случае мы с энтузиазмом отмечаем несомненные проявления «интегративного постмодернизма», а применительно ко второму – с усталой иронией рассуждаем об ушедшей «классической эпохе»? Непонятно.

На самом деле в классификации «теорий права» давно сбит критерий. Никто ведь не отрицает значение социологии права, психологических методов, юридической антропологии или анализа языка коммуникации. Но это сугубо *исследовательские* методы изучения феномена права как социального явления (взгляд извне), а не методы разрешения правовых споров (взгляд изнутри), которые в свою очередь исследова-

тельскими не являются. Иначе говоря, право можно изучать социологически, но нельзя социологически разрешить правовой спор. С другой стороны, правовой спор можно решить на основе естественно-правового подхода, но нет «юснатуралистического» научного метода изучения правовой реальности, в силу чего нет и такой науки, как «юридический юснатурализм». Ставить юснатурализм, этатизм, социологизм и психологизм в один ряд, как это делают некоторые авторы[1], просто некорректно, хотя смешение критериев выделения а) методов разрешения правовых споров и б) изучающих право наук возникло не сегодня, а значительно раньше – в эпоху бурного роста где-то в XIX столетии социологических, психологических и других дисциплин[2], старавшихся придать праву подлинную научность и объявивших себя новыми «теориями права», пришедшими на смену «старым» позитивизму и юснатурализму, чего в действительности не произошло.

Если вернуться к «интегративной концепции», то разрешить, как мы выяснили, конкретное дело «интегративно», конечно, нельзя. В функциональном плане такого правового метода не существует. Но никто не мешает нам в плане сугубо исследовательском социологически изучать судебную практику, чтобы понимать, какие методы разрешения правовых споров доминируют в той или иной правовой системе. Впрочем, здесь нас вряд ли ждут какие-то неожиданности. В развитых правопорядках любая правовая система в той или иной мере «интегративна», поскольку нет таких систем, которые используют какой-то единственный способ разрешения споров. Можно ли себе, скажем, представить правовую систему, где 100% судебных дел, включая мелкие рутинные споры, рассматривалось бы с естественно-правовых позиций? Обратное представить еще можно (чисто «позитивистские» правовые системы), но не сегодня с учетом развития конституционной юстиции и роли наднациональных судебных органов. При этом понятна и динамика: на нижних уровнях судебной системы тотально доминирует позитивизм, но по мере деволютивного движения дел вверх по судебно-инстанционной лестнице шанс столкнуться с естественно-правовой аргументацией возрастает. Когда мы доходим до конституционных судов и уж тем более до ЕСПЧ, естественно-правовой метод в свою очередь становится тотально доминирующим, вытесняя позитивизм, так как любую Конституцию или Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод в большинстве случаев про-

[1] Поляков А.В. Указ. соч. С. 195.

[2] Уже во второй половине XX века к этому же ряду примкнули и экономические дисциплины.

сто-напросто невозможно толковать чисто позитивистски, в том числе по сугубо техническим причинам (там слишком мало норм)[1]. Вот, пожалуй, и вся «интегративность» в ее социологическом преломлении. Нужны ли нам специальные исследования, чтобы констатировать такого рода банальности, которые являются *a priori* очевидными, причем по сугубо юридическим причинам? Вопрос риторический.

В целом мы видим, что функциональный взгляд на право, без которого само право теряет смысл, превращаясь из институционального механизма лишь в игрушку для разнообразных исследователей, совершенно необходим. Он позволяет методологически отбросить все лишние (не в исследовательском, а в сугубо юридическом плане) «теории права», ничего нам не дающие с точки зрения справедливого разрешения социальных (в самом широком смысле) конфликтов. Более к этому возвращаться не будем. Наша методологическая «подводка» и так достаточно затянулась, хотя обойтись без нее было нельзя.

Но как только мы возвращаемся к функциональной ипостаси права, то вместо «твердой почвы» традиционных теорий права, юридической догматики и «классического алгоритма разрешения юридических коллизий»[2] сталкиваемся с особыми проблемами, характерными прежде всего для постсоветской теории права. Это и есть те самые трудности позиционирования по «исторической вертикали» и «сравнительно-правовой горизонтали», которые были объявлены в наименовании данной работы и к которым мы переходим уже без каких бы то ни было методологических оговорок.

II. Трудности позиционирования в исторической ретроспективе: от советской «бесконфликтности» к реальным правовым механизмам

Существовали ли в советском праве реальные правовые механизмы преодоления социальных конфликтов? С одной стороны, вопрос выглядит странно, поскольку положительный ответ на него сомнений не вызывает. Каковы бы ни были наши симпатии или антипатии к советской власти, мы прекрасно знаем или даже помним о советской

[1] В то же время наднациональные суды, имеющие возможность оперировать значительно более обширным и подробным массивом источников права, иногда не брезгают и сугубо позитивистскими методами разрешения споров, что мы увидим далее на примере Суда справедливости Европейского Союза, в распоряжении которого сегодня находится набор нормативно-правовых актов (право ЕС), по степени технической детализации иногда не уступающий национальному законодательству.

[2] Тимошина Е.В., Краевский А.А., Салмин Д.Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека. С. 27, 29.

судебной системе, советском гражданском процессе, советском уголовном процессе, которые функционировали в большинстве случаев вполне надежно, особенно в позднесоветские годы, и опирались на устойчивый институциональный каркас, в чем-то даже выгодно отличающийся от сегодняшних законодательных метаний, неопределенности, бесконечных реформ и т.д. Все это так.

Но основная особенность советского права заключалась не в его способности юридически корректно разрешать рутинные гражданские или уголовные дела (с чем оно более или менее успешно справлялось, мало отличаясь от других правопорядков), а в его полном бессилии перед *фундаментальными* конфликтами социально-политического характера. Именно в этом состояла очевидная и фатальная слабость советского права, связанная не столько с правом как таковым или, допустим, некомпетентностью советских юристов, а с теми условиями, в которые оно было поставлено.

Во-первых, советское право было полностью отстранено от решения любых политических конфликтов. При этом сами конфликты, разумеется, существовали, их не могло не быть, как не могло не быть «группировок», «партий», «кланов» и т.п., в чем легко убедиться, например, в ситуации со смещением со своего поста Н.С. Хрущева, представлявшей собой классический вариант политической борьбы и политического конфликта. После известных сталинских политических «процессов», которые при всем желании сложно назвать правовыми, право было вовсе вытеснено из политической сферы, причем не только на судебном, но и на элементарном институциональном уровне. Никто, скажем, не может себе даже представить альтернативное голосование при выборах на Пленуме Генерального секретаря ЦК КПСС в 1980-е годы – с выдвижением кандидатов, обсуждением их программ, определением формы голосования, созданием счетной комиссии, подсчетом голосов и т.п. Это было немыслимо. Какова бы ни была острота реального политического противостояния, все должно было решаться внешне бесконфликтно, через, как сказали бы сегодня, «горизонтальную коммуникацию» или «гетерархически», то есть теми методами, которые раньше назывались «аппаратными». Политический конфликт (сам по себе нормальный и даже естественный) не имел эффективных правовых механизмов своего разрешения, в силу этого неизбежно превращаясь в конфликт «закулисный», сопровождавшийся бурной внеправовой коммуникацией и идеальным единогласием при формально-правовом принятии решения. Иначе говоря, право здесь выступало лишь «бюрократической ширмой», не выполнявшей никаких реальных институциональных функций.

Во-вторых, советское право было просто не способно решать фундаментальные социально-политические конфликты, поскольку *a priori* не могло выработать элементарную иерархию своих источников, отражавшую реальное положение вещей. Скажем, как определить соотношение партийных актов и классических нормативно-правовых актов государства (Конституция, законы и др.)? Какие из них имеют формально-юридический приоритет? Все понимали, что *de facto* приоритет всегда будет оставаться за партийными директивами (Постановлениями Пленума ЦК КПСС и др.), что бы ни было записано в Конституции или законах. Но провозгласить это официально, создав систему источников права *sui generis*, было концептуально невозможно, поскольку советская власть, по крайней мере, в свой зрелый период, считала недопустимым отказ от традиционных правовых концепций. Как следствие, правовая система продолжала *de jure* утверждать о верховенстве Конституции и законов, не совершая никаких революционных теоретических шагов. Как в такой ситуации можно было решить вопрос о реальной иерархии источников права?

В отсутствие иерархии источников права не могло быть и речи о попытках преодолевать с помощью правовых инструментов гипотетические противоречия между разными пластами политико-правовой системы: партийным и государственно-правовым (в традиционном смысле)[1]. Раз нет правовых средств, то не может быть и официально признанного конфликта, подлежащего разрешению (конфликта в институциональном смысле). Любое человеческое расхождение в точках зрения (конфликт в реальном смысле) между партийными функционерами и представителями, допустим, официальных законодательных органов снималось посредством пресловутой «горизонтальной коммуникации», то есть все теми же чисто аппаратными методами – с помощью согласований, консультаций, совещаний, звонков и т.д., что и составляло подлинное значение легендарного штампа «телефонное право». Право полностью уступило свое место неюридическим методам разрешения противоречий: вместо правовых «иерархий» приме-

[1] Само по себе наличие таких конкурирующих «пластов» никогда драмой не являлось. Строго говоря, основной нерв развития права и проходит всегда через поиск правовых средств преодоления конкуренции между jus civile и jus gentium, кутюмным и писаным правом, общим правом и правом справедливости, гражданским и каноническим правом и т.д., и т.п. Однако для развития права требуется, во-первых, не бояться признать конкуренцию (конфликт), а во-вторых, начать поиск подлинно правовых инструментов его разрешения в каждом конкретном случае. Советское право вместо этого пошло по пути нарочитой «бесконфликтности» (страх перед признанием конфликта как таковым), чем в значительной мере и загнало себя в тупик.

нялись исключительно бюрократические «гетерархии»[1]. Назовем этот феномен советской «бесконфликтностью», что, разумеется, означает не отсутствие реальных или гипотетических конфликтов как таковых, а отказ от самой возможности (даже теоретической) их институционализации (официального признания) и правового разрешения.

Могла ли в таких условиях развиваться полноценная теория права? Конечно, нет. Официально она считалась марксистской, то есть основывалась на так называемом «марксистском учении о праве и государстве», уделявшем внимание конфликтам совершенно иного типа (классовая борьба и т.п.) и находившемся достаточно далеко от советской социально-правовой реальности, по крайней мере, послевоенного периода (1950-е – 1980-е годы), и ее институциональных проблем. Марксистский характер советской теории права не только не подвергался ни малейшим сомнениям в СССР, но и не отрицался на Западе, что позволяло относить советское право к особому типу так называемых «социалистических» правовых систем, основанных на марксизме-ленинизме[2], хотя некоторые наиболее проницательные исследователи и отмечали странное советское противоречие, когда право одновременно находилось в двух регистрах: с одной стороны, едва ли не «буржуазного нормативизма», а с другой – достаточно жесткой идеологии, изначально являвшейся антиэтатистской и антиюридической[3]. Впрочем, если с элементами «буржуазного нормативизма» и можно согла-

[1] В этом смысле показателен символический эпизод, неоднократно описанный в юридической мемуарной литературе. Как известно, в советский период естественным образом (и даже где-то логично) сложилась практика, когда в ходе заседаний Пленума Верховного Суда СССР за круглый стол, предназначенный для судей, садились также представители отдела административных органов ЦК КПСС, Президиума Верховного совета СССР и некоторые другие высокопоставленные лица. В 1984 г. с приходом нового Председателя Верховного Суда СССР В.И. Теребилова данную практику было решено изменить, пересадив партийных, советских и др. чиновников на специальные места для гостей (что вызвало их непонимание), поскольку Пленум Верховного Суда – это, как справедливо заметил принявший такое решение В.И. Теребилов, «не собрание юристов, а заседание высшего судебного органа страны». Примечательно, что с этого, казалось бы, незначительного события, согласованного, как сегодня становится известно, с тогда еще просто Секретарем ЦК КПСС М.С. Горбачевым, собственно и начиналась «перестройка», одним из приоритетных направлений которой намечалась судебно-правовая реформа (см.: Теребилов В.И. Записки юриста. М., 2003. С. 126–128 ; Ромазин С.Б. Воспоминания судьи. М., 2015. С. 121–122). Чем она закончилась для системы, мы сегодня прекрасно знаем: переход от аппаратных «гетерархий» к правовым иерархиям и конструкциям оказался просто-напросто невозможен даже на сугубо символическом уровне.

[2] Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 160 и др.

[3] Manaï D. Discours juridique soviétique et interventions en Hongrie et en Tchécoslovaquie. Genève, 1980. P. 241, 243.

ситься (именно они и давали советскому праву возможность оставаться *правом*), то с идеологией все обстояло значительно сложнее. Дело здесь даже не в ее генетическом антиэтатизме и антиюридизме, с которыми советское право постепенно более или менее справилось. Дело в другом. Какое влияние данная идеология оказывала на реальное правоприменение? Пожалуй, никакого. Являлась ли она реальным методом разрешения правовых споров, допустим, в условных 1955, 1965 или 1975 гг.? Можем ли мы назвать хоть какие-то судебные решения, опиравшиеся на учение о базисе и надстройке, производительных силах и производственных отношениях, примате экономики над политикой и т.п.? На все эти вопросы следует ответить отрицательно: подобный «экономический анализ права» был совершенно немыслим в рамках советского правоприменения периода «развитого социализма», прибегать к нему никто никогда даже не пытался. Если какие-то следы реального марксизма и можно гипотетически обнаружить в советской правоприменительной практике, то исключительно в ранние годы (1920-е – начало 1930-х). Затем марксизм-ленинизм выполнил свою деструктивную революционную функцию, сломал идеологически и отчасти технически «старое» право, но в период неизбежно следующей за любой революцией социальной и институциональной стабилизации стал лишним, превратившись в пустую декларацию. Советская марксистско-ленинская теория права в юридическом плане являлась абсолютно декларативной и никак не влияла на реальные методы разрешения социально-правовых конфликтов.

В результате советская теоретико-правовая доктрина оказалась зажата в тиски двух неразрешимых проблем. С одной стороны, весь ее идеологический базис был сугубо декларативен и лишен собственно юридического наполнения, что исключало какую бы то ни было возможность связать юридическую догматику с теоретико-правовой основой. С другой – наиболее фундаментальные социально-политические конфликты оставались вовсе вне сферы эксплицитного правового регулирования, имплицитно разрешаясь посредством сугубо «аппаратных» социальных практик неюридического характера. Право к ним не подпускали, не давая ему даже ни малейшего шанса выстроить внятную реальную иерархию своих источников.

Что оставалось делать в таких условиях теоретикам права? Избегать какого-либо юридического анализа, уходить от острых вопросов, ограничиваться перечислением, пересказом, упоминанием, причем исключительно в «бесконфликтном» дескриптивном духе. Так возник знаменитый советский описательный (комментаторский) стиль – сво-

его рода «советская экзегеза», которую некоторые авторы называют «советским легизмом»[1]. Такого рода наименование вполне допустимо, хотя считать подобный легизм «версией юридического позитивизма»[2] вряд ли можно. Юридический позитивизм построен на вполне определенных юридических конструкциях и иерархиях, позволяющих юридико-технически корректно решать социальные конфликты. Советский легизм представляет собой описание без анализа, намеренный отказ от постановки подлинно юридических проблем, постепенно ставший почти рефлекторным, простой пересказ нормативных положений без малейших попыток показать их суть, забвение функциональной природы права, смешение юридического и неюридического. Здесь автор, обсуждающий, например, функции прокуратуры, просто перечисляет их так, как они изложены в соответствующей статье закона или подзаконного акта, ставя в один ряд, допустим, уголовное преследование и проведение «координационных совещаний», изучение статистической информации и т.п[3]., хотя в первом случае мы имеем дело с подлинно правовой функцией (она направлена на разрешение конфликтов путем правоприменения), а во втором – с чисто организационно-бюрократической, то есть внеправовой (она не имеет никакого отношения ни к разрешению конфликтов, ни *ergo* к правоприменению). В позитивистской логике такого рода смешение недопустимо. Она как раз требует четкого понимания разницы между реальными правовыми механизмами (с точки зрения правоприменительных функций того или иного ведомства) и многочисленными нормативно-правовыми положениями об обязанности данного ведомства вести делопроизводство, поддерживать в надлежащем состоянии свои помещения, обрабатывать ту же статистическую информацию или закупать в надлежащем количестве скрепки. Покупка скрепок также представляет собой, конечно, юридический факт (сделку), но его последствия лежат в совершенно иной плоскости, превращая ведомство из наделенного властными правоприменительными полномочиями органа в простого субъекта гражданского права. Юридический позитивизм потому

[1] Слыщенков В.А. Сравнительное право и культура: размышления о культурном измерении правопорядка // Правоведение. 2014. № 3. С. 22.

[2] Там же.

[3] См., например: Суд и правоохранительные органы / отв. ред. Ю.К. Орлов. М., 2006. С. 368, 377 (соответствующая глава этой работы, приводимая исключительно для иллюстрации и по качеству даже заметно превосходящая подавляющее большинство аналогичных текстов о функциях прокуратуры, написана в постсоветский период, но методологически основана на «советском легизме», используя выражение В.А. Слыщенкова).

и является *юридическим*, поскольку построен на юридико-техническом препарировании реальной действительности. В лучших своих проявлениях советская правовая доктрина была ему не чужда, но отнюдь не тогда, когда она уходила в чистую описательность, заменяя подлинно юридический дискурс механическим пересказом нормативно-правовых текстов, в чем ничего позитивистского не было, так как не было собственно *юридического*.

Скажем, как в советском правоведении решалась поднимавшаяся выше острейшая проблема иерархии партийных директив и законодательных актов, без преодоления которой никакой юридический позитивизм невозможен, по крайней мере, в теоретико-правовой плоскости? Как решалась близкая проблема юридической природы совместных постановлений партийных и правительственных органов? В 1940 г. С.А. Голунский и М.С. Строгович пишут об этом: «Важнейшим источником права в СССР являются совместные постановления СНК СССР и ЦК ВКП (б). Они принимаются всегда по принципиальным вопросам огромной политической важности... Такие постановления представляют собой одновременно и государственный акт, и партийную директиву, чем подчеркивается их особое политическое значение для широких масс трудящихся»[1]. И более ничего. Получили ли мы ответ на вопрос об иерархии советских источников права? Разумеется, нет, хотя авторов в этом упрекать невозможно – ничего другого они предложить были не в состоянии. Откроем теперь известнейший учебник А.И. Денисова 1948 г.: «Особо следует отметить совместные постановления Совета Министров СССР и ЦК ВКП (б) по важнейшим вопросам хозяйственной, политической и культурной жизни страны. Эти акты имеют одновременно и государственно-правовой характер, ибо они исходят от правительства, и характер партийной директивы, так как они издаются Центральным комитетом партии»[2]. Далее опять-таки ни слова ни о месте партийных актов в системе источников советского права, ни о процедуре принятия «совместных постановлений», ни о юридической природе последних. Может быть, это особый стиль 1940-х годов, отличавшийся сугубой лапидарностью в связи с непростым историческим контекстом? Отнюдь, в чем легко убедиться, заглянув в учебник уже 1987 г., написанный весьма авторитетным коллективом советских теоретиков права. «В политическом докладе ЦК КПСС XXVII съезду партии, – пишут они,– «поставлена задача «и дальше улучшать качество советских законов»... улучшение качества советских

[1] Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. М., 1940. С. 181.

[2] Денисов А.И. Теория государства и права. М., 1948. С. 444.

законов означает прежде всего всемерное вовлечение народа в процесс разработки и принятия нормативно-правовых актов»[1]. Это все, что удалось обнаружить по интересующим нас вопросам.

Где здесь юридический позитивизм? Где правовой анализ и аргументация? Где попытки понять реальную иерархию источников права? Где, в конце концов, знаменитый жесткий советский нормативизм, в котором постоянно упрекают советское право? В рассуждениях о «широких массах трудящихся» и «всемерном вовлечении народа»? На самом деле ничего этого нет и в помине. Есть набор мало что дающих в юридическом смысле констатаций и штампов, строго говоря, не имеющих теоретико-правового значения. Причем мы опять-таки не упрекаем в этом авторов – они писали, как могли, находясь в условиях жестких интеллектуальных ограничений. Другое дело, что если учившийся на юридическом факультете Московского университета еще в дореволюционную эпоху и оставленный при кафедре уголовного права и процесса для подготовки диссертации в сентябре 1917 г.[2] Сергей Александрович Голунский прекрасно знал, как выглядят доктринальные тексты, выдержанные в том числе в духе юридического позитивизма, то к концу 1980-х годов многие не имели уже об этом ни малейшего представления. Причем речь идет как о тех, кто писал, так и о тех, кто их критиковал.

Как бы то ни было, но советская система оставляла очень небольшое пространство для теоретико-правовой доктрины, то есть подлинно юридического анализа. Едва только дело касалось мало-мальски сложной проблемы, возникала советская «бесконфликтность» – запрет обозначать социально-политический конфликт и допускать право к его разрешению. К нормативизму или позитивизму советская «бесконфликтность» никакого отношения не имела. Речь шла об элементарном отказе от юридического дискурса, что выхолащивало теорию права, занимавшуюся в основном либо никак не связанными с правоприменительной практикой схоластическими дискуссиями в духе марксизма-ленинизма, либо механической инвентаризацией разнообразных предписаний как нормативного, так и декларативного характера (их поиском и пересказом).

В таком состоянии советская теория права подошла к концу советского периода, не заметив, как стала уже теорией «постсоветской». Однако обстановка изменилась кардинально. С одной стороны, потребовались правовые институты и механизмы, поскольку право вновь

[1] Проблемы теории государства и права / под ред. С.С. Алексеева. М., 1987. С. 339.

[2] См.: Великая реформа: к 150-летию Судебных Уставов. Т. II. Устав уголовного судопроизводства / под ред. Л.В. Головко. М., 2014. С. 287.

стало рассматриваться в качестве единственно приемлемого способа разрешения социально-политических конфликтов, да и сами конфликты, в том числе фундаментальные, вышли на поверхность, похоронив атмосферу советской аппаратной «бесконфликтности» и закулисных «коммуникаций». С другой стороны, уставшие от бесконечных советских ограничений и жаждущие подлинно правового анализа правоведы осознали свое влияние и колоссальную функциональную роль права, доктринальное управление которым оказалось в их руках.

Началась незабываемая эпоха строительства (восстановления) институтов, написания кодексов, подготовки и осуществления разнообразных реформ (конституционная юстиция, административная юстиция, суд присяжных, мировая юстиция и т.п.). Но достаточно ли одних реформ? Вскоре выяснилось, что нет: требуется еще и поменять правопонимание, иначе нас ждет неизбежный провал и возврат к советскому «легизму», который виделся уже не набором бессмысленных штампов о «массах трудящихся» и «вовлечении народа», а чудовищным нормативным монстром, равного которому в истории права не было. Как же побороть советский «легизм» и обрести новое понимание права, причем на самом глубинном теоретико-правовом уровне?

Взоры наиболее образованной части представителей юридической науки обращаются на Запад, что естественно. Во-первых, право является одной из тех сфер, где так называемый «европоцентризм» обоснован, причем как исторически, так и технически, с чем нельзя не считаться. Во-вторых, что еще важнее в контексте данного исследования, у отечественных правоведов, в том числе теоретиков права, возникла давно забытая возможность чувствовать себя частью единого интеллектуального организма. Речь шла даже не просто о введении в полноценный (помимо рутинной «критики») научный оборот наряду с несколько утомившим К. Марксом и других «классиков» (Л. Дюги, Г. Кельзена или Р. Паунда), уважение к которым, конечно, никуда не делось, а о чем-то большем – перспективе «встраивания» в современную западную правовую науку, участии в обсуждении и выработке концепций, привилегии ощущать себя одним из «избранных». В общем, появился шанс стать если и не «классиком», то хотя бы «посткласcиком». Упускать его было нельзя.

Вектор анализа заставляет нас сменить «историческую вертикаль» (советское → постсоветское) на «сравнительно-правовую горизонталь», которая не менее значима для понимания тех трудностей, с которыми сегодня столкнулась постсоветская теория права. Что же происходило на Западе в тот период, когда туда стремительно и с непреодолимым энту-

зиазмом ворвались молодые отечественные «постклассики», убежавшие благодаря отечественным политическим трансформациям от заунывной советской аппаратной «бесконфликтности» и мечтавшие о подлинном живом правовом дискурсе, причем всенепременно *новейшем*?

III. Трудности позиционирования в сравнительно-правовой перспективе: от реальных правовых механизмов к новейшей западной «бесконфликтности»

Достаточно спокойно «переварив» философский постмодернизм и не испытав при этом ни малейших потрясений[1], западная, прежде всего европейская[2], теория права в период, который мы называем «постсоветским», столкнулась с собственной драмой.

Если основная советская проблема заключалась, как мы увидели, в абсолютной невозможности признать, институционализировать и юридически корректно разрешить ряд фундаментальных конфликтов, главным образом, конфликт между партийным и правовым, что и породило губительную для правового развития советскую «бесконфликтность», то в Европе, ранее в этом плане серьезных трудностей почти не испытывавшей и находившей адекватные правовые инструменты для разрешения фактически любых социально-политических конфликтов, неожиданно образовалась, причем едва ли не впервые, столь же абсолютная невозможность признать, институционализировать и юридически корректно разрешить конфликт совершенно другого рода – между национальным (классический дискурс) и наднациональным (новейший дискурс). Особенно очевидной данная проблема стала после заключения Маастрихтского договора, то есть создания

[1] Как ни странно, французский по происхождению философский постмодернизм едва ли не наименьшее влияние оказал именно на французскую теорию права. Впрочем, быть может, ничего странного здесь как раз нет – все закономерно: интеллектуальные искушения часто обусловлены притягательностью неведомого, тогда как для французской теории права речь шла об академической рутине. В ее рамках постмодернисты перестают быть «небожителями», а являются всего лишь коллегами-смежниками, с которыми давно разделены сферы влияния, причем не только на страницах книг, но и на ученых советах.

[2] Европейская и американская теории права развивались и развиваются далеко не синхронно. В США юридическая составляющая теории права была почти полностью «вычищена» под натиском «критических правовых исследований» и экономического анализа права. Здесь мы данные проблемы не затрагиваем (см. об этом подробнее: Головко Л.В. Правовая наука против Social Sciences: каким должен быть российский выбор? // Закон. 2014. № 12. С. 34–36), хотя, строго говоря, и до этих событий американский вклад в теорию права всегда имел достаточно специфический характер (правовой реализм и т.п.). С европейским вкладом его сравнивать сложно.

и бурного развития Европейского Союза (далее – ЕС). В результате возникла уже не советская, а европейская «бесконфликтность», преодолимая исключительно аппаратно-дипломатическими средствами и крайне негативно сказывающаяся на развитии права, когда право из набора механизмов превращается в набор лозунгов, что в сущности является антиправовым явлением.

Во-первых, новая система *политически* требует исключительно консенсуса государств, не допуская никакой возможности наличия у них разных точек зрения по тому или иному вопросу. Поскольку такого рода единодушие «по-советски» в реальности не существует (позиции часто расходятся, что естественно), то любые попытки институционализировать возникающие конфликты между странами ЕС и перевести их в правовую форму неизбежно обрушат систему (как и в советском ЦК КПСС). Следовательно, конфликт может сниматься только «за кулисами», то есть в аппаратно-бюрократической, дипломатической, но не правовой плоскости, после чего государства ЕС лишь формально легализуют принятое решение единогласным голосованием. Методологически это ничем не отличается от советского «голосования», всегда единодушного и имевшего место после нередко бурной аппаратной борьбы.

Во-вторых, новая система *юридически* создает неразрешимый конфликт между конституционно-правовым и общеевропейским регулированием (национальным и глобальным). *С одной стороны*, европейское право не в состоянии одержать верх ни политически, ни юридически, как минимум, по двум причинам: а) легитимность власти не может устанавливаться «извне», минуя избирательный процесс и прочие демократические процедуры, – перевод же последних полностью во «внешнее поле» так же вряд ли реален: кто сегодня во Франции или Германии возьмет на себя ответственность публично объявить о прекращении функционирования национальных политических институтов, отмене национальных выборов, полной «регионализации» национальных органов власти, превращении национальных государств всего лишь в «регион» и т.п.? б) дабы стать субъектом европейского права, необходимо «конституироваться», то есть «родиться» в международно-правовом смысле, откуда вытекает генетическая первичность Конституции – ее принятие, признание и т.п. является *conditio sine qua non* вступления в любые союзы, в том числе Европейский. *С другой стороны*, конституционное право не в состоянии одержать верх *идеологически* – строительство и расширение ЕС представляет собой прежде всего идеологию, и попытка любого члена союза реально поставить конституционные ценности выше европейских будет означать сильный удар по этой иде-

ологии, смириться с чем система не может. Британский пример, когда одна из стран (причем влиятельнейшая) долго стремилась создать для себя особые условия, в конечном итоге оказавшиеся несовместимыми с ЕС, является тому прекрасным свидетельством.

Отсюда *de facto* приоритет при возникновении конфликта между конституционным и европейским всегда будет за европейским (идеология). В то же время *de jure* никто сегодня не в состоянии отменить принцип верховенства Конституции (политика). На терминологическом уровне это выражается в том, что Конституции обладают в государствах ЕС верховенством (*suprématie*), а право Европейского Союза – приоритетом (*primauté*). Как выбрать между «верховенством» и «приоритетом» при разрешении реального юридического конфликта? Как выстроить адекватную иерархию источников права? Ответов на данные вопросы нет: «верховенство» и «приоритет» стали в современной Европе чем-то вроде «партийного» и «государственного» в рамках советского дискурса. Всем понятно, какое решение будет принято и какие нормы имеют реальный вес, но как это аргументировать юридически[1]? Остается рассуждать о «диалектическом единстве», «неразрывной связи» и т.п. Европейцы так и делают, используя разве что более модные в наши дни словосочетания, к чему мы еще вернемся.

Итак, ясно, что конфликт между «верховенством» и «приоритетом» неразрешим – это скорее игра слов, нежели реальное теоретико-правовое решение проблемы построения иерархии источников права. В такой ситуации абсолютная невозможность преодоления конфликта правовыми средствами оставляет только один вариант – уход в «бесконфликтность». Что при этом должна делать теория права? К каким

[1] Хрестоматийными стали проблемы, связанные с имплементацией института европейского ордера на арест, когда возникло очевидное противоречие между, с одной стороны, положениями общеевропейского права, требующими оперативно исполнить ордер на арест, а с другой – конституционными принципами о правах человека (право на защиту, справедливое судебное разбирательство, запрет выдачи собственных граждан и т.д.). В результате Суд Европейского Союза сформулировал по делам Radu и Melloni «довольно жесткую позицию, в силу которой стремление создать в правовом пространстве ЕС эффективную и быструю систему выдачи лиц, подозреваемых (обвиняемых) в совершении преступлений, отодвигает на второй план вопрос о должном соблюдении прав человека» (Чекотков А.Ю. Принцип пропорциональности и европейский ордер на арест // Законодательство. 2016. № 5. С. 71). Но можно ли такую позицию сегодня обосновать теоретически, выведя из нее что-то вроде принципа в духе «технические нормы ЕС выше прав человека»? Конечно, нет. Поэтому после вынесения Судом ЕС указанных решений органы Европейского Союза «последовательно приняли три директивы, направленные на сглаживание обозначенного противоречия» (Там же). Иначе говоря, Суд ЕС действовал в отсутствие даже этих директив, которые затем были просто приняты post factum, дабы смягчить остроту проблемы, что напоминает логику скорее аппаратную, нежели строго правовую.

объяснениям прибегать? С одной стороны, теоретически корректного объяснения в данном случае нет – ни о какой подлинной концептуализации снятия противоречия между «верховенством» и «приоритетом» речь идти не может. С другой стороны, если советская «описательная доктрина» просто ограничилась бы констатацией, что Конституция обладает верховенством, а нормы ЕС – приоритетом, и поставила бы точку (чего нельзя объяснить, не надо даже обсуждать), то европейская теория права к такой «методологии» пока не привыкла, развиваясь в иных интеллектуальных условиях. Это приводит ее к еще более мучительной драме: есть то, что объяснить нельзя, но и уклониться от обсуждения также невозможно. Отсюда возникает потребность в других словесных оборотах и концептах, эстетически отличающихся от советского «диалектического единства» (хотя и далеко не всегда), но выполняющих ту же самую функцию – коммуникация, гетерархичность, горизонтальное вместо вертикального, «сеть» вместо «пирамиды»[1] и т.п. Иначе говоря, если нельзя разрешить ни одно дело, одновременно исходя из верховенства Конституции и приоритета европейского права, то можно принять то решение, которое необходимо, а затем попытаться объяснить, что Конституция и европейское право находятся если и не в «диалектическом единстве», то в горизонтальной коммуникации, в рамках единой «сети», что они гетерархичны, а не иерархичны и т.п.[2] Тот факт, что принимающий решение суд не может одновременно эдаким «сетевым образом» или «гетерархически» применить оба противоречащих друг другу положения, всегда будучи

[1] См., например: Ost F., Van de Kerchove M. De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles, 2002 (хотя авторы не удержались и от использования термина «диалектика», причем даже в наименовании своего труда; видимо, в Бельгии он еще не обладает историческими и интеллектуальными коннотациями, характерными для постсоветского пространства, в силу чего переход от «пирамиды» к «сети» происходит по Ф. Осту и М. Ван де Кершову в рамках развиваемой ими «диалектической теории права»).

[2] См., например, именно такое объяснение применительно к известному делу Lautsi v. Italy по поводу распятий Христа в итальянских школах, когда сначала ЕСПЧ принял решение о запрете таких распятий, а затем, по словам М. Ван Хука, понял, что «переборщил», и под давлением итальянского правительства изменил в Большой палате свое решение на противоположное. Но, оказывается, в данном случае мы сталкиваемся не с непонятными метаниями уважаемой судебной инстанции, затруднившейся выработать внятную правовую позицию, а с чем-то глубоко юридически позитивным – «коммуникативным процессом с тщательным обсуждением вопросов» (Ван Хук М. Конституционные суды и делиберативная демократия // Правоведение. 2013. № 2. С. 145). Хотя автор не поясняет, о какой «коммуникации» (процессуальной или непроцессуальной) идет речь. Если коммуникация процессуальна, то в чем специфика данного дела (она имеет место всегда)? Если же коммуникация непроцессуальна, то как такая «коммуникация» вписывается в концепцию беспристрастного суда и чем отличается от элементарного давления на суд?

вынужден выбрать одно из них, остается за кадром анализа – на него просто никто не обращает внимания. Именно постмодернистская фразеология представляет собой словесное покрывало новой европейской «бесконфликтности», являющейся не столько новой «парадигмой» права, сколько уходом от права (по советскому образцу).

Но достоинство европейской теоретико-правовой доктрины проявляется в том, что многие ее представители не могут отказаться от подлинно правового анализа и скатиться до элементарной бесконфликтной «описательности» советского типа, пусть и выраженной новыми модными терминами и оборотами. Вопреки мнению некоторых российских авторов, европейские «ответственные исследователи» – это отнюдь не те, которые в едином порыве поют осанну глобализации[1], а те, кто пытается вывести фундаментальные европейские противоречия в реальный правовой дискурс, то есть уйти от «бесконфликтности», обозначить конфликт и предложить правовые средства его разрешения, вернувшись от «сетей» к «пирамидам».

Именно в таком ключе следует понимать яростную полемику двух крупнейших французских конституционалистов, профессоров Университета Париж I (Сорбонна), Д. Руссо и Б. Матьё. Первый объявляет о необходимости покончить с современными формами народовластия (референдум, парламент как выразитель народной воли и т.п.) или, говоря жестче, народным представительством как таковым и перейти к иным способам осуществления демократии, становящейся «непрерывной» в рамках концепции «постлиберализма» (усиление роли судей, общественные палаты, петиции и т.п.)[2]. По сути, это означает конец «бесконфликтности» и политический отказ от национального государства, лишающегося своего «позвоночника», коим сегодня является теория народного представительства (парламентаризм), что в конечном итоге снимает непреодолимый конфликт национального и европейского, пусть Доминик Руссо об этом прямо не пишет. Иначе говоря, «верховенство» в такой ситуации уходит в небытие – остается один «приоритет». Бертран Матьё вступает с Д. Руссо в полемику, отстаивая основные несущие конструкции французского государства и права, прежде всего, в сфере организации власти. По его мнению, все подобного рода предложения означают не «послиберализм», а «пост-

[1] См. по этому поводу рассуждения об «ответственных исследователях» В.В. Лапаевой (применительно к России): Лапаева В.В. Перспективы постсоциалистического развития России: правовой анализ // Правоведение. 2014. № 3. С. 64.

[2] См. подробнее: Rousseau D. Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation. Paris, 2015.

демократию», то есть отказ от демократии, что категорически неприемлемо. Неприемлемы и попытки полностью подчинить национальное право европейскому, а также превратить судебную власть из важнейшего, пусть и автономного, элемента организации государства в некий противовес политической власти, полностью оторванный от общих политических замыслов и призванный лишь блокировать реализацию выработанной в конституционно-правовом порядке (через народное представительство) национальной политики[1].

Чем данная полемика отличается от аналогичных споров XVIII, XIX или XX веков? Что в ней «сетевого», «гетерархического» или «постклассического»? Новейшие британские события (*Brexit*) показали, сколь сложна современная история, где ничего не решено и где «ответственные исследователи» (используя выражение В.В. Лапаевой) могут занимать самые разные позиции. Не пытаясь признавать *a priori* правым в их споре ни Д. Руссо, ни Б. Матьё, отметим, что достоинство самого спора заключается в желании обоих выйти за пределы «бесконфликтной зоны» и навязшей в зубах постмодернистской фразеологии, четко обозначив свои позиции. Впрочем, эти позиции являются скорее политическими или конституционно-правовыми, нежели лежащими в русле теории права *stricto sensu*.

Если же анализировать европейскую ситуацию в сугубо теоретико-правовой плоскости, то здесь, конечно, обращает на себя внимание новейшая монография молодого профессора Университета Сент-Этьена Б. Бонне́, представляющая собой попытку найти теоретическое решение для выхода из «бесконфликтного тупика», в котором оказалась европейская теория права. Нельзя сказать, что данная попытка полностью удалась, но она примечательна в чем-то даже дерзким стремлением автора открыть все «теоретические карты», в силу чего вызвала пару лет назад во Франции неподдельный интерес.

Прежде всего Батист Бонне констатирует, что «сегодня, даже более чем вчера, невозможно с уверенностью определить место, занимаемое внутренними и международными нормами в иерархии норм права, или, иначе говоря, условия судебного разрешения конфликта между внутренними и международными нормами. Не впадая в преувеличение, можно сказать, что современное регулирование в нормативных текстах и судебной практике взаимоотношений между правовыми порядками (национальным и международным. – *Л.Г.*) является в той или иной степени *непонятным* (курсив авт. – *Л.Г.*)», причем одинаково непо-

[1] См. подробнее: Mathieu B. Justice et politique: la déchirure? Paris, 2015.

нятным как практикам, так и теоретикам[1]. Итак, теоретический тупик обозначен: проблема существует, и решить ее юридически корректно *невозможно*[2], поскольку нет никаких способов снятия противоречия между «верховенством» (Конституции) и «приоритетом» (международных, в частности, европейских норм). Перед нами «квадратура круга».

Из этого автор делает, откровенно говоря, банальный вывод о том, что принцип иерархии правовых норм устарел и более не соответствует потребностям момента[3]. Вместо него нужно искать «гармонию», строить свой анализ на «артикуляции норм», «комбинации норм», основываться на «диалоге судей»[4] и т.п. В общем, стандартный набор рецептов, состоящий из красивых слов и не имеющий ни малейшего юридического значения. Что означает, допустим, «диалог судей»? То же, что означал в свое время «диалог» судей Верховного Суда СССР с функционерами ЦК КПСС, когда все сидели за одним круглым столом в ходе заседаний Пленума? Или это тот же самый «диалог», к которому призывает в своем заключении по закону о новых полномочиях Конституционного Суда РФ[5], позволяющих ему блокировать исполнение решений ЕСПЧ в случае их противоречия Конституции РФ, Венецианская комиссия, когда обращает внимание на необходимость использовать «диалог, а не односторонние меры»[6]. Но для любого суда диалог может быть лишь процессуальным, а воздержание от принятия «односторонних мер» в контексте судебной деятельности, включая конституционную юстицию, вовсе выглядит неким абсурдом, поскольку роль суда и заключается в разрешении конфликта путем принятия «односторонних мер» в пользу условного истца или условного ответчика. Отказ от «односторонних мер» по сути означает отказ от разрешения конфликта, что на юридическом языке

---

[1] Bonnet B. Repenser les rapports entre ordres juridiques. Paris, 2013. P. 15–16.

[2] Как тут ни вспомнить российские проблемы, связанные с постановлением ЕСПЧ от 4 июля 2013 г. по делу «Анчугов и Гладков против России», известным российским законом (о нем см. далее), Постановлением Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 г. № 12-П по делу о возможности исполнения указанного решения ЕСПЧ и др. Казавшиеся нам сугубо локальными трудности на самом деле оказываются универсальными и не связанными исключительно с российской конъюнктурой.

[3] Bonnet B. Op. cit. P. 33.

[4] Ibid. P. 67.

[5] Федеральный закон от 14.12.2015 г. № 7-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2015. № 51 (ч. I). Ст. 7229.

[6] Interim Opinion on the Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016). P. 25.

именуется *отказом в правосудии*. Или под «диалогом» Б. Бонне, а вместе с ним Венецианская комиссия, понимают что-то другое, скажем, предварительное согласование позиций между национальными и международными судами, между ЕСПЧ и Конституционным Судом РФ? Но как такое дипломатическое «согласование» может выглядеть процессуально? К чему тогда последующий судебный процесс, если позиция согласована? Все это приводит нас к легендарному «телефонному праву», быть может, новому для Европы, но нам прекрасно известному, когда непреодолимый конфликт официального права и партийных директив снимался путем «предварительных согласований».

Если бы Б. Бонне остановился, как многие современные европейские авторы, только на политкорректных лозунгах вроде «стремления к гармонии», «артикуляции», «комбинации» и прочей координации, призывах к «диалогу судей» и т.п., то его работа вряд ли вызвала бы интерес. Но он, видимо, понимая всю шаткость подобной аргументации для правоведа, рискнул пойти дальше. И вот здесь начинаются самые любопытные места его монографии, граничащие едва ли не с теоретико-правовым *coming out*.

«Нужно, – пишет Б. Бонне, – много мужества, сумасшествия, предвидения или безответственности (в зависимости от взглядов[1]), чтобы признать полный и безоговорочный приоритет права внешнего происхождения, в частности, европейского права, и чтобы отправиться искать источник власти непосредственно в этом праве внешнего происхождения, а не в конституционно-правовых нормах»[2]. И далее еще откровеннее: «Но *пока* (курсив авт. – *Л.Г.*), как минимум, требуется оставить иерархический принцип и, следовательно, иерархию норм как способ преодоления конфликтов между внутренними и международными нормами, в частности, когда речь идет о конституционных нормах, и избрать другой угол зрения для анализа, различать верховенство и приоритет, продолжать поиски их одинаковой защиты и способов преодоления нормативных конфликтов»[3]. Наконец, кульминация рассуждений, которые нельзя не признать юридически последовательными: «Но, может быть, в один прекрасный день мы сможем отказаться от примата Конституции, а также от постулата, согласно которому действие права внешнего происхождения должно непременно иметь

[1] Здесь понимание «ответственности» и «безответственности» применительно к тем или иным исследователям лежит в прямо противоположной плоскости, нежели у В.В. Лапаевой с ее бескомпромиссным глобализмом.

[2] Bonnet B. Repenser les rapports entre ordres juridiques. P. 189.

[3] Ibid. P. 190.

источник в конституционно-правовых нормах, а не непосредственно во внешнем правопорядке»[1].

Итак, все встало на свои места. В современной ситуации конфликт между классическим национальным и новейшим наднациональным (Евросоюз как квинтэссенция) правом юридически неразрешим. В своей критической части правовая доктрина, выпустившая весь имевшийся у нее теоретический «запас снарядов» в адрес государства, национального права, принуждения, позитивизма, юридической догматики, иерархий и прочих правовых инструментов, институционально обеспечивающих государственную власть и государственный правопорядок, себя исчерпала. Ничего нового сказать нельзя. В то же время в условиях дуализма национального и наднационального правопорядков нет никакой возможности выстроить надлежащие правовые институты, упирающиеся в отмеченное неразрешимое противоречие. Поэтому надо просто ждать. Одновременно интеллектуальный голод может быть утолен рассуждениями о «гетерархиях», коммуникациях, переходах «от пирамиды к сети», бесконечных «пóстах» (постклассика, постлиберализм, постмодернизм, постпостклассика, постпостлиберализм, постпостмодернизм, постпостпостклассика и далее до бесконечности...). Это не позволяет разрешать социально-политические конфликты и по сути не имеет отношения к праву? Ничего страшного. Такова «языковая игра», используя выражение А.В. Полякова[2]. Мудрые все понимают (*sapienti sat*), а немудрые пусть продолжают «играть» в свое удовольствие. Но наступит время, дуализм правопорядков закончится, национальное государство с его отмирающим правом окончательно падет, после чего... вернется настоящее право. Оно будет, разумеется, иерархичным (как иначе решать конфликты в его пользу?), достаточно жестким, наполненным принуждением. В общем, нормальным правом, каким право только и может быть. Примерно таким, каким оно предстало в решениях по упоминавшимся делам *Radu* и *Melloni*, вынесенных Судом справедливости Европейского Союза, напомнившим государствам-членам ЕС об их обязанности беспрекословно исполнять все положения Рамочного решения ЕС о европейском ордере на арест и перестать вспоминать о каких-то там «правах человека». Как можно ставить под сомнение Рамочное решение? Да еще с такой неопределенной аргументацией. Нонсенс, да и только... Если серьезно, то кому-нибудь пришло в голову, что данные решения Суда ЕС являются по своей сути «пещерно» позитивистскими, причем в духе едва ли не первой половины XIX века? Конечно, нет. Как можно упрекать этот суд

[1] Bonnet B. Op. cit. P. 191.

[2] Поляков А.В. Языковые игры в юриспруденции // Правоведение. 2014. № 1. С. 11.

в позитивизме? Позитивистами и нормативистами обречены быть в глазах современного теоретико-правового бомонда только представители национальных государств и никто другой: *à la guerre comme à la guerre*.

Мы, конечно, отдаем себе отчет, что все эти ожидания глобального триумфа «права внешнего происхождения», как его называет Б. Бонне, являются не более чем «проектом». В свое время дуализм партийного и классического правопорядков ни у кого не вызывал беспокойства, по крайней мере, на первых порах, поскольку начинался с марксистской доктрины, объявившей о скорой смерти права. Зачем терять время на теоретическое преодоление дуализма, если один из его элементов (традиционное право) в недалекой перспективе отомрет, что, собственно, и будет искомым решением проблемы? Но он не отмер. Дуализм сохранился. Никаких теоретико-правовых выходов из него не было, так как изначально намеченное теоретическое решение являлось *утопией* (отмирание права), а ситуация, требующая права (хотя бы для разрешения рутинных конфликтов), – прагматичной реальностью, к утопиям безразличной. Затем проблема отпала – отмерла сама советская система с ее дуализмом. Теперь новый проект, опять дуализм, опять единственный теоретический выход заключается в отмирании одного из элементов – в данном случае национального государства с его правовой системой. Снова утопия? Скорее всего. Но к постмодернистской фразеологии или, допустим, теории коммуникации ни один из возможных вариантов развития событий отношения не имеет.

Вернемся к постсоветской теории права. Ей, конечно, не позавидуешь. Выбравшись из одной утопии и привычно развернувшись на Запад (что в домарксистский период приносило позитивные плоды), она немедленно оказалась в другой утопии. «Диалектическое единство», необходимое в ожидании отмирания права, сменилось «гетерархичностью» и «коммуникациями», необходимыми в ожидании отмирания национального государства. Разные «языковые игры», но, похоже, с одинаковым результатом, не имеющим касательства к собственно праву как институциональному средству разрешения социальных, политических, экономических и т.п. конфликтов, опирающемуся на внятные институты и неизбежную иерархию норм. Как мы убедились, это понимают даже те правоведы (в основном, западные), которые в предвкушении новых иерархий вынуждены пользоваться «гетерархичной» терминологией. В такой ситуации отечественная теория права держится исключительно на багаже, накопленном в старые-добрые «классические времена». Впрочем, как и западная теория права, с той лишь разницей, что багаж последней более увесист – ей не приходилось десятилетиями

обсуждать отмирание права при коммунизме и рассуждать о совершенствовании советских законов в свете какого-то очередного съезда КПСС.

И последнее. Автору этих строк совершенно понятны рациональные корни современной западной внеправовой «бесконфликтности», как по-человечески понятны и корни «бесконфликтности» советской, обусловленные жесткими идеологическими тисками. В одном случае ждали отмирания права, в другом – окончания великой борьбы между национальными государствами и глобальными проектами типа ЕС. Пока она не завершена, не остается ничего, кроме как терпеливо заниматься «языковыми играми» и придумывать новые синонимы к слову «гетерархичность».

Но зачем все это нужно постсоветскому правоведению? Это понятно не совсем. Скорее всего, здесь имеет место нечто вроде интеллектуального франчайзинга, когда проще «покупать» или заимствовать готовые схемы, нежели создавать собственные. Постсоветскому праву необходимо собственно *право*: институты, конструкции, иерархии, принципы и т.п. Слишком много было утрачено в советский период. Здесь не до «коммуникаций» и «сетей». Но вместо этого теория права принялась обсуждать как раз «сети» и «коммуникации», причем обсуждать исключительно *тактически*, даже не задумываясь о стратегиях. По крайней мере, нам еще не попадался авторитетный российский сторонник новейших концепций, который, как Б. Бонне, всерьез заговорил бы о перспективе переключения российского права с конституционно-правовых источников его легитимности на источники «внешнего происхождения» в рамках новых иерархий, призванных заменить устаревший конституционализм, или о чем-то в том же роде. Если бы таковой появился, то дискуссия приобрела бы более внятный и предметный характер. Пока же «постклассический блок» российской теории права занимается лишь *имитацией* европейского дискурса, то есть пытается воспроизводить чертеж некоего колеса, даже не ставя перед собой вопрос, какому транспортному средству оно должно принадлежать и куда нас в конечном итоге везти: к какой-либо очередной утопии или чему-то более прагматичному. Положа руку на сердце, в реальном и институционально адекватном способе разрешения бесчисленных конфликтов, коим и является право, российское общество нуждается не меньше, чем в призывах к построению очередного великого и счастливого будущего – на этот раз глобального.

Список литературы:

1. Ван Хук М. Конституционные суды и делиберативная демократия // Правоведение. 2013. № 2.

2. Великая реформа: к 150-летию Судебных Уставов. Т. II. Устав уголовного судопроизводства / под ред. Л.В. Головко. М., 2014.
3. Головко Л.В. Правовая наука против Social Sciences: каким должен быть российский выбор? // Закон. 2014. № 12.
4. Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. М., 1940.
5. Графский В.Г. Основные концепции права и государства в современной России (по материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН) // Государство и право. 2003. № 5.
6. Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988.
7. Денисов А.И. Теория государства и права. М., 1948.
8. Лапаева В.В. Перспективы постсоциалистического развития России: правовой анализ // Правоведение. 2014. № 3.
9. Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6.
10. Мережко А.А. Л.И. Петражицкий в Киевском Императорском университете Св. Владимира // Правоведение. 2014. № 1.
11. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. I. СПб., 1907.
12. Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004.
13. Поляков А.В. Признание права и принцип формального равенства // Принцип формального равенства и взаимное признание права / под ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М., 2016.
14. Поляков А.В. Языковые игры в юриспруденции // Правоведение. 2014. № 1.
15. Проблемы теории государства и права / под ред. С.С. Алексеева. М., 1987.
16. Ромазин С.Б. Воспоминания судьи. М., 2015.
17. Слыщенков В.А. Сравнительное право и культура: размышления о культурном измерении правопорядка // Правоведение. 2014. № 3.
18. Суд и правоохранительные органы / отв. ред. Ю.К. Орлов. М., 2006.
19. Теребилов В.И. Записки юриста. М., 2003
20. Тимошина Е.В., Краевский А.А., Салмин Д.Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского ун-та. Серия 14. 2015. Вып. 3

21. Хижняк Ю.В. Язык права и язык художественной литературы: аспекты взаимосвязи // Правоведение. 2014. № 1.
22. Чекотков А.Ю. Принцип пропорциональности и европейский ордер на арест // Законодательство. 2016. № 5.
23. Bonnet B. Repenser les rapports entre ordres juridiques. Paris, 2013.
24. Manaï D. Discours juridique soviétique et interventions en Hongrie et en Tchécoslovaquie. Genève, 1980.
25. Mathieu B. Justice et politique: la déchirure? Paris, 2015.
26. Ost F., Van de Kerchove M. De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles, 2002.
27. Rousseau D. Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation. Paris, 2015.

POST-SOVIET THEORY OF LAW: DIFFICULTIES OF POSITIONING IN HISTORICAL AND COMPARATIVE CONTEXT

Golovko L.V.,
doctor of legal sciences, professor, head of the Centre
for Criminal Procedure, Justice and Prosecutorial Oversight
of the Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University

Abstract: The functional role of the law as an instrument of the resolution of society's conflicts is underestimated in the theory of law today. In particular, this is a weakness of the new legal theories: the communicative theory of law, the integrative jurisprudence, etc. The difficulties of Post-Soviet legal theory's positioning depend on the fact that the Soviet theory developed in the conditions where the Soviet law was deprived of his functions and removed from the resolution of some fundamental conflicts, first, the conflict between Communist Party directives and official law. After liberating from Soviet heritage and turning to the West, the Post-Soviet theory became an involuntary hostage of the purely European dilemma: incapacity of the law to resolve another fundamental conflict, between national and supranational legal orders. The positive evolution of the Post-Soviet theory of law is conditioned only by his emancipation from the so-called «conflictless» theoretical impasses (Soviet and Western).

Keywords: Post-Soviet theory of law; functions of the law; conflict; Soviet law; Western legal theory's dilemma.

Денисенко В.В.,
кандидат юридических наук, доцент кафедры теории
и истории государства и права юридического факультета
Воронежского государственного университета

ПАРАДИГМА В ПРАВЕ КАК КЛЮЧЕВАЯ ПРОБЛЕМА ПОСТСОВЕТСКОЙ ТЕОРИИ И ФИЛОСОФИИ ПРАВА[1]

Аннотация: Статья посвящена вопросам категории «парадигма» в современном праве и ее разработке в отечественной теории государства и права. Проводится анализ современной социальной философии и типов правопонимания, раскрывающий проблемы познания в современном обществе и отечественной правовой системе.

Ключевые слова: методы правовой науки, парадигма, сущность права, легитимность права, эффективность правового регулирования.

Когда перед исследователем стоит проблема рефлексии постсоветской теории права, то первоначально необходимо выявить, что же отличает нашу постсоветскую науку о праве от тех стран, где не было советской юридической науки. Таким образом, мы выявим особенности постсоветского дискурса и определим основные проблемы, требующие решения. Наряду с присущим советскому периоду типом правопонимания, который В.С. Нерсесянц метко называл «советский легизм» необходимо также отметить то, что и будет предметом данной статьи – а именно методологическую основу отечественной юриспруденции. Философской методологической основой отечественных юридических исследований до последнего времени являлась материалистическая диалектика, в советской юриспруденции отечественные правоведы в своих исследованиях исходили из материалистической диалектики, указывая на противоречия между естественным и искусственным, объективным и субъективным, либо прямо не указывая на методологическое основание, строили свои работы на парадигме социологической классики XIX века. В современной отечественной юридической науке материалистическая философская концепция также находит многих сторонников[2], о чем свидетельствует указание на диалектику как метод теории государства и права в абсолютном большинстве учебной литера-

[1*] Подготовлена при поддержке Российского гуманитарного научного фонда, проект № 16-03-00291.

[2] Сырых В.М. Логические основания общей теории права. М., 2004. С. 43–91

туры, а также упоминание в научных статьях о закономерностях, присущих государству и праву[1]. Поэтому при анализе сущности права, правообразования, проблем действия права, несмотря на методологический плюрализм, многие российские правоведы исходят и в настоящее время из методологических основ, которые господствовали советский период[2]. Между тем господствовавший долгое время в юриспруденции методологический монизм в понимании как самого права, так и той социальной реальности, в которой право зарождается и развивается, вплоть до исчезновения[3] привел к тому, что в настоящее время, как констатирует А.И. Демидов, «в своей массе юристы... отстали от того общего методологического движения, в которое была вовлечена мировая социально-политическая и философская мысль в XX веке. Сказался... эффект методологического монополизма и жесткого идеологического контроля... принципиального убеждения в истинности только одной методологии, одного типа мировоззрения»[4].

На наш взгляд, отечественной юриспруденции необходима принципиально новая философская парадигма в понимании природы, онтологической сущности позитивного права. Категория «парадигма» первоначально была введена в науку Т. Куном, который указывал, что она представляет собой набор приемов познания и моделей (образцов) постановки и решения задач. Сама история науки представляет собой, по мнению Т. Куна, процесс эволюционного развития и революционной смены парадигм, предлагающий отказ ученых от устоявшихся стандартов профессиональной деятельности[5]. О смене парадигм и о различных дискуссиях на эту тему в отечественном правоведении существуют различные подходы. Под парадигмой в отечественной теории права понимают, как правило, типы правопонимания, на таком подходе настаивает, например, Н.В. Варламова[6]. Более широкое понимание парадигмы применительно к праву принадлежит Г.В. Мальцеву, который указывает: «Термин «парадигмы» мы берем в распространительном

[1] Байтин М.И. О методологическом значении и предмете общей теории государства и права // Государство и право. 2007. № 4. С. 5–9.

[2] Жеребин В.С. Правовая конфликтология: курс лекция. Ч. 1. Владимир, 1998. С. 39–45.

[3] Трофимов В.В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект. Саратов, 2009. С. 109.

[4] Демидов А.И. О методологической ситуации в правоведении // Правоведение. 2001. № 4. С. 14–22.

[5] Кун Т. Структура научных революций. М., 2001. С. 8–26.

[6] Варламова Н.В. Российская теория права в поисках парадигмы // Журнал российского права. 2009. № 12. С. 24–35.

науковедческом смысле – это общепринятые в определенном месте и времени образцы постановки и модели решения научных проблем, своего рода теоретические и методологические координаты науки. Они меняются реже, чем основная масса научных идей, конструкций и теорий, представляют устойчивые рамки развития науки на протяжении столетий и целых эпох»[1]. Г.В. Мальцев выделяет ряд основных парадигм, которые получили широкое признание со стороны юридической теории и методологии: парадигмы объективности, парадигмы устойчивости; парадигмы закономерности; детерминистские парадигмы; парадигмы истины; парадигмы определенности и точности[2]. В нашей работе категорию – «парадигма» мы рассматриваем – как философскую парадигму, которая служит методологической базой для правовых исследований, а именно понимание общества и права как социального регулятора в гуманитарных науках в определенный период.

Говоря о формировании современной философской парадигмы, следует сразу отметить, что современная постклассическая социальная философия неоднородна по теориям и методологии, но при этом в любом случае представляется невозможным использование в правовой теории методов, например, классической политической экономии К. Маркса, так как они отражали процессы иного общества, эпохи. Главная проблема материалистической диалектики как методологической основы правовых исследований заключается в исследовании права и его характеристик на основе социологии XIX века, не использовании методов и достижений социологии конца XX начала XXI века. Причина, по которой следует отказаться от классических социологических взглядов, связана с изменениями в обществе конца XX века. Дело в том, что все три основные классические теории социологии XIX века (К. Маркс, Э. Дюркгейм, М. Вебер) описывали западное промышленное общество своего времени. Базисной теоретической моделью этих подходов или парадигмой классики является модель «трудового общества»[3]. Труд и его разделение рассматривались как фундаментальный принцип, создающий общество, определяющий его функционирование, структуру, поэтому классическая социология – это социология «трудового», индустриального общества, периода модерна. Причем, несмотря на различия отдельных теорий, единым в них было понимание общества и индивида, характера социального взаимодействия,

[1] Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007. С. 44.

[2] Там же. С. 44–57.

[3] Полякова Н.Л. Современная западная социология: классические традиции и поиски новой парадигмы. М., 1990. С. 6–7.

то есть в основе лежала общая парадигма. Общим в понимании социальной реальности является рациональная деятельность индивида, связанная с процессом обмена, распределения труда в социальных отношениях. Указанные идеи утилитарного индивида, разработанные политической экономией и М. Вебером, поверглись в 80-е годы XX века коренному переосмыслению. Общая идея западной социологии в этот период заключалась в невозможности раскрыть современные общественные процессы с позиций классической социологии в силу радикальных социальных изменений. В этот период на смену «трудовому», индустриальному обществу приходит посттрудовое, информационное общество. Такой период исторического развития называют обществом позднего модерна или постмодерна[1]. Такое общество рассматривается как принципиально новый этап социально-экономического развития, так как изменяется характер труда и система производства. Как указывал, ссылаясь на социологические исследования, Ж.Ф. Лиотар в 1979 году – «известно, что в последние десятилетия знание стало главной производительной силой, что ощутимо изменило состав активного населения в наиболее развитых странах»[2]. В этом новом обществе в качестве главного фактора выступает уже информация, а не труд. На это указывает и Ю. Хабермас: «Можно отныне ожидать сильной экстеоризации знания относительно «знающего», на какой ступени познания он ни находился. Старый принцип, по которому получение знания неотделимо от формирования разума и даже от самой личности, устаревает и будет выходить из употребления. ... знание производится и будет производиться для того, чтобы быть проданным, оно потребляется и будет потребляться, чтобы обрести стоимость в новом продукте, и в обоих случаях, чтобы быть обремененным»[3]. Возникают иные мотивации и ценности не основанные на системе производства и утилитарной этике. Все это связано прежде всего с телекоммуникативной революцией, затронувшей все сферы постиндустриального общества, а также с изменением принципов социальной организации, так называемым «неоконсервативным поворотом», который проявился в переходе от централизованных структур власти к локальным структурам, на уровне которых принимаются социально-экономические и политические решения, поэтому классические социологические теории

[1] В последние два десятилетия современное постиндустриальное общество часто называют именно обществом позднего модерна, см.: Бауман З. Индивидуализированное общество. М., 2002. С. 130.

[2] Лиотар Ж.Ф. Состояние постмодерна. СПб., 1998. С. 18–20.

[3] Цит. по: Там же. С. 17.

не соответствуют реальным отношениям в современном информационном обществе. Так, известный немецкий философ Ю. Хабермас в работе «Теория коммуникативного действия» пишет, что в развитых западных обществах в последние десятилетия возникли социальные конфликты, которые существенно отличаются от традиционных для капитализма конфликтов, связанных с распределением экономических благ. Они формируются уже не в области материального воспроизводства и не канализируются политическими партиями; скорее они возникают в областях культурного воспроизводства, социальной интеграции и социализации и развертываются в доинституциональных формах. В них реально отражается овещнение коммуникативно структурированных областей действия: «Новые конфликты вспыхивают не в области проблем распределения, а в связи с вопросами грамматики форм жизни»[1]. В связи с изменением природы противоречий влияющих на право, встает вопрос о методологии их исследования. Как было сказано выше, традиционно для научного анализа права отечественная теория государства и права использовала материалистическую диалектику и её законы. Безусловно, для анализа правовой сферы современного общества необходима иная методология, не только потому, что не все противоречия в обществе носят экономический характер, но также и потому что, на наш взгляд, сама диалектика не может рассматриваться как единственно верный научный метод, способный оказать помощь в исследовании общества и правовой системы. Луи Альтюссер, анализируя состоятельность материалистической диалектики, которая как метод возникла путем «переворачивания» К. Марксом идеализма Гегеля, писал: «...считать понятие «переворачивания» знанием значит принимать идеологию, которая является его основой, то есть принимать концепцию, которая отрицает саму реальность теоретической практики»[2]. По мнению Л. Альтюссера, концепцию Гегеля невозможно использовать как метод исследования общества, так как неверна сама диалектическая методология для исследования социума: «Акт абстрагирования, который должен извлечь из конкретных индивидов их чистую сущность, есть идеологический миф», поэтому «...перевернув идеологию нельзя получить науку. Науку можно получить, лишь покинув область, в которой идеология полагает, что имеет дело с реальным, то есть покинув её идеологическую проблематику (органическую предпосылку её фундаментальных понятий, а вместе

[1] Цит. по: Фурс В.Н. Философия незавершенного модерна Юргена Хабермаса. Минск, 2000. С. 162.

[2] Альтюссер Л. За Маркса. М., 2006. С. 273.

с этой системой – и большинство этих понятий), для того чтобы «в другой стихии», в поле новой, научной проблематики обосновать деятельность новой теории»[1]. Работы Л. Альтюссера заложили в 60-е годы XX века основу так называемого «недиалектического» направления в неомарксизме, между тем в последние десятилетия марксизм как философское направление не является популярным и это связано не только с крахом «государственного социализма». Проблема заключается как в установке на реальность трудового общества, неспособную раскрыть все причины общественных противоречий, так и в изначальной установке на критику либерального капиталистического государства, неспособность анализа противоречий позднекапиталистического общества. Между тем конструктивные идеи Маркса, прежде всего идея превращения конкретного труда в абстрактный (теория отчуждения), были восприняты современными теориями для объяснения патологий развития современного общества и права[2].

Таким образом, можно заметить, что материалистическая диалектика как философская концепция сформировалась в рамках парадигмы бытия, если использовать терминологию современного немецкого философа К.О. Апеля. Философия бытия – это концепция Нового времени, которая свела все виды деятельности к труду, хотя такой подход не был характерен для всех эпох, в частности для Античности и средневекового христианства. Речь и поступки человека не сводились к трудовой деятельности в работах философов Древней Греции, так как труд и созидание понимались как деятельность рабов. Христианство также не ставило активную трудовую деятельность во главе ценностей, и лишь протестантская этика начинает понимать работу как высшую цель. Мыслители Нового времени Джон Локк, Адам Смит стали сторонниками превосходства труда на другой деятельностью, так как труд стал пониматься как источник собственности, богатства. Дальнейшая абсолютизация труда как ценности связана с политической экономией К. Маркса, который рассматривал политику в качестве надстройки экономических интересов[3]. Между тем только экономическими факторами нельзя объяснить процессы, происходящие в обществе. Большинство современных ученых отмечают, что доминирующая роль экономики над иными общественными отношениями справедлива лишь при характеристике либерального государства с неограниченной экономикой. В более ранних формациях экономика находилась в подчи-

[1] Альтюссер Л. Указ. соч. С. 274.

[2] Фурс В.Н. Философия незаконченного модерна Юргена Хабермаса. Минск, 2000. С. 154.

[3] Бусова Н.А. Модернизация, рациональность, право. Харьков, 2004. С. 68.

нении к религии и политике, в настоящее время в развитых странах политика также доминирует над экономикой. На это указывает американский социолог Д. Белл: «Марксистская концепция способствует пониманию природы капиталистического общества, но неприменима к прежним историческим общественным формациям и вряд ли пригодна для анализа грядущих постиндустриальных процессов»[1]. О недостаточности материалистической методологии писал и П. Бурдье, по мнению которого, нельзя сводить социальный мир «к одному лишь экономическому полю», привязав себя «к одномерному социальному миру, организованному просто вокруг противоречия между двумя блоками»[2]. В реальности же, показывает Бурдье, социальное и политическое пространство есть многомерное взаимодействие относительно автономных полей, «то есть подчинённых в большей или меньшей степени прочно и непосредственно в своём функционировании, своём изменении полю экономического пространства»; причём и внутри каждого «пространства» те, кто занимает доминирующую позицию, и те, у кого позиция подчинённая, беспрестанно вовлечены в различные конфликты, но уже без необходимости организовать столько же антагонистических групп»[3]. Таким образом, можно сделать вывод, что экономика не единственный и не всегда доминирующий фактор, влияющий на изменения в обществе в целом и в сфере правового регулирования. Между тем наука о праве как о регуляторе общественных отношений должна быть основана на современной методологии, способной всесторонне проанализировать общество, так как «правовая система как по происхождению, так по способу образования и по характеру родства бесспорно обладает общественным характером: право проистекает их недр общества, из его чаяний и потребностей»[4].

Итак, односторонность материалистической методологии связана с её принадлежностью к парадигме бытия, которая явно устарела. Г.В. Мальцев в работе «Социальные основания права» данную ситуацию в юридической науке обозначил «Право и «смена вех» в научной методологии»[5]. В настоящее время существуют самые различные подходы к философским и методологическим основам правоведения, что наиболее точно охарактеризовал О.В. Мартышин выражением «методоло-

[1] Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования. М., 1999. С. 172.

[2] Бурдье П. Социология политики. М., 1993. С. 87.

[3] Там же. С. 88.

[4] Бержель Ж.Л. Общая теория права. М., 2000. С. 285.

[5] Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007. С. 62.

гическая рыхлость»[1]. Наряду со сторонниками марксизма, в качестве методологической основы правоведения предлагаются – социальная феноменология и антропология[2], также находят своих последователей взгляды сторонников системного подхода к обществу, например теория Н. Лумана – «аутопоэсиса в праве», довольно популярны идеи синергетической парадигмы и герменевтики[3]. В современной правовой науке существует точка зрения, согласно которой методологический плюрализм связан со спецификой современного общества и государства. Как пишет один из исследователей современного государства и права – И.Л. Честнов, суть постмодерна в том, что «...ни одна научная теория не может претендовать на абсолютную истину (таковой, считают многие, просто нет). Каждая теория лишь относительно (приблизительно) описывает объективную реальность, и чем их (теорий) больше – тем лучше. Критерий истинности постепенно заменяется критерием инструментальной полезности. Поэтому сегодня нет и не предвидится консенсуса по поводу картины мира (юридической действительности) и методов её познания. Постмодерн – это отрицание логоцентризма эпохи модерна. Последний основан на вере в существование целостной структуры, представленной единством бинарных оппозиций. Метод деконструкции, проповедуемый постмодернистами, прежде всего Ж. Деррида, направлен на разрушение этих оппозиций, демонстрацию их условности, изменчивости, амбивалентности»[4].

Соглашаясь со многими ценными идеями философии постмодернизма, автор настоящей работы все же является сторонником подхода к современной эпохе, как эпохе «позднего модерна», которая не противопоставляется, а является продолжением эпохи модерна. Поэтому представляется необходимым все же определить наиболее ценные направления в современной социальной философии, способные служить методологической основой при научных правовых исследованиях. Рассмотрим ниже некоторые наиболее перспективные, на наш взгляд, подходы. По мнению автора, право следует понимать как *нор-*

---

[1] Мартышин О.В. Нравственные основы теории государства и права // Государство и право. 2005. № 7.

[2] Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 2–16 ; Его же. Современные типы правопонимания: феноменология, германевтика, антропология и синергетика права. СПб., 2002.

[3] См., например: Овчинников А.И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов-на-Дону, 2002 ; Его же. Юридическая герменевтика как правопонимание // Правоведение. 2004. С. 160–169.

[4] Честнов И.Л. Актуальные проблемы теории государства и права. Эпистемология государства и права. СПб., 2004. С. 36–37.

мативную социальную систему[1], которую нельзя свести к какому-либо формальному источнику права. На мой взгляд, для того, чтобы полноценно раскрыть процессы, происходящие в сфере права как социальной системе, необходимо использовать в качестве философской методологической основы теорию использующую, как понимающий, так и объективистский подходы к обществу. Лишь в этом случае мы, с одной стороны, *избегаем субъективизма*, учитываем объективные факторы, влияющие на позитивное право, а с другой стороны, не уходим в *структурализм*, когда не учитывается роль индивида и коммуникаций между ними. Соединение этих методологических установок при анализе общества и права характерно для работ крупнейший зарубежных ученых – Ю. Хабермаса и П. Бурдье, *общим для этих двух различных теорий является использование в своих конструкциях и изучение* общественной *практики*, что, на наш взгляд, позволяет использовать эти подходы в качестве философских методологических основ правовых исследований. Как справедливо указывает отечественный правовед М.А. Поскачина: «Помимо опыта о рациональном и априорном характере правового знания свидетельствует и практика. Философские категории «опыт» и «практика» – аксиологические понятия, применение которых позволяет понять, что правовое знание о законе как самостоятельное теоретическое знание порождено социальным опытом и подтверждено социальной практикой»[2].

В связи с этим представляется актуальным для правоведов изучение наследия французского социолога П. Бурдье, который, с одной стороны, рассматривает власть и право без отрыва от социальной реальности и с другой – соответствует современным реалиям общественного развития. Если многие сторонники марксизма в отечественном правоведении предъявляли претензии к методологии современной неклассической юриспруденции, связанные с отрывом от действительности и философского идеализма, то к теории П. Бурдье такие упреки неприменимы. В отличие от учения Маркса и Энгельса в работах П. Бурдье анализируются такие современные тенденции, как общество постмодерна[3] и общественные процессы, не сводящиеся только к эконо-

[1] Альчуррон К.Э., Булыгин Е.В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. № 2. СПб., 2011. С. 309–472.

[2] Поскачина М.Н. Особенности научного знания о праве // Журнал российского права. 2013. № 4. С. 38–39.

[3] По мнению П. Бурдье, «постмодерн – это неразборчивая эклектика, скрывающая разные, в зависимости от страны, реалии» // Бурдье П. За рационалистический историзм // Социологос постмодернизма. М., 1996. С. 9.

мическому фактору. П. Бурдье писал о недостаточности материалистической методологии, по его мнению, нельзя сводить социальный мир «к одному лишь экономическому полю», привязав себя «к одномерному социальному миру, организованному просто вокруг противоречия между двумя блоками»[1], В реальности же, показывает Бурдье, социальное и политическое пространство есть многомерное взаимодействие относительно автономных полей, «то есть подчинённых в большей или меньшей степени прочно и непосредственно в своём функционировании своём изменении полю экономического пространства»; причём и внутри каждого «пространства» те, кто занимает доминирующую позицию, и те, у кого позиция подчинённая, беспрестанно вовлечены в различные конфликты, но уже без необходимости организовать столько же антагонистических групп»[2]. Можно сделать вывод, что экономика не является доминирующим фактором, влияющим на изменения в обществе в целом и в сфере правового регулирования. Наука о праве как о регуляторе общественных отношений должна быть основана на современной методологии, способной всесторонне проанализировать общество[3], так как «правовая система как по происхождению, так по способу образования и по характеру родства, бесспорно, обладает общественным характером: право проистекает их недр общества, из его чаяний и потребностей»[4].

Специфика теории П. Бурдье заключается в том, что им было введено понятие «габитус», которое «позволило ему преодолеть ограниченность и поверхностность структурного подхода... Габитус – это система диспозиций, порождающая и структурирующая практику агента и его представления»[5]. Раскрывая данное понятие, в своей теории П. Бурдье решает противоречие между двумя конкурирующими подходами в философии и социологии. Первый – объективизм, где человек ничего не решает, его формирует общество, а второй – субъективизм, где личность формирует мир. Бурдье рассматривает их как субстанциональную и реляционную позиции относительно социального пространства. Он находит между этими подходами компромисс как раз через понятие «габитус». Это понятие представляет собой двойственный концепт (концепция «двойного структурирования») одновременно и активное

[1] Бурдье П. Социология политики. М., 1993. С. 87.

[2] Там же. С. 88.

[3] Денисенко В.В. Лингвистическая парадигма как современная методологическая основа общей теории права // Право и политика 2007. № 9. С. 223.

[4] Бержель Ж.Л. Общая теория права. М., 2000. С. 285.

[5] Бурдье П. Социология политики. М., 1993. С. 12.

началом структурации общества, то есть агент, является источником воздействий на социальную действительность и, вследствие этого, организует социальное пространство, и пассивный объект воздействия со стороны общества, формируются в процессе социальных интеракций, которые обусловлены в частности и структурами власти[1].

Еще одно понятие, которое ввел в своей теории П. Бурдье, это понятие «поле», которое понимается как некие отношения между различными позициями в социальном пространстве. Социальное пространство включает в себя такие поля, как экономика, право, политика и др. Социальная позиция, занимаемая агентом, заставляет действовать его тем или иным образом. Поле здесь – это арена борьбы. Каждый агент, пытаясь изменить, либо упрочить свое положение, использует соответствующую форму капитала. Выделяя три формы капитала: экономический, культурный и социальный, он говорит еще и о символическом капитале, как о показателе социального престижа. Здесь, как об особой форме символического капитала, Бурдье указывает на юридический капитал. «Процесс концентрации юридического капитала сопровождается процессом дифференциации, который завершается становлением автономного юридического поля»[2]. «Нужно найти место авторов в нарождающемся юридическом поле, а также в более широком пространстве, поскольку их позиция относительно других юристов и центральной власти может лежать в основании их теоретической конструкции»[3].

Говоря о юридическом поле, Бурдье прежде всего критиковал два противоположных подхода к его анализу: формализм и инструментализм. Право с точки зрения формализма – «это закрытая автономная система, обладающая собственной внутренней динамикой и полностью свободная от каких-либо внешних воздействий»[4] (Г. Кельзен, Н. Луман). В рамках инструменталистского подхода право рассматривается как орудие господства правящего класса (Л. Альтюссер). Бурдье говорит о том, что понятие юридического поля позволяет преодолеть противоположность формалистского и инструменталистского подходов. Два основных фактора, которые влияют на нормальное функцио-

[1] Бурдье П. Социология политики. М., 1993. С. 188.

[2] Бурдье П. Дух государства: генезис и структура бюрократического поля // Поэтика и политика: сб. статей. СПб., 1999. С. 146.

[3] Бурдье П. От «королевского дома» к государственному интересу: модель происхождения бюрократического поля // Социоанализ П. Бурдье. Альманах российско-французского центра социологии и философии Института социологии РАН. М., 2001. С. 169.

[4] Масловская Е.В., Масловский М.В. Социологические теории права // Социологический журнал. 2005. № 1.

нирование юридического поля, по мнению Бурдье: отношения власти, определяющие структуру поля, и внутренняя логика развития права. Это также арена борьбы, но за монополию на толкование закона. Эта борьба ведется между агентами, обладающими профессиональной компетентностью, которая заключается в «общественно признанной способности интерпретировать корпус текстов, санкционирующих легитимное видение социального мира»[1]. В юридическом поле складывается разделение труда, «существует различие между «теоретиками», занятыми исключительно разработкой правовой доктрины, и «практиками», ориентированными на непосредственное применение правовых норм»[2]. Обладатели различных форм юридического капитала дополняют друг друга, хотя и конкурируют между собой.

Таким образом, подводя итог вышесказанному, можно сказать, что интеграция данных исследований в науку требует осмысления современных социологических подходов к изучению юриспруденции. Исследования П. Бурдье безусловно актуальны, так как он отходит от классической марксистской методологии, которая не объясняет всех процессов, происходящих в обществе, но между тем имеет многочисленных сторонников в отечественном правоведении. П. Бурдье, в отличие от последователей марксизма, не разделяет уверенности в том, что в условиях капиталистического общества вся правовая система действует в интересах правящего класса. Он указывает на близость высшего слоя судебной иерархии к господствующим группам (на близость судейского корпуса к правящему классу)[3]. Можно сделать вывод и о том, что П. Бурдье в своем исследовании указывал, что правовая система не является полностью автономной. «Внешние изменения более непосредственно отражаются в юридическом поле, а внутренние конфликты в этом поле в большей степени определяются влиянием внешних сил»[4]. Все это делает возможным и даже необходимым применение теоретических моделей Бурдье для дальнейших исследований в юридической науке в России.

Второй перспективной социально-философской методологией может служить теория коммуникативного действия (коммуникативно-дискурсивная теория), разработанная Юргеном Хабермасом. В развитии философии, как пишут Ю. Хабермас и К.О. Апель, можно выделить

---

[1] Bourdieu P. The force of law: Towards a sociology of the juridical field // The Hastings Law Journal. 1987. Vol. 38. No. 4. P. 817.

[2] Масловская Е.В., Масловский М.В. Указ. соч. С. 122.

[3] Там же. С. 124.

[4] Bourdieu P. Op. cit. P. 850.

три парадигмы – философию бытия, парадигму сознания и парадигму языка. Во второй половине XX века формируется новая философская парадигма – лингвистическая[1]. Слово больше не понимается как средство выражения результатов мышления, мышление и использование языка стали пониматься как совпадающие процессы. Поэтому происходит смена парадигмы субъекта философией интерсубъективности[2]. Представители герменевтики, например Гадамер, обосновывают культурную и историческую обусловленность разума. Основу лингвистической парадигмы заложили исследования Дж.Р. Остина и Дж.Л. Серля. Джон Остин в работе «Слово как действие» впервые в философии рассматривает речь не как средство передачи информации, а в качестве действия изменяющего состояние внешнего мира. Речь как действие изменяет мир не физический, а социальный. Язык воздействует на социальные межличностные отношения, изменяя социальные, в том числе и юридические, факты. До Остина философы считали, что речь человека служит для описания явлений, действий. Между тем есть высказывания, не описывающие события, а осуществляющие действия. Такие высказывания Дж. Остин называет перформативными, они могут быть удачными либо неудачными (устная сделка, обещание). Но если исследовать не построение предложений, а ситуации общения, то все слова являются действиями. Теория речевых актов была положена в основу теории коммуникативного действия, разработанной Юргеном Хабермасом и Карлом-Отто Апелем[3]. Эта философская концепция способна, по нашему мнению, наиболее полно раскрыть проблемы легитимности позитивного права в современном обществе. Поступок и речь нельзя свести, по мнению Хабермаса к деятельности, направленной на достижение цели, например к трудовой деятельности. Помимо целерациональной работы существуют коммуникативные действия, связанные речевыми актами и взаимным ожиданием: «Под «работой» или целерациональными действиями я понимаю либо инструментальное действие, либо рациональный выбор, либо их сочетание. Инструментальное действие руководствуется техническими правилами, основанными на эмпирическом знании. ... Под «взаимодействием», с другой стороны, я понимаю коммуникативное действие, символическое взаимодействие. Оно руководствуется обязывающими консенсуальными

[1] Остин Дж.Л. Слово как действие // Новое в зарубежной лингвистике: сборник. Вып. 17. Теория речевых актов. М., 1986. С. 26–27.

[2] Интерсубъективность – термин, введенный в научный оборот Э. Гуссерлем.

[3] Апель К.-О. Трансформация философии. М., 2001 ; Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2000.

нормами, которые определяют взаимные ожидания относительно поведения и которые должны быть поняты и признаны, по меньшей мере, двумя действующими субъектами. В то время как значимость технических правил и стратегий зависит от значимости эмпирически истинных или аналитически правильных высказываний, значимость социальных норм основана только на интерсубъективности взаимного понимания намерений и обеспечена общим признанием обязательств»[1]. Коммуникативное взаимодействие регулируется социальными нормами, которые нельзя считать производными от трудовой деятельности. Исторические изменения общества с точки зрения коммуникативной теории следует рассматривать как два не сводимых друг к другу процесса: изменение целерациональной деятельности и развитие форм коммуникативного взаимодействия. Современное социальное государство активно регулирует экономику правом, которое уже не является производным надстроечным явлением. Поэтому схема «базис и надстройка» не отражает всех причин общественных изменений, противоречий, возникающих в праве. Становится очевидным, что не только и не столько экономические интересы порождают эти противоречия. Например, в работе «Теория коммуникативного действия» Ю. Хабермас указывает, что в развитых западных обществах в последние десятилетия возникли социальные конфликты, которые существенно отличаются от традиционных для капитализма конфликтов, связанных с распределением экономических благ. Они формируются уже не в области материального воспроизводства и не катализируются политическими партиями; скорее они возникают в областях культурного воспроизводства, социальной интеграции и социализации и развертываются в доинституциональных формах. В них реально отражается овещнение коммуникативно структурированных областей действия: «...новые конфликты вспыхивают не в области проблем распределения, а в связи с вопросами грамматики форм жизни»[2]. Лингвистическая парадигма использует категории, разработанные социальной феноменологией, прежде всего категорию «жизненный мир», принадлежащую А. Щюцу. Жизненный мир – это отношения, в которых преобладают коммуникативные действия, помимо этого существуют сферы, где используются инструментальные действия, например экономическая система и ряд других. Ю. Хабермас в работе 1992 года «Фактичность и значимость» (в оригинале «Faktizität

[1] Habermas J. Technology and Science as «Ideology». London, 1971. P. 91–93.

[2] Цит. по.: Фурс В.Н. Философия незавершенного модерна Юргена Хабермаса. Минск, 2000. С. 162.

und Geltung»[1]) указывает что «шарниром» между жизненным миром и системой инструментальных отношений, должно быть позитивное право. Право не должно сводиться лишь к фактичности, то есть принудительности, оно должно содержать в себе и значимость, то есть – легитимность[2]. Как справедливо указывает, например, современный украинский ученый С.И. Максимов: «Коммуникативная философия, с одной стороны, развивает характерную для экзистенциализма и герменевтики тенденцию интерсубъективистской интерпретации социальных феноменов, с другой – представляет собой критическое переосмысление этих направлений, являясь в отличие от последних теорией практического разума, то есть рационалистической теорией. В то же время Ю. Хабермас критически относится к классическому рационализму и развивает постметафизическую концепцию коммуникативного разума, сохраняя понятие «жизненный мир», но преодолевая чрезмерный субъективизм феноменологического подхода»[3].

Таким образом, теория коммуникативной рациональности предлагает обоснование решения важнейшего вопроса современной философии права о соотношении универсального и культурно-специфического в праве на основе объединения противоположных позиций универсализма и партикуляризма[4]. Методологической основой такого решения выступает принцип дополнительности универсальных принципов справедливости, с одной стороны, и ценностей конкретного сообщества – с другой, при нормативном приоритете первого над вторым[5]. Как указывают исследователи данной теории – причина значительного влияния Ю. Хабермаса на современную мысль заключается

---

[1] Иногда название этой работы переводят на русский язык как «Фактичность и нормативность», что является, на наш взгляд, некорректным. Анализ содержания работы позволяет говорить именно о Значимости, то есть признании или легитимности, позитивного права.

[2] Habermas J. Between Facts and Norm. Cambridge, 1996. P. 136.

[3] Максимов С.И. Мировоззренческо-методологические подходы к осмыслению права // Российский ежегодник права. 2008. № 1. С. 139–140.

[4] Безусловно, у теории интерсубъективности Ю. Хабермаса и К.О. Апеля, впрочем, как и у любой другой значимой концепции, есть не только сторонники но и критики. В отечественной философии критический подход к интерсубъективности отстаивает проф. А. Павленко, который в своей работе «Пределы интерсубъективности» (М., 2012) считает необоснованным прежде всего замену «истины» «общезначимостью». Следует заметить лишь, что подвергая критике работы Ю. Хабермаса, А. Павленко рассматривает идеи коммуникации с позиции формальной логики, а не с позиций идей формального равенства и свободы, которые связаны с определенным этапом развития нашего общества.

[5] Апель К.О. Этноэтика и универсалистская макроэтика: противоречивость или дополнительность? // Политическая мысль. 1994. № 4. С. 85.

в том, что ему удалось достичь убедительного и философски обоснованного синтеза двух течений в философии права: либерализма, состоящего в защите индивидуальной свободы, и республиканизма, делающего акцент на политическом участии. Соотнося их с двумя идеями свободы – индивидуальной автономии (или независимости от принуждения) и коллективной автономии (или демократического самоуправления), – Хабермас, опираясь на теорию дискурса, показывает, что оба понятия свободы предполагают друг друга. Тем самым им решается проблема напряженности между легитимностью и эффективностью (позитивностью) права[1]. Говоря о легитимности как признании субъектом норм общества, следует также отметить труды современного философа Акселя Хоннета, в которых исследуется социальная природа признания[2]. Хоннет указывает, основой для формирования общественного порядка всегда является уже имеющаяся общность, имеющееся на базовом уровне признание: «...к социальным условиям, которые характеризуют естественное состояние, с необходимостью следует причислить тот факт, что субъекты прежде всякого конфликта каким то образом должны быть взаимно признаны друг другом[3]».

В отечественной теории права, как было сказано выше, существуют различные философские и методологические подходы, но наиболее перспективный, в котором анализируется социальное взаимодействие, это теория «правового общения», которую выдвинул проф. Л.С. Мамут[4]. По его мнению, «социальное общение (с очевидностью сопряженной с интеракцией) – взаимодействие носителей социальных статусов, позиций, ролей, а не уникальных субъектов. Именно социальное ролевое общение – область главенствующего интереса правоведов»[5]. По мнению Л.С. Мамута, общение и коммуникация – это не тождественные категории. Понимание категории «коммуникация» он берет из работ Э. Гидденса[6], указывая, что последний осторожен: «...говоря о коммуникации как основе социального взаимодействия (по-нашему, общения), но не о самом социальном взаимодействии»[7]. На мой взгляд, дело в том, как понимать содержание одних и тех же

[1] Максимов С.И. Указ. соч. С. 141.

[2] Honneth A. Kampf um Anerkennung. Frankfurt a. M., 1994. S. 72.

[3] Ibid. S. 83.

[4] Мамут Л.С. Правовое общение. Очерк теории. М., 2011.

[5] Там же. С. 14.

[6] Гидденс Э. Социология. М., 1997. С. 666–667.

[7] Мамут Л.С. Указ. соч. С. 12.

научных терминов. Если рассматривать с обозначенных позиций разработок Дж.Р. Остина и Дж.Л. Серля, когда слово понимается как действие, и работ К.О. Апеля и Ю. Хабермаса, разница между «общением» и «коммуникацией» будет не столь очевидна. Вот, например, что пишет об общении Л.С. Мамут: «Общение (что уже приблизительно установлено) есть практическое, реальное взаимодействие разных субъектов, предполагающее ожидаемые внешние ответы на акции контрагента»[1]. А вот как о коммуникации пишет Ю. Хабермас: «Коммуникативными я называю такие интеракции, в которых их участники согласуют и координируют планы своих действий; при этом достигнутое в том или ином случае согласие измеряется интерсубъективным признанием притязаний на значимость»[2]. Безусловно, категория коммуникации в общественных науках во второй половине XX века использовалась самыми различными направлениями и учеными, и поэтому её содержание трактовалось по-разному. Но в трактовке коммуникации как коммуникативного действия её содержание, на мой взгляд, близко к социальному общению, которое рассматривает Л.С. Мамут.

В контексте выше изложенного следует констатировать необходимость пересмотра устаревшей философской парадигмы бытия, лежащей в основе методологии отечественного правоведения[3]. Исследовать природу права в современном обществе, провести анализ эффективности правового регулирования представляется возможным лишь при использовании современных методологических подходов, способных раскрыть проблемы современного права. По нашему мнению, право современного постиндустриального общества необходимо исследовать на основе прагматической коммуникативной философии, основанной на парадигме языка. При помощи этой методологии становиться возможным исследование в правовой сфере общественных явлений, связанных не только с экономическим отчуждением, но также и с грамматическими связями.

Список литературы:

1. Альтюссер Л. За Маркса. М., 2006.
2. Альчуррон К.Э., Булыгин Е.В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. 2010. № 2. СПб.: 2011.

[1] Мамут Л.С. Указ. соч. С. 32.

[2] Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. М., 2000. С. 91.

[3] Поппер К. Нищета историцизма // Вопросы философии. 1992. № 8–10.

3. Апель К.-О. Трансформация философии. М., 2001.
4. Апель К.О. Этноэтика и универсалистская макроэтика: противоречивость или дополнительность? // Политическая мысль. 1994. № 4.
5. Байтин М.И. О методологическом значении и предмете общей теории государства и права // Государство и право. 2007. № 4.
6. Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования. М., 1999.
7. Бержель Ж.Л. Общая теория права. М., 2000.
8. Бурдье П. Дух государства: генезис и структура бюрократического поля // Поэтика и политика: сб. статей. СПб., 1999.
9. Бурдье П. За рационалистический историзм // Социологос постмодернизма. М., 1996.
10. Бурдье П. От «королевского дома» к государственному интересу: модель происхождения бюрократического поля // Социоанализ П. Бурдье. Альманах российско-французского центра социологии и философии Института социологии РАН. М., 2001.
11. Бурдье П. Социология политики. М., 1993.
12. Бусова Н.А. Модернизация, рациональность, право. Харьков, 2004.
13. Варламова Н.В. Российская теория права в поисках парадигмы // Журнал российского права. 2009. № 12.
14. Гидденс Э. Социология. М., 1997.
15. Демидов А.И. О методологической ситуации в правоведении // Правоведение. 2001. № 4.
16. Денисенко В.В. Лингвистическая парадигма как современная методологическая основа общей теории права // Право и политика. 2007. № 9.
17. Жеребин В.С. Правовая конфликтология: курс лекция. Ч. 1. Владимир, 1998.
18. Кун Т. Структура научных революций. М., 2001.
19. Лиотар Ж.Ф. Состояние постмодерна. СПб., 1998.
20. Максимов С.И. Мировоззренческо-методологические подходы к осмысления права // Российский ежегодник права. 2008. № 1.
21. Мамут Л.С. Правовое общение. Очерк теории. М., 2011.
22. Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007.
23. Мартышин О.В. Нравственные основы теории государства и права // Государство и право. 2005. № 7.
24. Масловская Е.В., Масловский М.В. Социологические теории права // Социологический журнал. 2005. № 1.

25. Овчинников А.И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов-на-Дону, 2002.
26. Овчинников А.И. Юридическая герменевтика как правопонимание // Правоведение. 2004.
27. Остин Дж.Л. Слово как действие // Новое в зарубежной лингвистике: сборник. Вып. 17. Теория речевых актов. М., 1986.
28. Поппер К. Нищета историцизма // Вопросы философии. 1992. № 8–10.
29. Поскачина М.Н. Особенности научного знания о праве // Журнал российского права. 2013. № 4.
30. Сырых В.М. Логические основания общей теории права. М., 2004.
31. Трофимов В.В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект. Саратов, 2009.
32. Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2000.
33. Фурс В.Н. Философия незаконченного модерна Юргена Хабермаса. Минск., 2000.
34. Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2.
35. Bourdieu P. The force of law: Towards a sociology of the juridical field // The Hastings Law Journal. 1987. Vol. 38. No. 4.
36. Habermas J. Between Facts and Norm. Cambridge, 1996.
37. Habermas J. Technology and Science as «Ideology». London, 1971.
38. Honneth A. Kampf um Anerkennung. Frankfurt a. M., 1994.

PARADIGM IN LAW AS KEY PROBLEM POST-SOVIET THEORY AND PHILOSOPHY OF LAW

Denisenko V.V.,
candidate of legal sciences, associate professor,
Department of Theory and History of Law, Voronezh State University

Abstract: The article is dedicated to the category of «paradigm» in modern law and its development in the domestic theory of state and law. The analysis of modern social philosophy and types of legal approaches reveals the problem of knowledge in modern society and the domestic legal system.

Keywords: methods of legal science, the paradigm, the nature of law, legitimacy of law, efficiency of legal regulation.

Лапаева В.В.,
доктор юридических наук, главный научный сотрудник
Института государства и права РАН

ПОСТСОВЕТСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА: ФИЛОСОФСКИЕ ОСНОВАНИЯ И ИХ ЮРИДИКО-ДОГМАТИЧЕСКАЯ КОНКРЕТИЗАЦИЯ

Аннотация: Одним из признаков внутренне противоречивого, переходного (и в этом смысле постсоветского) характера современного правового развития России является то, что провозглашенный в Конституции Российской Федерации человекоцентристский принцип приоритета прав человека до сих пор не подкреплен надлежащей догмой права. Доктрина и догма позитивного права, на которые ориентируется российская правотворческая и правоприменительная практика, по-прежнему тяготеют к системоцентристской парадигме правопонимания. В статье обосновывается необходимость формирования в рамках постсоветской теории права теоретико-методологического консенсуса на базе человекоцентристского правопонимания, призванного стать основой для соответствующего обновления доктрины и догмы российского права. В контексте этой задачи дается сравнительная оценка научного и практического потенциалов естественно-правового и либертарно-юридического подходов к правопониманию. Критериями такой оценки служат: а) способность соответствующих доктрин дать ответ на главные запросы социальной практики, связанные с необходимостью разграничения права от властного произвола; б) их ориентация на разработку такой юридической догматики, которая позволяла бы полнее раскрыть человекоцентристский потенциал российской Конституции.

Ключевые слова: теория права, доктрина и догма позитивного права, тип правопонимания, естественно-правовая теория, либертарно-юридическая теория, права человека, Конституция Российской Федерации.

В настоящее время главной проблемой российской теории права является, на мой взгляд, существенный разрыв между исследованиями, ведущимися на философско-правовом уровне, где формируются основы правопонимания, и юридической догматикой, то есть той частью теории, которая непосредственно взаимодействует с практикой. Под догмой права понимаются «общепризнанные в юриспруденции (в правовой доктрине той или иной юридической школы, направления и т.д.) исходные основные положения о позитивном праве, его установлении и действии»[1]. Неверно думать, будто догма права представляет собой

[1] Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М., 2004. С. 382. В рамках юридической догматики выделяются предметные и методологические аспекты. С точки зрения предметной составляющей догму права можно определить как «формиру-

идеологически нейтральный набор юридических конструкций, понятий, принципов, приемов толкования позитивного права, формальных источников права и т.д., никак не связанных с той или иной правовой идеологией, которая заложена в соответствующее понятие права. Напротив, юридическая догматика – это, по сути дела, практически ориентированная интерпретация понятия права[1], перевод этого понятия на язык, доступный для правовой практики. Через догму права то или иное понятие права, которое в сжатом и концентрированном виде содержит определенную юридическую теорию[2], оказывает воздействие на правотворческую и правоприменительную деятельность.

Однако происходящая в постсоветской России кардинальная смена мировоззренческих ориентиров в области правопонимания, нашедшая отражение в Конституции РФ, не сопровождается надлежащей корректировкой догмы права. С точки зрения новой (постсоветской) конституционно-правовой идеологии суть осуществляемых в стране преобразований заключается в переходе от традиционной для России системоцентристской модели правовой системы с присущим ей подчинением индивидуальной свободы так называемым общественным интересам, выразителем которых выступает государство, к человекоцентристской парадигме, в рамках которой право человека как форма индивидуальной свободы является важнейшей социальной ценностью[3]. Эта смена базовых теоретико-правовых ориентиров, существенно изменившая направление теоретических исследований в области правопонимания, лишь в весьма незначительной степени затронула российскую догму права.

емые юридическим сообществом устойчивые интеллектуальные структуры (конструкции, понятия, концепции, принципы, классификации и др.), через которые в профессиональном сознании представлено положительное право». А в методологическом аспекте юридическая догматика предстает как специально-юридический метод познания позитивного права, включающий в себя «способы, средства и правила оперирования с профессиональными юридическими объектами – конструкциями, понятиями, принципами» (Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012. С. 440).

[1] См.: Варламова Н.В. Философия права и юридическая догматика (проблемы внутренней непротиворечивости правовой теории // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. Очерки. СПб., 2006. С. 269.

[2] Как в семени дано определенное будущее растение, – писал В.С. Нерсесянц, – так и в понятии права в научно-абстрактном (сжатом и концентрированном) виде содержится определенная юридическая теория .... Если ... понятие права – это сжатая юридическая теория, то юридическая теория – это развернутое понятие права». (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М., 2004. С. 27).

[3] Подробнее см.: Лапаева В.В. Российская философия права в контексте западной философско-правовой традиции // Вопросы философии. 2010. № 5.

Более того, есть все основания говорить, что в настоящее время в нашей теории права «до предела ослаблено внимание к юридико-догматической проблематике»[1], которая ушла на периферию научных исследований. При этом некоторые специалисты и вовсе полагают, что мы вступили в «постдогматический этап развития юридической методологии»[2]. Однако если теория права не занимается обновлением догмы права в русле современного правопонимания, то правотворческая и правоприменительная практика будет пользоваться старыми наработками в этой области. Что она, кстати, и делает весьма охотно, поскольку доставшаяся ей в наследство от светского периода юридико-позитивистская (легистская) догматика весьма удобна для оправдания любого властного произвола.

Сложившаяся ситуация, когда Конституция РФ провозглашает новый для правовой системы страны принцип приоритета прав человека, а догма права в значительной степени тяготеет к прежнему, системоцентристскому, подходу, наглядно демонстрирует внутренне противоречивый, переходный (и в этом смысле именно постсоветский) характер современного правового развития России, еще не порвавшей окончательно с советским прошлым. Трудности и неудачи на этом пути дают повод ряду конституционалистов говорить о необходимости широкомасштабной конституционной реформы, направленной на более последовательное преодоление авторитарно-тоталитарного наследства[3]. Однако, даже оставляя в стороне присущий таким представлениям юридический идеализм и опасность непредсказуемых последствий этого шага в сложившейся социально-политической ситуации, можно утверждать, что подобная постановка вопроса была бы оправданна только в том случае, если нынешний конституционный текст сопротивлялся бы выстраиванию такой системы юридико-догматических конструкций, которая позволяет интерпретировать конституционные нормы в русле верховенства прав человека.

---

[1] Мальцев Г.В. О субъективных публичных правах // Интерес в публичном и частном праве. М., 2002. С. 11.

[2] Это положение сформулировано, в частности, в выступлении судьи Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиева на пленарном заседании конференции «Современные проблемы толкования права» в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ 29.02.2016 г.

[3] См.: Краснов М.А., Шаблинский И.Г. Российская система власти: треугольник с одним углом. М., 2008. С. 220–226 ; Проект новой Конституции России / под ред. М.А. Краснова, С.В. Васильевой // URL: http://www.democratia2.ru ; Авакьян С.А. Гарантированное народовластие. Десять причин для конституционных реформ в России // Независимая газета. 2012. 16 октября.

Между тем все известные недостатки Конституции РФ в существенной степени компенсируются ее ключевым достоинством, состоящим в том, что «основные характеристики всего конституционно регламентируемого пространства в целом и правовой государственности в особенности даются в ней *с позиций и под углом зрения прав и свобод человека и гражданина, их признания и защиты*»[1]. А это значит, что при желании и умении любые конституционно-правовые нормы (в том числе и нормы, закрепляющие правовой статус государственных органов и должностных лиц) могут быть интерпретированы в русле конкретизации принципа верховенства прав человека, закрепленного в ст. 2 Конституции. И здесь, помимо политической воли (на отсутствие которой сетуют сторонники конституционной реформы), необходима еще и авторитетная для практики догма позитивного права, способная трансформировать принцип приоритета прав человека в систему юридико-догматических конструкций, имеющих императивный характер для правотворческой и правоприменительной деятельности. Именно в данном направлении, то есть в направлении совершенствования догмы права, юристы могут внести наиболее существенный вклад в укрепление конституционализма.

А для этого следует прежде всего сконцентрировать усилия на раскрытии и реализации правового потенциала, заложенного в действующую Конституцию, являющуюся основным правовым достижением постсоветского правового развития страны. В этом вопросе ключевое значение имеет разработка человекоцентристской логики толкования конституционного текста, а также соответствующих юридико-догматических конструкций, позволяющих выразить итоги такого толкования через систему четких, понятных для практики конституционно-правовых ориентиров и критериев. Можно согласиться с судьей Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиевым в том, что текст Конституции – это «кладезь неявных конституционных знаний, делающих возможным осуществление процесса конституционно-правового познания... практически бесконечным»[2]. Однако в настоящее время акцент следует делать не столько на бездонности этого кладезя знаний, сколько на четком определении тех юридико-догматических границ, в рамках которых только и возможен поиск глубинного правового смысла конституционного текста.

Далее я постараюсь обозначить основные факторы, препятствующие формированию человекоцентристской юридической догматики,

[1] Нерсесянц В.С. Философия права: учебник для вузов. М., 2006. С. 461.

[2] Гаджиев Г.А. Онтология права. М., 2013. С. 254.

наметить пути их преодоления и кратко охарактеризовать то, что уже сделано в данном направлении.

Догма права той или иной страны представляет собой квинтэссенцию доктрины позитивного права, являющейся итогом доктринального консенсуса между ведущими специалистами, то есть тем, что римляне называли opinio communis doctorum. Именно консолидированная позиция научного сообщества по основополагающим вопросам доктрины позитивного права способна обеспечить практическую востребованность соответствующей догмы права, которая, как верно замечено, «хороша и уместна там, где она предписана юридическим авторитетом не только на основе простой обязательности, императивной формы, а в силу логической безупречности мысли»[1]. Степень согласия при этом может быть разной, но для нормального функционирования правовой практики необходим хотя бы минимальный консенсус по базовым принципам правопонимания, определяющим характер взаимоотношений между человеком как субъектом права и государством как правоустанавливающей инстанцией. То есть консенсус в вопросе о том, какой принцип правопонимания – человекоцентристский и системоцентристский – должен лежать в основе правовой системы страны.

Поскольку речь идет о двух разных принципах, то искомый доктринальный консенсус может быть достигнут лишь на базе одного из них, а не где-то посередине между ними путем взаимных концептуальных уступок. Иначе это будут уже не принципы. Любая теория (если это действительно теория, то есть целостное представление о закономерностях и существенных связях объекта) строится вокруг принципиальной основополагающей идеи, выражающей сущностное начало изучаемого явления. Именно следование такой идее как своему основному принципу и обеспечивает необходимое для теории единство взглядов на предмет исследования. Подлинное объединение потенциалов двух разных принципов возможно только в том случае, если удается найти новый, третий, принцип, диалектически снимающий основное противоречие между противоборствующими позициями.

В настоящее время в российской теории права нет сколько-нибудь выраженного принципиального единства, задающего тот общепризнанный теоретический мэйнстрим, на основе которого могли бы формироваться авторитетные для практики доктрина и догма позитивного права. При этом особенность нынешнего состояния теоретико-правовой мысли, в очередной раз демонстрирующая постсоветский характер нашей теории права, состоит в том, что главные расхождения между под-

[1] Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 11, 12.

ходами к пониманию права носят не просто теоретический, но, по сути дела, мировоззренческий характер: основной конфликт «существует не между различными типами *право*понимания, а между типами *миро*понимания; либерально-индивидуалистическим – правовым по своей сути и коллективистско-этатистским – по своей сути неправовым»[1].

Однако вместо честной конкуренции между этими двумя разными принципами правопонимания в постсоветской теории права доминирует стремление к их эклектичному соединению в рамках различных версий так называемого интегративного подхода, обычно «интегрирующего» декларативное признание приоритета прав человека с легистской доктриной и догмой позитивного права. Смешение разных принципов неизбежно ведет к теоретической путанице, поскольку остается неясным, что мы будем считать правом в случае противоречия между естественными правами человека и законодательством. А такое противоречие неизбежно уже хотя бы потому, что естественные права (в силу самой их естественности) носят неисчерпаемый характер и не могут быть полностью выражены в законе. Но главное – как мы будем определять критерии ограничения прав человека? Какие ценности при этом станут определяющими – другие права человека и те ценности общего блага, которые являются условием их реализации, или государственные и общественные интересы, доминирующие над правами человека?

Если теория права не дает ясные ответы эти вопросы, то практика, получая карт-бланш, развивается по своим собственным законам, а точнее – в русле собственного произвола. Можно продекларировать в Конституции приоритет неотчуждаемых прав человека, закрепить современный каталог основных прав и т.д., но если содержание конституционных норм, определяющих критерии ограничения этих прав, интерпретируется законодателем и правоприменителем с позиций системоцентристского подхода (что нередко и происходит на практике), то реально действующим оказывается легистское правопонимание. Когда прирожденные и неотчуждаемые права человека весьма произвольно ограничиваются федеральным законом под предлогом защиты таких ценностей, как основы конституционного строя, нравственности, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ), это означает, что государство, выражающее указанные ценности, произвольно определяет, что есть право человека.

В настоящее время при всем обилии в постсоветском правоведении концепций понимания права лишь две теории являются однозначно человекоцентристскими – естественно-правовая и либер-

[1] Козлихин И.Л. Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 11.

тарно-юридическая. Остальные подходы, развивающиеся главным образом в русле интегральной и (или) постклассической юриспруденции, при ближайшем рассмотрении оказываются комбинацией системоцентристского в своей основе легистского или социологического позитивизма с какими-то элементами юснатурализма, психологизма, либертаризма и т.д.[1] Поэтому в качестве претендентов на статус такого общедоктринального подхода, который не входил бы в противоречие с концептуальными основами Конституции страны, можно всерьез рассматривать лишь два типа правопонимания: естественно-правовой и либертарно-юридический.

Доктрина юснатурализма имеет многовековую историю и охватывает многочисленные, зачастую весьма различные по своему правовому содержанию теории, которые объединяет лишь *«принцип противопоставления в области права «естественного» «искусственному»*, включающий в себя их противоположную оценку и признание безусловного приоритета «естественного» над «искусственным». Это и есть *всеобщий универсальный принцип естественного права»*[2]. В теориях юснатурализма противопоставление искусственному как универсальный принцип естественного права увязано с такими естественными (то есть присущими природе человека) ценностями, как справедливость, равенство, достоинство личности, истина и т.п. При этом ни одна теория не поднимает избранную ценность до уровня основополагающего универсального принципа естественно-правовой доктрины. Если, например, в качестве главного признака права рассматривается справедливость (а такой подход является наиболее распространенным), то справедливость выступает не в качестве универсального естественно-правового принципа, а в качестве частного принципа данной концепции права. В противном случае необходимо было бы трактовать все другие признанные правовые ценности как формы выражения справедливости, а не как равноценные принципы естественного права[3].

С точки зрения юснатурализма право – это непосредственно действующее естественное право, конкретное содержание которого на разных этапах развития человечества определялось по-разному: как совокупность разумных законов природы, как отраженный в человеческом разуме божественный порядок мироздания, как система фор-

[1] См.: Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 327–376.

[2] Нерсесянц В.С. Философия права. С. 92.

[3] Последовательное продвижение в этом гипотетическом направлении привело бы, считал В.С. Нерсесянц, к преодолению самого естественно-правового подхода (Нерсесянц В.С. Философия права Гегеля. С. 151).

мирующихся в обществе представлений о справедливом и должном, как прирожденные права человека, выражающие его разумную природу, и т.д. В настоящее время доминирует трактовка права как нормативной системы, основанной на общепризнанных международным сообществом принципах и нормах, за которыми по договоренности признается правовой характер, связанный с их соответствием прирожденным правам человека. Права и свободы человека, выраженные в общепризнанных принципах и нормах международного права и позитивированные на конституционном уровне, стали критерием правового начала для большинства национальных систем законодательства.

Однако речь здесь идет не о теоретическом критерии, выражающем сущностный признак права, а об эмпирическом индикаторе, фиксирующем меру соответствия законодательства фактически признанному международным сообществом набору принципов и норм гуманистического характера, которые представляют собой сплав правового и религиозно-нравственного начал. Именно в отсутствии теоретического критерия для определения сущности права и состоит главная методологическая слабость естественно-правового правопонимания, которая не только лишает его возможности отграничить право от других социальных явлений (и прежде всего от норм нравственности и религии), но, что гораздо важнее, не позволяет с достаточной четкостью отличить право от произвола законодателя, оставляя решение этого вопроса в конечном итоге на усмотрение суда. А судебная практика, не имеющая ясных теоретических ориентиров, слишком сильно зависит от уровня правовой культуры общества, интеллектуального и нравственного потенциала судейского корпуса, степени защищенности суда от властного и коррупционного давления.

Поэтому для России с ее неразвитой правовой культурой нужна правовая доктрина, предлагающая четкие, теоретически последовательные и эмпирически верифицируемые критерии различения права от властного произвола. Именно в разработке таких критериев и заключается сейчас главный социальный запрос, обращенный к юридической науке. На данном этапе подобным потребностям социальной практики в наибольшей степени отвечает либертарно-юридическая теория. Эта теория, основанная на самостоятельном (то есть принципиально отличном от юридического позитивизма и юснатурализма) типе правопонимания, была в общих чертах сформулирована В.С. Нерсесянцем (1938–2005) еще в годы советской власти и окончательно обоснована им в качестве самостоятельного типа правопонимания в постсоветский период развития страны. Теория названа «либертарной» потому, что

право, согласно позиции автора, – это единственно возможная форма бытия и выражения свободы в общественной жизни, а понимание права как формы свободы – это инструмент познания всего многообразия правовых (и, соответственно, неправовых и антиправовых явлений). Прилагательное «юридический» подчеркивает то обстоятельство, что свобода, будучи характерным признаком именно правовых начал общественной жизни, не является формой выражения морали или нравственности (как считали, например, И. Кант и Г. Гегель).

Либертарно-юридическая теория стала результатом анализа мировой философско-правовой традиции различения права и закона, а также осмысления опыта советского бесправия. Появление этой теории в разгар так называемого застойного периода в жизни страны и ее развитие в жесткой полемике с приверженцами официальной советской доктрины было обусловлено настоятельной потребностью в теоретическом разграничении права как формы свободы от властного произвола, облеченной в форму закона. Квинтэссенция данной теории сводится к тезису о том, что в основе либертарно-юридического понимания права и правового государства лежит принцип формального равенства, трактуемый как сущностный принцип права. *Формальное правовое равенство* – это равенство в свободе, которое заключается в том, что фактически разные (неравные) люди в правовом взаимодействии выступают как равные друг другу (а значит – независимые друг от друга, то есть свободные) в том смысле, что они в равной мере подчиняются общей норме, выражающей меру их свободы на основе принципа: свобода одного кончается там, где начинается свобода другого. Дозволения и запреты, которыми право отмеряет и оформляет свободу в человеческих отношениях, «представляют собой нормативную структуру и оформленность свободы в общественном бытии людей, пределы достигнутой свободы, границы между свободой и несвободой на соответствующей ступени исторического развития»[1]. В этом смысле система права – это, по словам Г. Гегеля, – царство реализованной свободы, а само право, по характеристике В.С. Нерсесянца – это равная мера свободы, поскольку «своим всеобщим масштабом и равной мерой право измеряет ... именно свободу ... в человеческих взаимоотношениях»[2].

В отличие от позитивистского направления в правопонимании, оба рассматриваемых подхода – естественно-правовой и либертарно-юридический – выводят свое понятие права из природы человека как носителя разумной свободной воли и связывают право (хотя и с раз-

[1] Нерсесянц В.С. Философия права. С. 38.

[2] Там же. С. 37–38.

ной степенью последовательности) с разумными началами свободного человеческого общежития. Характерным признаком этих подходов является то обстоятельство, что разрабатываемый ими язык права носит не дескриптивный, а прескриптивный характер, то есть он «не просто описывает то или иное фактическое состояние, но трактует (интерпретирует) его с позиций юридически должного»[1], предписывает рассматриваемому фактическому состоянию надлежащие правовые характеристики. Для юснатурализма в качестве такого юридически должного выступают естественные права человека, а для либертарно-юридического правопонимания – сущностный правовой принцип формального равенства[2]. В Конституции РФ заложены оба этих подхода: здесь в качестве такого юридически должного выступают прирожденные и неотчуждаемые права человека (ч. 2 ст. 17), реализуемые в соответствии с принципом правового равенства, согласно которому «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц» (ч. 3 ст. 17).

С точки зрения естественно-правовой доктрины в ее современной версии право – это прежде всего система норм, которые базируются на естественных (прирожденных и неотчуждаемых) правах человека, составляющих моральные начала права. Для сторонников данного подхода морально-правовые начала наиболее полно могут быть выражены не представительным органом, а судьей, то есть юристом, обладающим надлежащими профессиональными и человеческими качествами[3]. В рамках правового пространства Советы Европы это судьи ЕСПЧ, которые в конечном итоге и определяют, что есть право человека в его современном европейском понимании. Дефицит демократической легитимности такого судейского правотворчества восполняется опорой на европейский консенсус, составляющий, как пишет судья

---

[1] Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 383.

[2] См., например: Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3. С. 3–15.

[3] Такую точку зрения обосновывает, в частности, Р. Дворкин. Исходя из того, что законодатель руководствуется политическими стратегиями, а судья – моральными принципами, восходящими к правовым традициям, он отдает предпочтение судебному прецеденту, полагая, что «судебные решения, принимаемые на основе принципиальных соображений, могут брать верх над демократическими принципами». (Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. М., 2004. С. 125 и след.) При этом речь у него идет не о том, что судебный прецедент в большей мере адекватен исходному правовому принципу, а лишь о том, что моральные принципы имеют приоритет перед политическими, к числу которых он относит и принцип демократии. А с точки зрения либертарно-юридического подхода право и демократия – это две стороны одной медали, выражающие нормативные и институциональные гарантии свободы.

ЕСПЧ А. Нусбергер, философскую основу деятельности Европейского Суда[1]. По сути дела, данный подход представляет собой социологизированную версию юснатурализма, которой в немалой степени присущи недостатки социологического типа правопонимания[2]. При этом в рамках доктрины юснатурализма отсутствуют теоретические (то есть собственно научные) критерии оценки как итогов самого европейского консенсуса, так и принимаемых на его основе решений ЕСПЧ. А в отсутствии таких критериев решения судей превращаются в истину в последней инстанции, которая не подлежит критическому научному анализу. Если, конечно, мы осуществляем такой анализ с позиций естественно-правовой доктрины.

Либертарно-юридический тип правопонимания позволяет избежать подобных недостатков, поскольку трактует право не как систему норм, базирующихся на конвенционально установленных правах человека, а как систему правовых законов, то есть законов правового государства, соответствующих принципу формального равенства людей в их свободе. Такое равенство в свободе наиболее полным образом может быть выражено представительным органом, формирование и деятельность которого отвечают требованиям правовой демократии.

Примером из практики ЕСПЧ, хорошо демонстрирующим разницу между юснатурализмом и либертарно-юридической теорией, является дело «Гергюлю против Германии», когда Федеральный Конституционный Суд Германии не согласился с решением ЕСПЧ (хотя германская сторона и подчинилась этому решению). ЕСПЧ принял тогда сторону биологического отца усыновленного ребенка – турецкого гражданина, который уже после усыновления ребенка отстоял право регулярно видеться с ним. При этом были полностью проигнорированы правомерные интересы ни в чем не повинных и пострадавших в итоге усыновителей. В связи с данным делом Федеральный Конституционный Суд Германии сформулировал правовую позицию, согласно которой учет решений ЕСПЧ возможен лишь в рамках системного токования норм Основного закона страны, учитывающего интересы всех участников правового спора[3]. Подобная позиция вписывается в русло либертарно-

[1] Нуссбергер А. Консенсус как элемент аргументации Европейского Суда по правам человека // Международное правосудие. 2013. № 1. С. 17–22 // URL: http://www.center-bereg.ru›o864.html

[2] Подробнее см.: Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России. М., 2016. С. 178–179.

[3] В данной связи Председатель Федерального конституционного суда ФРГ Х.-Ю. Папир в своем выступлении на Международной конференции в Москве обратил внимание присутствующих на то обстоятельство, что решения Европейского Суда касаются только

юридического подхода, поскольку нацелена на максимально полную реализацию принципа правового равенства, согласно которому осуществление прав и свобод одних лиц не должно нарушать права и свободы других лиц[1].

Разница между двумя рассматриваемыми направлениями человекоцентристского правопонимания особенно хорошо просматривается на уровне юридической догматики.

Прежде всего следует отметить, что для сторонников юснатурализма вопросы догмы права традиционно находятся на периферии их внимания. Вклад приверженцев данной доктрины в обновление догмы российского права в настоящее время сводится главным образом к обоснованию необходимости включения судебного прецедента в систему источников российского права, а также к разработке проблематики соотношения национального законодательства с нормами, действующими в рамках наднационального и международного правопорядков.

Целесообразность включения судебного прецедента в систему источников российского права обычно обосновывается тем, что судебный прецедент в большей мере, чем закон, способен гарантировать защиту прав человека, поскольку моральные начала права наиболее полно могут быть выражены именно судьей. Для стран с давно сложившейся системой прецедентного права, базирующейся на высоком и заслуженном авторитете судейского сообщества, такой подход вполне уместен. Здесь роль судебного прецедента как гаранта индивидуальной свободы обеспечена, прежде всего, высоким уровнем профессионализма судей, выкристаллизовавшимся за многовековую историю развития национального правосудия, а также устойчивыми традициями независимости судебной власти и ее высоким статусом в системе разделения властей. В России же, как известно, никогда не было ни одного из перечисленных факторов. В этих условиях нет оснований полагать, что закрытая корпорация судей высших судов лучше спра-

---

двусторонних отношений между заявителем и государством. При этом иные заинтересованные лица (в рассматриваемом случае – приемный ребенок и его родители) не являются участниками процесса и их правовые позиции не всегда могут быть в должной мере представлены при разбирательстве дела. Подробнее см.: Лапаева В.В. Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия: материалы девятой Международной конференции по конституционному правосудию // Российское правосудие. 2007. № 1. С. 18–20.

[1] С точки зрения такого подхода можно, например, сказать, что даже если будет достигнут европейский консенсус по поводу усыновления детей однополыми парами, это решение будет неправовым, поскольку оно нарушает право ребенка на нормальное половое развитие, программируя его на отклонение от социально-биологической нормы.

вится с правотворчеством, чем представительный орган, открытый для социального контроля. А кроме того, как справедливо отмечает Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин, различия между англосаксонской и романо-германской правовыми системами не являются только формальными, они отражаются в специфике мышления юристов и требуют принципиально иной организации всего юридического процесса. Но главное в том, что «нигде в мире доказательств преимуществ англосаксонской системы не выявлено, а неизбежный при таких прививках “переходный период” обязательно хотя бы отчасти хаотизирует и ослабит и без того пока далекую от совершенства российскую систему правоустановления и правоприменения»[1].

Еще один популярный у нас аргумент в пользу судебного прецедента, связанный с идей придания статуса обязательного прецедента постановлениям Пленума Верховного Суда РФ, сводится к тезису о том, что принцип правовой определенности важнее принципа независимости судей. С этим тезисом можно было бы согласиться, потому что принцип правовой определенности – это основополагающая для всей юридической догматики конкретизация правового принципа формального равенства. Но только в том случае, когда речь идет именно о правовой определенности, а не о закреплении сложившейся практики антиправового произвола. В нашей же ситуации перехода от произвола к праву именно независимость судей служит одной из важнейших гарантий того, что применяемые ими законы носят правовой характер, а их деятельность является правосудной в подлинном смысле этого слова.

Среди сторонников либертарно-юридической теории нет единства в вопросе о целесообразности включения судебного прецедента в систему источников российского права, однако сам В.С. Нерсесянц был твердым противником такого подхода[2], что соответствует логике его понимания права как не только нормативной, но и институциональной формы свободы, гарантирующей согласование социальных интересов на началах формального равенства. Показательно, что в своем учебнике по теории права, где проблемы юридической догматики разработаны с позиций либертарного правопонимания, он вообще не уделил внимания предложениям о включении прецедента

[1] Зорькин В.Д. Цивилизация права // Журнал конституционного правосудия. 2014. № 5. С. 11.

[2] См.: Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права. М.: Ин-т государства и права РАН, 1997. С. 38–40.

в число источников права, ограничившись такой трактовкой системы источников, которая вытекает из положений Конституции РФ.

Другое направление развития юридической догматики на базе юснатурализма касается разработки вопросов соотношения национального, наднационального и международного права. Последовательная ориентация при решении подобных вопросов на доктрину юснатурализма ведет к отказу от идеи национально-государственного суверенитета, поскольку естественное право «предполагает и естественное государство»[1], гражданами которого являются все люди (каждый человек). Такой подход означает признание безоговорочного приоритета наднациональных и международных норм над национальными законами, включая и конституцию страны[2]. Позиция же либертарно-юридического не столь однозначна. Исходя из принципа приоритета прирожденных и неотчуждаемых прав человека, можно сказать, что государство, выполняя свою конституционную обязанность по признанию, соблюдению и защите этих прав как приоритетной ценности, должно ориентироваться на те правовые положения, которые гарантируют более высокий уровень их обеспечения. Поэтому вопрос о соотношении конституции с нормами наднационального и международного права (прежде с нормами Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод) и об их месте в иерархии нормативных актов должен решаться ситуативно, исходя из понимания того, где полнее гарантируются права человека[3]. Конечно, у государства всегда есть соблазн посчитать, что Конституция РФ в интерпретации Конституционного Суда справляется с этой задачей лучше. Однако оно должно суметь доказать это не только своим гражданам, но и международному сообществу.

Но главным конкурентным преимуществом либертарно-юридического подхода является его способность предложить юридическую

---

[1] Нерсесянц В.С. Философия права. С. 152.

[2] Показательна в этом плане позиция Л.С. Явича, который утверждал, что «суверенитет государства ... противостоит суверенитету народа собственной страны, народам всех стран – мировому сообществу, противоречит приоритету международного сообщества и международного права, мешает глобальным прогрессивными интеграционным процессам...». Явич Л.С. Философия права на XXI век // Государство и право. 2000. № 4. С. 12–13.

[3] Подробнее см.: Лапаева В.В. Соотношение юридической силы Конституции РФ и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (на примере дела «К.Маркин против России» // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2 ; Ее же. Проблема соотношения юридической силы Конституции РФ и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (по материалам дела «К. Маркин против России») // URL: http://www.igpran.ru/public/publiconsite/LapaevaVV.DeloMarkina.pdf

догматику, адекватную задаче отграничения права от законодательного произвола. В настоящее время в российской теории права работа в этом направлении ведется в основном усилиями сторонников именно данного подхода к правопониманию. При этом особое внимание уделяется следующим проблемам:

1. *Построение системы принципов права путем конкретизации сущностного принципа формального равенства.*

Принципы права – основные идеи и руководящие положения, определяющие содержание и направления правового регулирования, являются связующим звеном между социально-философской и юридико-догматической интерпретациями права[1]. На практике это означает, что именно на принципы права ложится главная нагрузка по обеспечению взаимодействия правовой системы с другими социальными системами, представляющими совокупность нравственных, идеологических, политических, экономических, религиозных и т.д. отношений. В этом смысле принципы права могут рассматриваться как «своеобразные «окна», через которые на закрытые правовые системы ... оказывают влияние разнообразные социальные факторы»[2]. Развивая эту аналогию, можно сказать, что такие «окна» распахнуты в сторону многогранной и разнообразной системы социальных ценностей и выстроены они таким образом, чтобы пропускать через себя только те ценности, которые поддаются юридизации.

Источник различий между правовыми доктринами кроется в тех базовых ценностях, на основании которых легитимируется правопорядок в рамках соответствующей парадигмы понимания права. Так, «признание самоценности порядка (любого по содержанию образующих его норм) в его противоположности хаосу» лежит в основе нормологических интерпретаций права (легистского неопозитивизма Г. Кельзена и Г. Харта), абсолютизация ценности нормоустанавливающей инстанции ведет к классическому легизму (таковой здесь будет государство, суверен), социологическому позитивизму (определенный социум), теологическим вариантам естественно-правовой школы (Бог). Содержательное определение ценностей, на обеспечение которых должен быть направлен порядок, присуще этическим трактовкам права (те или иные нравственные принципы) и либертарной концепции (индивидуальная свобода и формальное равенство в свободе). При этом во всех аксиологических интерпретациях права имплицитно присутствует ценность

[1] Сидоркин А.С. Принципы права: понятие и реализация в российском законодательстве и судебной практике: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 2.

[2] Правоприменение: теория и практика / отв. ред. Тихомиров Ю.А. М., 2008. С. 59.

порядка как такового (упорядоченности, определенности социального взаимодействия) и, более того, она является интенционно первичной»[1].

Особенность либертарно-юридической теории заключается в том, что она (в отличие от естественно-правовой доктрины, ориентированной на разнообразные и партикулярные по своей природе нравственные принципы) выстроена на основе конкретизации абстрактного сущностного, то есть всеобщего для правовой сферы, принципа формального равенства. Это обстоятельство, подчеркивает Н.В. Варламова, придает системе правовых принципов, лежащих в основе либертарной теории, иерархизированный и аксиоматичный характер[2]. Аксиоматичный – потому что все правовые принципы логически выводятся из всеобщего принципа формального равенства, который для этой теории является исходным положением, принимаемым в качестве бесспорного, а иерархизированный – потому что в рамках данной системы принципов есть критерий построения иерархии, в качестве которого выступает мера конкретизации исходного принципа формального равенства. Предложенная ею классификация правовых принципов выглядит следующим образом[3]:

– *принципы, определяющие положение человека в государстве и обществе* (принцип «все, что не запрещено, разрешено» применительно к частным лицам и принцип «все, что не разрешено, запрещено» применительно к лицам, наделенным публично-властными полномочиями; принцип гуманизма, понимаемый как запрет бесчеловечного и унижающего достоинство обращения и наказания; принцип уважения собственности; принцип свободы договора в сфере частного права; презумпция добросовестности участников гражданского оборота и налогоплательщиков; презумпция невиновности в уголовном процессе и при привлечении к административной ответственности; принцип равноправия (недискриминации); принцип соразмерности (пропорциональности), понимаемый как эквивалентность социального обмена (субъективному

[1] Варламова Н.В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 4. С. 102.

[2] Варламова Н.В. Философия права и юридическая догматика (проблема внутренней непротиворечивости правовой теории. С. 269–300.

[3] Там же. Подробнее см.: Варламова Н.В. Верховенство права – базовый принцип европейской системы защиты прав человека // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 3 (40). С. 151–178 ; Ее же. Принцип правовой определенности в практике Европейского Суда по правам человека // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. М., 2002. № 4. С. 94–110 ; Ее же. Практика Европейского Суда по правам человека как выражение современных теоретических представлений о праве // Возможности адаптации зарубежного опыта. Саратов, 2005. С. 13–35.

праву всегда соответствует юридическая обязанность, всякое правонарушение предполагает юридическую ответственность), соразмерность ограничения прав и свобод преследуемой правомерной цели и соразмерность правонарушения и наказания, недопустимость повторного наказания за одно и то же правонарушение);

– *принципы надлежащей правовой процедуры* (никто не может быть лишен жизни, свободы или имущества иначе как по решению суда; никто не может быть судьей в своем деле; состязательность процесса и равноправие сторон);

– *принципы институциональной организации публичной политической власти* (демократия как формально равный доступ к участию во власти и разделение властей как модификация принципа состязательности при осуществлении публично-властных полномочий);

– *принцип правовой определенности,* предполагающий стабильность правоотношений, правового положения и приобретенных прав (нет преступления и нет наказания, не предусмотренного законом; закон обратной силы не имеет; неопубликованные законы не применяются; незнание закона не освобождает от ответственности; последующее отменяет предыдущее; договоры должны соблюдаться; презумпция виновности надлежащего ответчика в гражданском процессе; презумпция конституционности закона, законности подзаконного акта и правомерности судебного решения; уважение окончательного судебного решения (res judicata); уважение законных ожиданий).

Для понимания разницы между либертарно-юридическим и юснатуралистским подходами к осмыслению данной проблематики важно иметь в виду следующее. Если с позиций либертарной теории правовые принципы предстают как итог логической экстраполяции абстрактного принципа формального равенства на различные сферы правовой деятельности, то в рамках юснатурализма этот же набор правовых принципов может быть получен в результате систематизации опыта реального правового развития человечества. В первом случае мы имеем дело со строго иерархизированной системой, принципы которой обусловлены их причастностью к исходному принципу формального равенства, являющемуся для сферы правовых принципов отправной аксиомой, а во втором – с набором фактически сложившихся и устоявшихся в мировой практике принципов, лишенных (как и всякая фактичность) внутренней логики и иерархии. То обстоятельство, что обобщение конкретно-исторического правового опыта совпадает с логической конкретизацией абстрактного принципа формального равенства, является проявлением и наглядным свидетельством того, что в абстракции формального равен-

ства выражена квинтэссенция тех разумных начал правовой регуляции, которые выработаны и освоены правовой практикой за всю ее историю.

Иерархизированный характер системы правовых принципов, раскрывающих в своей совокупности содержание позитивного права, создает предпосылки для создания теоретически более последовательной и логически выверенной либертарно-юридической догматики, соединяющей формальную четкость юридико-догматических категорий и конструкций с человекоцентристской правовой идеологией. На основе предложенной выше системы общетеоретических правовых принципов можно выстроить соответствующие подсистемы конституционных, межотраслевых и отраслевых принципов российского права.

2. *Определение критериев ограничения прав человека и гражданина.*

При всем значении конституционных формулировок, закрепляющих основные права и свободы человека и гражданина, наиболее существенные гарантии прав человека определяются не столько самим каталогом этих прав, сколько конституционными критериями (основаниями и пределами) их ограничения. Проблема выработки таких критериев была впервые поставлена и решена Конституционным Судом РФ, у которого не было возможности опереться на соответствующие положения догмы права ни в 1993 г., когда Суд впервые обратился к этой теме, ни в 2003 г., когда он сформулировал окончательную версию правовой позиции по данному вопросу. А между тем в таком ключевом вопросе, непосредственно связанном с выработкой критериев разграничения права и властного произвола, наука должна была идти хотя бы на шаг впереди правовой практики.

В настоящее время уже достаточно очевидно, что сформулированная Конституционным Судом правовая позиция по вопросу о критериях ограничения прав человека[1] нуждается в развитии. Суть этой позиции сводится к юридической конструкции, согласно которой ограничение прав человека федеральным законом должно осуществляться по *основаниям*, связанным с защитой конституционных ценностей (в том числе и других прав человека), и в *пределах*, заданных необходимостью а) обеспечить соразмерность между ограничением прав человека и защищаемыми конституционными ценностями и б) сохранить *существо* самого права. В рамках либертарно-юридического правопо-

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 г. № 15-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан российской Федерации» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С.А. Бутмана, К.А. Катаняна и К.С. Рожкова (абзац 4 п. 3 мотивировочной части) // Российская газета. 2003. 31 октября.

нимания предложены подходы к конкретизации таких ключевых понятий этой теоретической конструкции, как «соразмерность между ограничением прав человека и защищаемыми ценностями общего блага» и «существо права, в которое законодатель не может вторгаться». Эти подходы сводятся к следующим основным положениям[1].

а) Требование не вторгаться в *существо* ограничиваемого права предполагает наличие теоретической позиции по вопросу о том, в чем состоит существо (то есть сущность) права. С точки зрения либертарно-юридического правопонимания в Конституции РФ сущностный правовой принцип формального равенства как равенства людей в свободе получил нормативное закрепление в ч. 3 ст. 17 (согласно которой при осуществлении прав и свобод нельзя нарушать права и свободы других лиц)[2]. Именно эта конституционная формула в совокупности со ст. 55 Конституции РФ и задает те *пределы*, за которые нельзя заходить при ограничении прав человека. Данная формула означает, что обеспечение одних прав человека, которое гарантируется путем защиты соответствующих конституционных ценностей общего блага, не должно осуществляться за счет нарушения других прав человека. В противном случае, то есть в случае, когда ограничение прав человека связано с нарушением конституционного равенства прав, такое ограничение утрачивает качество соразмерности и означает вторжение в существо ограничиваемого права.

Российская правовая практика ориентируется в этом вопросе на правовую позицию Конституционного Суда РФ, согласно которой ограничения прав человека должны быть соразмерны целям защиты конституционных ценностей, перечисленных в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, и не должны вторгаться в существо ограничиваемых прав. Несложно показать, что без опоры на принцип формального равенства эта исключительно важная правовая позиция лишается теоретического представления о существе (сущности) права, что чревато непоследовательностью в решении конкретных проблем правовой практики[3]. Отсутствие четкой теоретической позиции по данному вопросу не может быть оправдано ссылками на столь популярный сейчас теоретический плюрализм в сфере правопонимания, а тем более – на плюралистический харак-

[1] Лапаева В.В. Критерии ограничения прав человека и гражданина в Конституции Российской Федерации // Государство и право. 2013. № 2. С. 14–24.

[2] Нерсесянц В.С. Философия права. С. 464–467.

[3] См, например: Лапаева В.В. Право граждан Российской Федерации на объединение в политическую партию: основания и пределы ограничений // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 1.

тер мировоззренческой основы российского конституционализма, сочетающей в себе, как пишет, в частности, судья Конституционного Суда Н.С. Бондарь, естественно-правовой и позитивистский подходы к правопониманию[1]. Теоретико-мировоззренческий плюрализм – это свободная конкуренция теорий и идеологий в борьбе за истину, а вовсе не смешение разных истин в одном понятии. На практике же подобное эклектичное сочетание принципиально разных теоретических конструкций означает возможность произвольного обращения к любой из них, в зависимости от того, что будет удобнее для законодателя и правоприменителя в той или иной конкретной ситуации. Ориентация же на либертарно-юридическую трактовку сущности права стала бы гарантом последовательной приверженности человекоцентристской идеологии, которая заложена в основу действующей Конституции, провозгласившей права и свободы человека высшей ценностью.

б) Дискуссии по поводу *принципа соразмерности (теста на пропорциональность),* широко применяемого в практике Европейского Суда, показывают непримиримость теоретических позиций оппонентов[2]. Однако, если перевести проблему в плоскость логики человекоцентристского толкования Конституции, согласно которой конституционные ценности, защищаемые посредством ограничения прав человека, должны быть выражены через корреспондирующие этим ценностям права человека, то основные противоречия между сторонниками и противниками теста на пропорциональность будут сняты.

Такой подход соответствует не только правовой логике Конституции РФ, объявившей права и свободы человека высшей ценностью, но и формальной логике, лежащей в основе понятия меры как выражения единства качественных и количественных характеристик явления. Из смысла этого понятия вытекает, что соизмерять можно лишь качественно единые (а значит – сопоставимые) явления. Мы не можем соизмерить, например, право человека на объединение в политическую партию и такую конституционную ценность, как безопасность государства, по поводу которой в России всегда было принято считать, что «мы за ценой не постоим».

Этот достаточно очевидный, на мой взгляд, тезис нуждается в аргументации, поскольку представления о том, что можно соразмерять сте-

---

[1] См.: Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России. М., 2011. С. 168–172.

[2] См.: Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2 ; Косла М. Пропорциональность: посягательство на права человека? Ответ Ставросу Цакиракису // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5.

пень ограничения индивидуальных прав со значимостью защищаемых при этом ценностей общего блага, получили большое распространение в правовой теории и практике. Поэтому сошлюсь на такого авторитетного юриста, как Р. Дворкин. Хотя «метафора установления равновесия между общественными интересами и личными требованиями, – пишет он, – прочно вошла в нашу политическую и правовую риторику, и благодаря этой метафоре данная модель представляется знакомой и привлекательной», тем не менее такой подход является ложным. Подобное «уравновешивание», считает автор, уместно тогда, когда государству приходится выбирать между конкурирующими правами, (например, между правом южанина на свободу объединений и правом чернокожего на равное образование). В противном случае «имеет место путаница, грозящая разрушить само понятие прав человека»[1].

Отсюда следует, что при рассмотрении вопроса о правомерности ограничения прав человека недостаточно констатировать, что данные ограничения соразмерны необходимости защиты конституционных ценностей. Необходимо показать, какие права и свободы человека могут быть нарушены, если не будут должным образом защищены соответствующие конституционные ценности. Только после того, как будут выявлены те права человека, которые корреспондируют соответствующим конституционным ценностям, встает главный вопрос, на который необходимо ответить, – вопрос о соразмерности между ограничением рассматриваемого права и защищаемыми при этом конституционными ценностями. Критерием для его решения является принцип правового равенства, согласно которому осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. В этом случае принцип соразмерности ограничений прав человека обстоятельствам дела предстает как конкретизация принципа формального правового равенства.

В рамках правовой позиции Конституционного Суда РФ по критериям ограничения прав человека не решен еще один важный вопрос, непосредственно относящийся к проблематике догмы права, а именно вопрос о *соотношении понятий «лишение права» и «ограничение права»*. Применительно к тексту Конституции РФ эта проблема трансформируется в вопрос о соотношении общих оснований для ограничения прав, сформулированных в ч. 3 ст. 55, и специальных оснований для лишения прав, закрепленных, в частности, в ч. 3 ст. 32 и ч. 5 ст. 13. В своей практической заостренности вопрос звучит так: «Можно ли

[1] Дворкин Р. О правах всерьез. С. 271.

вводить дополнительные (по отношению к указанным в Конституции) основания для запрета на осуществление соответствующих прав (т. е. можно ли лишать права), ссылаясь на общие основания для ограничения прав, закрепленные в ч. 3 ст. 55?».

Точка зрения российского законодателя на эту проблему известна: есть целый ряд законов, в которых введены дополнительные основания для запрета на осуществление прав. Это законодательство о выборах «О гарантиях избирательных прав...» (запрет быть избранными для граждан, осужденных к лишению свободы за совершение тяжких преступлений и имеющих неснятую и непогашенную судимость, для граждан, подвергнутых административным наказаниям за совершение правонарушений экстремистской направленности, и т.д.), о политических партиях «О политических партиях» (запрет региональных и межрегиональных партий), о статусе депутата «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы...» (досрочное прекращение полномочий депутата в случае принятия в отношении него и вступления в законную силу обвинительного приговора, не связанного с отбыванием наказания в местах лишения свободы) и т.д.

Рассмотрим проблему на примере упомянутой ч. 3 ст. 32 Конституции РФ, содержащей основания для запрета на осуществление избирательных прав.

Первый вопрос, на который предстоит ответить, заключается в следующем: «Есть ли качественные различия между запретом на осуществление права и его ограничением или эти различия носят количественный характер?». На мой взгляд, такие различия есть. Они связаны с тем, что ограничение права (в отличие от лишения права) субъект может преодолеть своей волей. Например, законодательство запрещает судьям быть членами политических партий, однако судья может отказаться от своего судейского статуса, если для него важнее быть членом партии. Поэтому в данном случае запрет означает ограничение, а не лишение права; человек же, находящийся в местах лишения свободы, не просто ограничен в своем избирательном праве, а именно лишен этого права, поскольку своей волей он не может изменить ситуацию.

Очевидно, что правовая природа института лишения прав такова, что его применение возможно лишь в качестве дополнительной меры наказания, установленной в рамках уголовного или административного судопроизводства. В этих случаях, то есть когда лишение права вводится уголовным или административным (например, лишение водительских прав) законом, такой закон не имеет обратной силы, человек

может доказывать свою невиновность в различных судебных инстанциях, а судья, принимая решение о лишении того или иного права, может дифференцировать дополнительное наказание в зависимости от обстоятельств дела. Все эти гарантии прав человека отсутствуют, если нормы, закрепляющие лишение прав, вводятся избирательным законодательством, трудовым законодательством (вспомним решение Конституционного Суда РФ, признавшее неконституционными нормы Трудового кодекса РФ, огульно запрещавшие запрет на занятие педагогической деятельностью лицам, когда-либо имевшим судимость или подвергавшимся уголовному преследованию)[1], о государственной службе (запрет на несение государственной службы лицам, не прошедшим военную службу) и т.д.

Эта уловка законодателя вызвана тем, что введение подобных норм в уголовное законодательство слишком явно обнаружило бы их несоответствие положениям Конституции. И здесь уже сложнее было бы доказывать правомерность подобных решений ссылками на то, что в ч. 3 ст. 32 Конституции РФ установлены не запреты, а «специальные конституционные ограничения избирательных прав граждан», специальный характер которых означает что «они не могут быть отменены или “ослаблены” законодателем», но вполне могут быть дополнены им на основании общих критериев ограничения права, закрепленных в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ[2]. По поводу данной точки зрения можно сказать следующее. В части 3 статьи 32 Конституции РФ речь идет не об ограничениях избирательных прав, а именно о запрете (то есть о лишении) этих прав, поскольку указанные здесь лица не просто «не имеют права избирать и быть избранными», но и не могут по собственной воле преодолеть наложенные на них ограничения в правах. Во-вторых, логика процитированного утверждения, согласно которой специальные ограничения прав могут быть дополнены общими ограничениями, представляется некорректной. Дело в том, что в соответствии с известным принципом юридической техники *lex specialis derogat generali* (специальная норма отменяет общую) специальный характер ограничения тех или иных прав означает, что эти ограниче-

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 18 июля 2013 г. № 19-П по делу о проверке конституционности п. 13 ч. 1 ст. 83, абз. 3 ч. 2 ст. 331 и ст. 351.1 Трудового кодекса РФ в связи с жалобами граждан В.К. Барабаш, А.Н. Бекасова и других и запросом Мурманской областной Думы // Собрание законодательства РФ. 2013. № 30 (ч. II). Ст. 4189.

[2] «Федеральный законодатель, – пишет в связи с этим Б.С. Эбзеев, – имеет возможность ввести дополнительные по отношению к непосредственно конституционным ограничениям соразмерные ограничения электорального правопользования» (Комментарий к Конституции Российской Федерации / под. ред. В.Д. Зорькина. М., 2011. С. 303).

ния заданы только специальными требованиями и что общие требования на них не распространяются.

Подводя итоги, можно выстроить следующую юридическую конструкцию критериев ограничения прав человека в Конституции РФ.

– Под критериями ограничения конституционных прав человека федеральным законом понимаются: а) основания ограничения этих прав; б) пределы их ограничения. Основания ограничения прав сформулированы ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, в которой предусмотрено, что права человека можно ограничить для защиты прав других лиц и перечисленных здесь конституционных ценностей, выражающих публичные интересы. Пределы ограничения прав человека включают в себя требование соразмерности между степенью ограничения прав и необходимостью защиты указанных конституционных ценностей, закрепленное в ч. 3 ст. 55, а также требование сохранения существа (содержания) права, что предполагает запрет на вторжение в существо права, установленный в ч. 2 ст. 55, в которой предусмотрена норма, запрещающая отмену или умаление прав человека[1].

– Определение соразмерности между степенью ограничения права и защитой указанных в ч. 3 ст. 55 конституционных ценностей означает необходимость: а) выразить эти ценности через соответствующие им права человека, то есть показать, какие именно права человека будут нарушены, если эти конституционные ценности не будут защищены; б) доказать, что эти ценности не могут быть защищены иным путем, не предполагающим ограничение рассматриваемых прав человека.

– Подход конституционного законодателя к пониманию существа ограничиваемого права раскрыт в ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, где сформулирован принцип формального равенства, согласно которому право человека может быть реализовано до тех пор, пока это не препятствует реализации права другого человека.

– Основания для запрета на осуществление отдельных прав человека (то есть основания для лишения прав), прямо или косвенно указанные в специальных нормах Конституции, носят исчерпывающий характер.

– Запрет на осуществление отдельных прав человека (лишение прав), закрепленный в специальных нормах Конституции, не может осуществляться по основаниям для ограничения прав человека, указанным в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ.

---

[1] Обоснование тезиса о том, что запрет на умаление права, установленный в ч. 2 ст. 55 Конституции РФ, может быть интерпретирован как запрет на вторжение в существо права см.: Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. С. 492–495.

3. *Разработка человекоцентристской логики толкования позитивного права.*

С позиций такой логики толкования позитивного права (включающего как текущее законодательство, так и конституционные нормы) именно права человека определяют основные параметры правового статуса органов государственной власти и должностных лиц, осуществляющих властные полномочия. Поясню эту мысль на примере правового статуса депутата Государственной Думы.

Как известно, правовой статус депутата, закрепленный в федеральном законодательстве, представляет собой конкретизацию соответствующих конституционных норм. Это вытекает из положения догмы права, которое Ганс Кельзен сформулировал так: «Каждый законодательный акт есть акт реализации конституции»[1]. С позиций человекоцентристского подхода в число таких конституционных положений, которые конкретизируются в федеральном законе о статусе депутата, входят не только нормы, прямо закрепляющие права и обязанности депутата, но и нормы, определяющие конституционно-правовой статус гражданина. Причем последние составляют наиболее фундаментальные конституционные основы правового статуса депутата. Это значит, что правовые параметры, например, института депутатского запроса определяются в конечном итоге правом гражданина свободно искать, получать и распространять информацию (ч. 4 ст. 29). Поэтому любое ограничение депутатского запроса должно обосновываться необходимостью ограничения указанных прав граждан, соразмерного необходимости защиты конституционных ценностей, перечисленных в ч. 3 ст. 55 Конституции.

Более сложный пример из этой же области – вопрос о лишении (то есть недобровольном прекращении) депутатских полномочий. С позиций либертарно-юридического подхода очевидно, что если депутат, избранный народом, лишается своего мандата по основаниям, не заложенным в Конституцию и не связанным с волеизъявлением самих избирателей (и уж тем более, если депутат лишается мандата по воле своих политических оппонентов в парламенте), то мы имеем дело либо с неправовым законом, либо с правонарушающим применением закона. Данный подход исключает возможность приложения к праву известной ленинской фразы «по форме верно, а по сути издевательство» и исходит из того, все, что не соответствует сущности права, не может быть верным и с формально-догматической точки зрения. Но чтобы

[1] Кельзен Г. Общее учение о праве и государстве // Хрестоматия по конституционному праву / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустров. М., 2012. С. 617.

доказать это на уровне догмы права, надо выстроить довольно сложную юридическую конструкцию, в основе которой лежит юридико-догматическая интерпретация ряда принципиально важных положений. Эти положения, на мой взгляд, можно сформулировать так[1]:

1) основания для лишения депутатского статуса заданы конституционно-правовыми основаниями для лишения гражданина его пассивного избирательного права, поскольку депутат – это прежде всего гражданин, обладающий пассивным избирательным правом (а таких оснований, согласно ч. 3 ст. 32 Конституции два: признание человека недееспособным по приговору суда и пребывание в местах лишения свободы);

2) есть качественные различия между понятиями «ограничение права» и «лишение права»;

3) лишение избирательных прав распространяется только на те категории лиц, которые перечислены в ч. 3 ст. 32 Конституции РФ, и перечень этих категорий, то есть перечень оснований для лишения избирательных прав, не может быть расширен под видом тех ограничений прав, которые предусмотрены ч. 3 ст. 55.

4. *Осмысление природы правовой нормативности.*

Одним из направлений исследований в этой области является сейчас анализ диалектики сущего и должного в праве, соотношения действительности норм права (определяемой их соответствием норме вышестоящего уровня, а в конечном счете – принципу формального равенства), и их действенности как фактической реализуемости, обеспеченной санкциями и обусловленной легитимностью правопорядка[2].

Другое направление связано с изучением возможностей упорядочения позитивного права на основе той единой регулятивной модели, какой является норма права. Если правовая доктрина, писал В.С. Нерсесянц, трактует позитивное право «как определенное системно-регулятивное целое, как право, представляющее собой систему норм права», то это по существу означает, что «прежде всего само право в целом (право как системное нормативно-регулятивное целое) мыслится как единая норма права и именно как позитивно-правовая норма

[1] Подробнее см.: Лапаева В.В. «Дело Гудкова»: правовой анализ // Вопросы права и политики. 2012. № 4 // URL: http://www.e-notabene.ru/lr/article_231.html ; Ее же. Возможные способы выполнения решения ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России» путем толкования ч. 3 ст. 32 Конституции РФ ; Ее же. Возможности развития человекоцентристского потенциала Конституции РФ (на примере толкования ч. 3 ст. 32) // Правоведение. 2016. № 1. С. 110–124.

[2] Варламова Н.В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 4. С. 76–116.

(с соответствующими структурными компонентами – диспозицией, гипотезой и санкцией)»[1].

Это положение, отражающее понимание права как правового закона и относящееся как к отдельной правовой норме, так и к правовому институту, и к отрасли права, и ко всей нормативно-правовой системе, имеет значение прежде всего для юридико-догматической интерпретации Конституции РФ. С позиций такого понимания правовой нормативности Конституцию РФ как ядро нормативно-правовой системы, основанной на правах человека, следует рассматривать как самостоятельную правовую норму, в рамках которой применительно к любому из конституционных прав можно выделить диспозицию, гипотезу и санкцию.

В качестве гипотезы здесь выступает предположение, выраженное тезисом «если ты человек...» или «если ты гражданин...». Диспозиция же в общем виде такова: ты имеешь права человека (и/или гражданина) при условии, что ты: 1) выполняешь обязанность соблюдать права других людей (ч. 3 ст. 17) и 2) ты не наносишь ущерб конституционным ценностям общего блага, являющимся необходимым условием осуществления прав человека (ч. 3 ст. 55). Если человек в своих действиях выходит за рамки установленных Конституцией ограничений, то государство применяет к нему санкции. Эти санкции закреплены главным образом не в самой Конституции, а в текущем законодательстве. Однако основания для них должны быть заложены в Конституции.

Применительно же к прерогативам лиц, занимающих государственную должность Российской Федерации, такая трактовка нормативности конституционного текста означает, что их права, являющиеся одновременно и их обязанностями, должны быть не только непосредственно увязаны с нормами, закрепляющими права человека и гражданина, но и очерчены их границами, не выходящими за рамки конституционного текста. Причем очерчены в соответствии основополагающим принципом конституционно-правовой доктрины, согласно которому полномочия государственного органа определяются правилом: «запрещено делать все, что прямо не разрешено законом»[2].

---

[1] Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 388. В этой связи автор критикует Г. Кельзена, у которого основание нормативности позитивного права заключается не в самом позитивном праве (не в том, что само право в целом – это единая норма права), а вне его – в некой логически постулируемой «основной норме», которая не является нормой позитивного права.

[2] Поясняя принципиальное различие в правовом статусе физического лица и государственного органа, Г. Кельзен писал: «Физическому лицу ... разрешено делать все, что не

5. *Юридико-догматическая интерпретация правовых категорий добросовестности, разумности и справедливости как выражения принципа формального равенства.* В данной связи следует отметить работы Д.В. Дождева и, в частности, его анализ категории добросовестности (bona fides) в гражданском праве, которую автор трактует как эквивалент идеи справедливости, а значит (добавлю) – и разумности.

В рамках позитивистского подхода, пишет он, категория добросовестности носит характер своего рода «клапана», через который в правовую систему проникают социальные интересы и моральные требования, что провоцирует судейское усмотрение, не ограниченное четкими правовыми рамками. Отличие естественно-правового подхода состоит в том, что подобное судейское правотворчество, нежелательное для позитивиста, считается нормальной формой реализации законодательных предписаний, позволяющей адаптировать абстрактные нормы закона к требованиям «времени и места». И в том, и в другом случаях для судьи главным способом определения того, что считать добросовестным, является «обобщение казуистики, которая группируется по типам применения общей нормы .... Эти собрания сами начинают восприниматься как кодекс правоприменения, что противоречит идее открытой нормы.... При таком подходе специфика случая не подчиняется единому принципу, не интегрируется в систему, а начинает диктовать свои особенности системе, подменяя нормы права спецификой обстоятельств дела. Принцип теряет интегрирующие свойства, система утрачивает единство...»[1].

С позиций же либертарно-юридической теории добросовестность (или, что то же самое, разумность и справедливость) должна трактоваться как принцип, конкретизирующий сущностный правовой принцип формального равенства, то есть «как общее начало, определяющее трактовку всех норм кодекса и руководящее правоприменением, нацеливая судью на поиск права в каждом конкретном случае и задавая объективные критерии, позволяющие отличить право от неправа»[2].

запрещено правопорядком, тогда как государству, то есть физическому лицу, выступающему в качестве органа государства, разрешено делать только то, на что его непосредственно (курсив авт. – *В.Л.*) уполномочивает правопорядок. Поэтому с точки зрения законодательной техники не нужно запрещать что-либо государственным органам, – достаточно не разрешать. ... Устанавливать запрет на осуществление органом определенных действий нужно лишь тогда, когда имеется необходимость ограничить ранее данное разрешение». (Кельзен Г. Общее учение о праве и государстве // Хрестоматия по конституционному праву / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустров. М., 2012. С. 618).

[1] Дождев Д.В. Принцип добросовестности в гражданском праве // Принцип формального равенства и взаимное признание права. М., 2016. С. 159.

[2] Там же. С. 159.

Раскрывая конкретные юридико-догматические характеристики принципа добросовестности как конкретизации принципа формального равенства, Д.В. Дождев отмечает, что императив добросовестности требует от лица соответствовать масштабу правового поведения, предполагаемого для любого участника оборота (без привилегий для одних и дискриминации других).

При этом автор выделяет следующие признаки добросовестности субъектов права: верность своему слову (venire contra factum proprium); наличие интереса (dolum fasit qui petit quod statim rediturum); соответствие собственного поведения тому, которое требуется от контрагента (устранение пороков собственного поведения); недопущение злоупотребления правом[1]. В его трактовке эти признаки добросовестности предстают как проявления принципа равенства, а их использование в правоприменительной практике обеспечивает проведение данного принципа в жизнь путем «утверждения единого масштаба в конкретной ситуации правового взаимодействия и тем самым – утверждения свободы участников гражданского оборота»[2].

Одним из актуальных направлений практического применения подобной теоретической интерпретации указанных категорий является решение проблемы допустимости изменения договора вследствие существенного изменения обстоятельств. Российские специалисты (и прежде всего специалисты в области гражданского права) обсуждают сейчас эту проблему главным образом в связи с нашумевшим правовым спором между компаниями «Вымпелком» и «Тизприбор» по поводу возможности пересмотра условий заключенного в зарубежной валюте договора аренды в связи с резким падением курса рубля, вызванного целым рядом факторов, не поддающихся прогнозированию на стадии заключения договора. Об отсутствии общепризнанной правовой доктрины по данному вопросу уже говорит тот факт, что вынесенное в пользу Вымпелкома решение Арбитражного суда г. Москвы было отменено апелляционной инстанцией.

По мнению Д.В. Дождева, «позиция оппонентов принципа необходимой адаптации договора основывается на устойчивом юридическом позитивизме и пиететe перед буквой договора, которые неизбежно ведут к нарушению принципов справедливости и, соразмерности предоставлений и отрицанию права как формы согласова-

[1] Дождев Д.В. Принцип добросовестности в гражданском праве // Принцип формального равенства и взаимное признание права. М., 2016. С. 156.

[2] Там же. С. 162.

ния интересов»[1]. Между тем с точки зрения принципа формального равенства как итога справедливого согласования правомерных интересов «участники правовых отношений должны иметь возможность поддерживать равновесие интересов независимо от подверженных изменениям внешних обстоятельств»[2]. Сегодня, подчеркивает автор, этот подход пробивает себе дорогу в русле «концепции объективной добросовестности, понимаемой как моделирование единых требований ко всякому участнику правового общения в соответствии с общими принципами права»[3].

Мне бы хотелось обратить внимание на еще один крайне важный аспект общетеоретической проблемы интерпретации договора с позиций принципа формального равенства, касающийся международных договоров России. Речь идет о соотношении юридической силы Конституции РФ и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Эта проблема была решена российским законодателем путем предоставления Конституционному Суду РФ полномочий по проверке возможности исполнения решений межгосударственного органа с точки зрения их соответствия основам конституционного строя Российской Федерации и установленного Конституцией РФ правового регулирования прав и свобод человека и гражданина[4]. В ходе дискуссий, предшествовавших этому решению, говорилось, в частности, и о том, что на момент присоединения России к Европейской конвенции «всеми странами-участницами считалось, что Суд создан для того, чтобы восстанавливать справедливость в индивидуальных делах, а его решения касаются только государства-нарушителя»[5]. Однако в последние десятилетия деятельность ЕСПЧ все больше ориентируется на то, чтобы Конвенция «играла роль общеевропейской конституции, а ЕСПЧ – роль общеевропейского «конституционного суда» по правам человека с очень широкими (по сути дела – нормотворческими) полномочиями»[6]. Не оспаривая объективный характер этой тенденции в деятельности ЕСПЧ, хочу лишь подчеркнуть, что широкое общеевро-

[1] Дождев Д.В. Теоретические обоснования возможности изменения договора по-прежнему открыты для критики // #FPPRAVORU. спецпроект Право.ru и ПМЮФ. 19.05.2016. С. 7.

[2] Там же.

[3] Там же.

[4] Федеральный конституционный закон от 14.12.2015 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации».

[5] Зорькин В.Д. Цивилизация права и развития России. С. 171.

[6] Там же.

пейское обсуждение возникшей новой ситуации в контексте проблемы допустимости изменения договора по причине существенного изменения обстоятельств, возможно, позволило бы избежать столь жесткой позиции России по данному вопросу.

Обозначенный круг проблем, разрабатываемых в настоящее время в рамках либертарно-юридической догматики, разумеется, не исчерпывает всей проблематики догмы российского права, нуждающейся в обновлении в свете актуальных потребностей правовой практики. Здесь кратко очерчены лишь те направления усилий, которые имеют наибольшее значение для практики конституционного правосудия. Задача статьи – привлечь внимание теоретиков права к той исключительно важной работе по формированию современной догмы российского права, которая позволяла бы полнее раскрыть человекоцентристский потенциал российской Конституции.

Список литературы:

1. Авакьян С.А. Гарантированное народовластие. Десять причин для конституционных реформ в России // Независимая газета. 2012. 16 октября.
2. Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России. М., 2011.
3. Гаджиев Г.А. Онтология права. М., 2013.
4. Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. М., 2004.
5. Варламова Н.В. Верховенство права – базовый принцип европейской системы защиты прав человека // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 3. С. 151–178.
6. Варламова Н.В. Принцип правовой определенности в практике Европейского Суда по правам человека // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. № 4. М., 2002. С. 94–110.
7. Варламова Н.В. Практика Европейского Суда по правам человека как выражение современных теоретических представлений о праве // Возможности адаптации зарубежного опыта. Саратов, 2005. С. 13–35.
8. Варламова Н.В. Философия права и юридическая догматика (проблема внутренней непротиворечивости правовой теории // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. Очерки. СПб., 2006. С. 269–300.
9. Варламова Н.В. Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2013. № 4. С. 76–117.

10. Варламова Н.В. Философия права и юридическая догматика (проблемы внутренней непротиворечивости правовой теории) // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. Очерки. СПб., 2006. С. 269–300.
11. Дождев Д.В. Принцип добросовестности в гражданском праве // Принцип формального равенства и взаимное признание права. М., 2016. С. 147–163.
12. Дождев Д.В. Теоретические обоснования возможности изменения договора по-прежнему открыты для критики // #FPPRAVORU. спецпроект Право.ru и ПМЮФ. 19.05.2016. С. 7.
13. Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России. М., 2016.
14. Зорькин В.Д. Цивилизация права // Журнал конституционного правосудия. 2014. № 5.
15. Кельзен Г. Общее учение о праве и государстве // Хрестоматия по конституционному праву / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустров. М., 2012.
16. Козлихин И.Л. Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 5–11.
17. Комментарий к Конституции Российской Федерации / под. ред. В.Д. Зорькина. М., 2011.
18. Косла М. Пропорциональность: посягательство на права человека? Ответ Ставросу Цакиракису // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5. С. 67–70.
19. Краснов М.А., Шаблинский И.Г. Российская система власти: треугольник с одним углом. М., 2008.
20. Лапаева В.В. Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия: материалы девятой Международной конференции по конституционному правосудию // Российское правосудие. 2007. № 1. С. 4–21.
21. Лапаева В.В. Российская философия права в контексте западной философско-правовой традиции // Вопросы философии. 2010. № 5. С. 3–14.
22. Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012.
23. Лапаева В.В. Соотношение юридической силы Конституции РФ и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (на примере дела «К. Маркин против России» // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. С. 77–90.
24. Лапаева В.В. Проблема соотношения юридической силы Конституции РФ и Европейской конвенции о защите прав человека

и основных свобод (по материалам дела «К.Маркин против России») // URL: http://www.igpran.ru/public/publiconsite/LapaevaVV.DeloMarkina.pdf
25. Лапаева В.В. «Дело Гудкова»: правовой анализ // Вопросы права и политики. 2012. № 4 // URL: http://www.e-notabene.ru/lr/article_231.html
26. Лапаева В.В. Право граждан Российской Федерации на объединение в политическую партию: основания и пределы ограничений // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 1. С. 1–8.
27. Лапаева В.В. Критерии ограничения прав человека и гражданина в Конституции Российской Федерации // Государство и право. 2013. № 2. С. 14–24.
28. Лапаева В.В. Возможные способы выполнения решения ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России» путем толкования ч. 3 ст. 32 Конституции РФ // URL: http://www.igpran.ru/articles/3909
29. Лапаева В.В. Возможности развития человекоцентристского потенциала Конституции РФ (на примере толкования ч. 3 ст. 32) // Правоведение. 2016. № 1. С. 110–124.
30. Мальцев Г.В. О субъективных публичных правах // Интерес в публичном и частном праве. М., 2002. С. 2–17.
31. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012.
32. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М., 2004.
33. Нерсесянц В.С. Философия права: учебник для вузов. М., 2006.
34. Нерсесянц В.С. Философия права Гегеля. М., 1998.
35. Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3. С. 3–15.
36. Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права. М., 1997.
37. Нуссбергер А. Консенсус как элемент аргументации Европейского Суда по правам человека // Международное правосудие. 2013. № 1 // URL: http://www.center-bereg.ru›o864.html
38. Правоприменение: теория и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2008.
39. Проект новой Конституции России / под ред. М.А. Краснова, С.В. Васильевой // URL: http://www.democratia2.ru

40. Сидоркин А.С. Принципы права: понятие и реализация в российском законодательстве и судебной практике: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.
41. Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2
42. Явич Л.С. Философия права на XXI век // Государство и право. 2000. № 4. С. 2–13.

POST-SOVIET THEORY OF LAW: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS AND THEIR JURIDICAL-DOGMATIC CONCRETIZATION

Lapaeva V.V.,
doctor of legal sciences, head researcher of Institute
of State and Law of the Russian Academy of Sciences

Abstract: One of the features of internally contradictory and transitional (and in this sense Post-Soviet) character of modern legal development of Russia is that the manifested by the Constitution of the Russian Federation human-centric principle of priority of human rights is not yet supported by the appropriate dogma of law. The doctrine and dogma of positive law to which Russian law-making and law-enforcing practice orients itself are still close to the system-centric legal paradigm. This article substantiates a need for achieving within Post-Soviet legal theory a theoretic-methodical consensus on a basis of human-centric legal approach which shall provide a ground for the respective renewal of doctrine and dogma of the Russian law. In the context of this purpose the article offers a comparative evaluation of theoretical and practical potentials of natural law and juridical-libertarian legal approaches. The criteria for this evaluation are as follows: a) the ability of the doctrines in question to respond to the main wants of social practice related to the urgency of separating law from arbitrariness of power; b) their orientation towards development of such legal dogmatics which would ensure better revealing of the human-centric potential of the Russian Constitution.

Keywords: theory of law, doctrine and dogma of positive law, type of legal approach, natural law theory, juridical-libertarian theory, human rights, the Constitution of the Russian Federation.

Михайлов А.М.,
кандидат юридических наук, младший научный сотрудник
Сектора истории государства, права и политических учений
Института государства и права РАН, доцент кафедры истории
государства и права Российской академии народного хозяйства
и государственной службы

ПОСТСОВЕТСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА И ПРОБЛЕМАТИКА ПРАВОВОЙ ИДЕОЛОГИИ

Аннотация. В статье автор предпринял попытку раскрыть актуальность исследования правовой идеологии в современной социокультурной ситуации постсоветской юриспруденции. Автор указывает на неизбежно идеологический характер профессионального юридического сознания и теоретических понятий правоведения. В связи с современным состоянием российского правоведения автор рассматривает структуру теоретическо-правового знания, его соотношение с философией права, историю формирования теории права в рамках континентального правового семейства. В статье анализируются пробелы в исследовании правовой идеологии в российской теории права, определяется соотношение правовой идеологии и правовой действительности, основания, структура и функции правовой идеологии.

Ключевые слова: теория права, правовая идеология, правовое сознание, философия права, структура правовой идеологии, правовое регулирование.

Последние два десятилетия характеризовались значительной социальной динамикой, что выразилось в масштабных изменениях политических, экономических, юридических и культурных условий жизнедеятельности российского общества. Качественное изменение всей социокультурной ситуации, включая тип экономической и политической системы, не могло не повлиять на правосознание российского общества, что выразилось, в частности, в изменении правовых ценностей, лежащих в основе национальной правовой системы. Учитывая масштаб произошедших и происходящих изменений, вполне логично предположить, что и формы правосознания претерпевают значительные изменения, что требует предметного исследования правовой идеологии не только как наиболее устойчивого фундамента общественного, профессионального и доктринального правосознания, но и уникального компонента правового регулирования, правовой системы общества.

Как известно, декада 90-х характеризовалась принципиальными изменениями основ конституционного строя России, внесением целого ряда фундаментальных принципов права в законодательный

массив, внедрением новых юридических институтов как в публичном, так и в частном праве. Вместе с тем внесение в законодательный массив таких масштабных новелл происходило в отсутствие серьезных теоретических исследований ценностных оснований национальной правовой системы, правовых идей, аксиом и принципов, которые могли бы служить скрепляющей основой системы национального права.

Важно отметить, что российская юридическая наука 60–70-х годов XX столетия предметно исследовала лишь правосознание как одну из форм общественного сознания. В этой исследовательской рамке правовая идеология рассматривалась исключительно как элемент структуры правосознания, что не позволяло предметно исследовать понятие и механизм действия правовой идеологии в национальной правовой системе.

Как неизбежное следствие дефицита в теоретическом исследовании и практической разработке правовой идеологии возникли многочисленные противоречия в национальном законодательстве, в различных видах юридических практик, а юридическое сообщество характеризовалось качественными разночтениями в видении желаемого права – правового идеала, который должен сопровождать любую целенаправленную юридическую деятельность. Все виды юридических практик осуществлялись в отсутствие четко выстроенной системы ориентиров, исключительно в техническом ключе.

Одной из важнейших задач, которую еще только предстоит решить постсоветскому теоретическому правоведению, является предметное, всестороннее исследование таких механизмов воздействия на общественное сознание, способы, средства и формы которых позволили бы российскому обществу воспринять базовые юридические ценности, сформировать психологическую установку их принятия, что позволит ему рассматривать право и юридические средства как важнейший инструмент для цивилизованного разрешения возникающих социальных проблем.

Любая идеологическая система призвана организовывать определенные виды деятельности людей, легитимировать политические, экономические, юридические учения в массовом сознании. Структурно любая эффективная деятельность может быть рассмотрена как взаимосвязанная система ценностей, целей и средств. Именно идеология, задавая ценностно-целевую «систему координат», способна формировать восприятие определенных видов юридической деятельности как ценностно значимых и целенаправленных не только в рамках юридического сообщества, но и для всего общества в целом. Формируемые

правовой идеологией ценностно-целевые структуры задают рамки восприятия юридических институтов и видов юридической деятельности со стороны профессионального и общественного сознания. В свою очередь ценностно-целевые «рамки» способны формировать целенаправленный поиск адекватных юридических средств для разрешения социальных ситуаций, входящих в предмет правового регулирования. Именно в этом заключается организующий потенциал правовой идеологии. В свою очередь любые юридические теории, претендующие стать не только элементом доктринального правосознания, должны быть выражены в такой форме и такими способами, которые способны быть воспринятыми общественным правосознанием. Способность же восприятия задается ценностно-целевыми рамками, формируемыми правовой идеологией.

При этом важно обратить внимание ученых-юристов на то, что профессиональное юридическое сознание неизбежно идеологично: политико-правовые институты воспринимаются им как имеющие неоспоримую положительную социальную ценность, а социальные нормы неизменно определяются как стабилизаторы общественной жизни, скрывается имманентная им способность порождать и приводить к эскалации социальных конфликтов; юридические понятия и конструкции наделяются регулятивной силой, способностью конструировать новую социальную действительность и часто рассматриваются как формы выражения социальных закономерностей; право определяется ведущим и наиболее эффективным нормативным регулятором социальной действительности, который лежит в основании всей западной цивилизации, ему приписываются «собственная» ценность, отличная от инструментальной, социальной, «специально-юридические» функции, которыми не обладают иные нормативные регуляторы; в основу политико-правовой действительности помещаются права и свободы человека, аксиоматично признающиеся естественными и неотчуждаемыми, а вера в одни политико-правовые идеалы (общенародное государство, социалистическое право) довольно легко сменяется убеждением в правильности других идеалов (гражданское общество, правовое государство).

Идеологические основания имеют и конструкция механизма правового регулирования, в котором юридическая сила нормы права магическим образом возникает исключительно из прикосновения к тем или иным текстам «земного Бога», государства, и представление о правовых текстах не как о знаковых системах, а как о действительных источниках права, «резервуарах» в которых содержатся нормы права, хотя очевидно, что любой социальный регулятор имеет когнитивную природу

и действует исключительно через индивидуальное и общественное сознание, единственно руководящее правовым поведением[1]. Современный французский исследователь *Э. Мийар* справедливо указывает на то, что «юридические формулировки не описывают, но выполняют иные функции; эти функции не только не требуют той же точности, что описания, но даже очень высока вероятность того, что эта точность может помешать этим формулировкам безупречно выполнять свои *предписывающие* функции. Язык права есть язык *идеологический*; функция юридической формулировки – *морально-практическая*: *внушать* (вносить ценности), *заставлять делать* (давать указания); язык права *нуждается в расплывчатости*»[2].

В отсутствие разработанной и целенаправленно внедряемой государственной политики в сфере юридического образования, в ситуации деконструкции общепринятой политической идеологии, серьезной размытости ценностно-целевых структур современного российского общества теория права как учебная дисциплина представляет собой естественный продукт исторического развития, фрагментарно включающий в себя тематику дореволюционных догмы, теории и философии права, советской теории государства и права и постсоветские разработки современных ученых-юристов.

Естественно-историческая структуризация содержания теории права демонстрирует прерывание традиции трансляции профессиональной юридической культуры, отсутствие знания исторических оснований соответствующих элементов предмета учебной дисциплины, сугубо информационно-трансляционное отношение к материалу дисциплины.

Юридическое знание современности, как и столетие назад, синкретично объединяет в себе юридическую догматику, теорию права и философию права. Так, подавляющее большинство современных учебников по теории права включает в себя главы, направленные на трансляцию общепринятых профессиональным сообществом юридических конструкций, составляющих основу юридических практик («теоретическая догма» права), главы, посвященные раскрытию содержания учений о праве, его происхождении, правовом регулировании и пр. (собственно теория права), так и главы, неразрывно связанные

[1] Ср.: «В правовой науке идеологический характер носит учение о сущности и исторических типах права, о законности, ее социальной роли в жизни общества, тенденциях и перспективах правового развития, о целях права и правового регулирования». Лукашева Е.А. Социалистическое правосознание и законность. М., 1973. С. 137.

[2] Millard E. Théorie générale du droit. Dalloz, 2006.

с философскими основаниями правоведения (сущность права, правовые идеалы, ценности и др.), эклектично соединенные с «элементами» социологии права и сравнительного правоведения.

Отсутствие концептуализации предмета теории права и относительно общепринятой правовой идеологии приводит, в частности, к тому, что теоретико-правовое знание как таковое подвергается сомнению учеными-юристами, стоящими на философско-правовых и социолого-правовых позициях. Иными словами, неспособность (а нередко и нежелание) теоретиков права установить предметное единство теории права, определить специфику теоретического знания о праве в его соотношении с философско-правовым, социолого-правовым знанием и специальными отраслевыми теориями, инерционность, традиционность трактовок предмета теории права сами по себе ослабляют самоидентификацию теоретического знания и ведут к попыткам устранить его предмет из сферы юридического знания современности.

Одним из важных вопросов, связанных с эпистемологическим статусом общей теории права, является вопрос о различении и соотношении философии права и теории права. Философское познание, и юридическое в том числе, теоретико-правовое исследование права – два различных способа его изучения.

Если философско-правовое познание осуществляется в картине мира, в объекте, то теоретико-правовое познание осуществляется в знаково-знаниевой системе, в предмете. Если философско-правовое познание формирует предельные смыслы, основания правовой действительности во всем многообразии ее свойств и отношений, то теоретико-правовое исследование формирует идеальные объекты – правовые понятия, модели, конструкции работающие лишь в предмете юриспруденции. Если цель философско-правового познания – формирование мировоззрения (что есть правовая реальность, познаваема ли она, каково место человека в ней, каковы ее предельные цели и ценности, и пр.), то цель теоретико-правового исследования – объяснение и прогнозирование движения государственно-правовой действительности, выявление тенденций ее развития, которые дают возможность определять ее будущее состояние и способы эффективного воздействия на него. Философско-правовому знанию характерны всеобщность, рефлективность, категориальность и экзистенциальность. Теоретико-правовому знанию характерны предметность, достоверность, понятийность, проверямость, методологическое обеспечение. Философско-правовое познание не нуждается в проверке на истинность с позиции корреспондентской концепции, поскольку оно само фор-

мирует фундамент правовой действительности; теоретико-правовое исследование нуждается в проверке на истинность с позиции, прежде всего, корреспондентской и когерентной концепций научной истины.

Философское познание права всегда осуществляется в той или иной «картине мира», в которой право занимает определенное место. «Картину мира» можно определить как комплекс онтологических, гносеологических и аксиологических допущений, имеющих предельный характер и не имеющих рациональных обоснований, формирующих мировоззрение и основанных на определенном типе культуры. Между различными философскими «картинами мира» нет более общих критериев и дальнейшей рациональной аргументации, которые бы позволяли их синтезировать. В силу этого между различными философскими «картинами мира» возможен *экзистенциальный* выбор, который осуществляют и ученые. Философско-правовое познание формирует первичную онтологическую картину, в которой разворачивается построение предмета общей теории права.

Считается, что научное, в том числе и теоретико-правовое, познание осуществляется в рамках господствующей философской «картины мира». Так, средневековые исследовательские практики основывались на «картине мира», сформированной учением Аристотеля, а классическая научная рациональность XVII–XIX вв. во многом базировалась на философских рефлексиях Ф. Бэкона и Р. Декарта. Сходным образом на концепции юридического и социологического позитивизма в теории права второй половины XIX века существенное влияние оказали базовые идеи и полагания философского позитивизма О. Конта и его последователей.

Одной из значимых тенденций развития постсоветской теории права является формирование новых интегральных (интегративных) концепций правопонимания и в целом стремление целого ряда ученых-юристов сформировать на основе такого правопонимания систему общеправовых понятий. Попытки формирования интегральных учений о праве мотивированы стремлением отстоять качественную специфику теоретического знания о праве, соединенным с модернизацией его методологических подходов и понятийного аппарата. Интегральные учения о праве исходят из посылки, что единство предмета теории права возможно достигнуть лишь при смене методологических установок и философских концептуализаций, лежащих в их основании. Как ответ имеющейся традиции на вызов интегральной юриспруденции можно рассматривать стремление ряда ученых-юристов противопоставить теоретико-правовому единству представление о юридическом

знании как качественно разнородном и имеющем в своей философско-методологической разнородности функциональный смысл.

Все это не может не свидетельствовать о том, что современной теории права как сфере исследовательской деятельности ученых-юристов требуется системно осмыслить содержание своего предмета, отрефлексировать исторические и методологические основания юридической догматики, теории права и философии права и исходя из результатов такого осмысления сообразно целям и функциям этих уровней юридического знания переструктурировать содержание учебной дисциплины, внести в нее ту целостность, какая необходима для формирования понимания и трансляции профессиональной юридической культуры.

История формирования теоретико-правового знания в романо-германской традиции не написана. Существующие в современной учебной литературе попытки следует признать неудовлетворительнными. Происходит подмена этого вопроса либо историей становления юридической профессии, либо историей формирования и эволюции институтов юридического образования в России. Очевидно, что история теоретико-правового знания отнюдь не тождественна истории профессиональной юриспруденции или образования в той или иной правовой системе и семье правовых систем. Вместе с тем отсутствие попыток исторической реконструкции становления теоретического знания о праве в нашей профессиональной юридической традиции является отражением того состояния теории права современности, при котором ее рефлексия собственной «идентичности» практически отсутствует.

В стремлении реконструировать процесс формирования и эволюции теоретико-правового знания опираться на энциклопедию и философию права как на конечные объяснительные конструкции также не стоит: оба направления юридических исследований на протяжении двух-трех веков были и методологически, и предметно разнородны. Поэтому немногочисленные попытки представить теоретико-правовое знание как дитя философии и энциклопедии права не представляются достаточно обоснованными – и философско-правовое знание, и попытки представить юриспруденцию в энциклопедической форме имеют свою историю, которая еще ждет своего исследователя. Если же редуцировать многообразие исторического материала и отталкиваться лишь от энциклопедии и философии права в России второй половины XIX столетия, то с их помощью можно весьма условно выделить предельно абстрактное знание («возвышенное») и практически ориентированное знание («приземленное») в предмете современной общей теории права, но не более того. Такое разделение теоретико-правового

знания ничего не говорит о его специфике и происхождении, целевом предназначении и функциях в системе юридического образования.

При исследовании современного состояния предмета общей теории права очевидны два момента.

Во-первых, основания структурирования предмета общей теории права, которые в идеале должны обусловливать границы предмета теории права, ее связь с иными областями юридического знания, специально не исследуются. Происходит это, в частности, потому, что в современном российском правоведении отсутствует ясная концептуализация теоретико-правового знания, в рамках профессионального сообщества нет относительно единого ответа на вопрос о специфике и образовательной целесообразности общей теории права.

Во-вторых, эти основания, как правило, неотрефлексированные, зависят от методологической установки автора курса – от философской до догматической; от последовательно проводимой до эклектичной и обзорной. Последний момент связан с отсутствием предметного осмысления и публичного обсуждения на профессиональном и общественном уровне вопроса о том, кто такой профессиональный юрист, каковы основания его корпоративной идентичности и какое место в профессиональном правосознании юриста должно занимать и в действительности занимает теоретическое знание.

Общая теория права как сфера исследовательской деятельности формируется и существует в рамках романо-германского правового семейства. Она изначально вписана в определенный тип правовой культуры и исторический контекст. Одной из центральных идей, задающей эволюцию юридического знания на европейском континенте, была идея права как целостного единства, *corpus iuris*. Идеалом ученой юриспруденции, к которому стремились и глоссаторы, писавшие Суммы, и авторы пандектных курсов XVII столетия, пытавшиеся синтезировать глоссированное римское, каноническое и национальное право, и разработчики французской и немецкой кодификации, являлась беспробельная и когерентная система права, выраженная в едином тексте.

Важно отметить, что и энциклопедии права XVII – начала XX столетия, и разнообразные попытки формирования интегрального учения о праве движимы тем же самым идеалом представления права как целостной знаково-знаниевой системы, выстроенной на единых основаниях по определенным правилам. Энциклопедическое представление юридического знания – есть попытка полного и целостного изложения его содержания, в основе которой изначально лежала философия рационализма Нового времени с его культом науки, гносеологическим

идеалом «классической научной рациональности». Интегральные учения о праве также стремятся описать правовую действительность как единый, целостный объект, отдельные «моменты» которого с той или иной степенью адекватности описывались «классическими» концепциями правопонимания. Как в первом, так и во втором случаях мы имеем дело с попытками раскрытия права как сложносоставного единства, системы. Такая методологическая установка явилась одним из оснований формирования теоретико-правового знания, поскольку любое теоретическое знание об объекте призвано вскрыть его идею, существенные свойства, закономерности, а, значит, объект изначально должен быть рассмотрен как единый, целостный.

В истории романо-германского правоведения этап формирования энциклопедий права свидетельствует о том, что академическая юриспруденция обладает относительной автономией от юриспруденции практической и стремится формировать основания юридического мировоззрения, выполнять идеологическую функцию. Иными словами, до «энциклопедического» этапа в развитии романо-германского правоведения идеологическую функцию главным образом выполняли религиозное и философское знание, а в век Просвещения юристы, основываясь на идеях просветителей, пытаются осмыслить мир права не просто как особый язык в авторитетных текстах, способный нормировать социальные институты, но как обладающий целостностью и интеллектуальной автономией как от юридической практики, так и от систем религиозного и философского знания. Здесь важно подчеркнуть, что современная теория права, сходным образом, в центральном «ядре» своего понятийного аппарата определяется как специально-юридическое знание, «интеллектуальное владение» которым отличает юриста от обывателя. Поэтому представления о мире права как относительно автономной системе имеют место и в современной российской теории права.

Если фундаментальный характер теории права в континентальной, прежде всего германской, юридической традиции обусловливался догматически – дедуктивным построением всей системы права, определяющей ролью общеправовых принципов, понятий, конструкций, то фундаментальный характер советской теории государства и права определялся ее идеологической функцией: теория государства и права охотно «подставляла» под «объективные» закономерности политико-правового развития постулаты марксистско-ленинской идеологии, за счет чего осуществлялась эффективная наукообразная трансляция базовых идей, полаганий марксизма-ленинизма в профессиональное и доктринальное правосознание – будущие юристы учились «видеть»

государственно-правовую реальность через базовые идеи и принципы господствующей идеологической системы, интерпретировать и оценить политико-правовые процессы через идеологическую «призму».

Практическая значимость теоретико-правового исследования правовой идеологии, на наш взгляд, может быть выражена в трех основных моментах.

Во-первых, всесторонне проработанная и ясно сформулированная правовая идеология способна в достаточно короткие сроки организовать профессиональное сознание юридического корпуса в рамках национальной правовой системы и тем самым консолидировать юридическое сообщество. Без развитой правовой идеологии невозможно формирование устойчивых корпоративных традиций юридического сообщества и преодоление разнообразных дефектов правосознания, неизбежно влияющих на все виды юридических практик.

Во-вторых, концептуально обоснованная правовая идеология способна четко указать приоритеты и направления в развитии политики права, что, в частности, позволит устранить многочисленные внутренние противоречия в системе национального права, повысить его когерентность и – в долгосрочной перспективе – общесоциальную и специально-юридическую эффективность.

В-третьих, развитая правовая идеология способна повысить престиж и значение права как социального регулятора в общественном сознании и тем самым способствовать более цивилизованным формам разрешения социальных конфликтов. Устойчивое воспроизводство и развитие национальной правовой системы невозможны без доктринально обоснованной и позитивированной в нормативном массиве правовой идеологии. Правовое регулирование как целенаправленное воздействие на общеправовой предмет при помощи специально-юридических средств не способно быть эффективным вне системы тех идей и ценностей, которые и задают цели такого воздействия, выражают социальную и специально-юридическую ценность права как уникальной системы социального регулирования. Логическое и технико-юридическое содержание права, даже будучи доведенным до блеска классической пандектистики, не способно стабилизировать национальную правовую систему и легитимировать центральную часть системы права в общественном правосознании – поскольку эти функции способна выполнить только правовая идеология.

В современной теории права понятия идеологии, правовой идеологии носят, как правило, собирательный характер и не позволяют понять сущность феномена идеологии, то есть не соответствуют целям

теоретического знания. Такое положение вещей обусловлено тем, что несколько десятилетий советская теория права не рассматривала вопросы взаимосвязи идеологии и юриспруденции как входящие в предмет профессионального правоведения, определяла их как принадлежность философского сознания. Поскольку долгое время в сфере философии имел место «методологический монизм» марксистско-ленинской философии, постольку вопросы идеологической природы социального знания трактовались практически исключительно в русле разделения идеологии на научную и ненаучную по критерию ее соответствия интересам исторически прогрессивного социального класса. После «остракизма» советской традиции в 90-е годы XX столетия многие учебники по теории государства и права перестали рассматривать формационную теорию истории как метатеоретическое основание типологии государства и права, но в трактовке функций теории права, содержания и функций правовой идеологии остались на прежних позициях, нередко без всякой рефлексии обоснованности и согласованности учебного материала. Как следствие этого, без необходимого осмысления остаются такие вопросы, как соотношение идеологии и науки, идеологическая функция теоретико-правового знания, значение и функции правовой идеологии на различных уровнях и в различных видах правосознания, в механизме правового регулирования, правовой системе, воспроизводстве и развитии доктринального правоведения и юридических практик.

Теоретико-правовая литература – как учебного, так и научно-исследовательского характера – в целом продолжает советскую традицию осмысления феномена правовой идеологии практически исключительно как неотъемлемой структурной части правового сознания, которая идентифицируется через контрастное сопоставление с правовой психологией. Сравнительная характеристика правовой идеологии и правовой психологии как структурных «элементов» (пластов) правового сознания может быть суммирована в следующей таблице.

Критерий сравнения	Правовая идеология	Правовая психология
Элементы содержания	Идеи, ценности, концепции, проекты, программы, принципы и др.	Эмоции, чувства, настроения, переживания, мотивы, установки, образы и др.
Характер содержания	Рациональный, абстрактный, типизированный, долгосрочный	Иррациональный, конкретный, индивидуализированный, (как правило) кратковременный

Объективный фундамент формирования	Групповые и общественные интересы, потребности	Особенности индивидуальной психики
Характер формирования	Сознательный, целенаправленный	Стихийный, естественный
Способность задавать направление развития правовой системы	Является одной из ведущих функций («активный элемент правосознания»)	Не характерна
Специфика отражения правовой реальности	Системное, целостное («концентрированное»), напрямую не зависящее от конкретных ситуаций	Бессистемное, фрагментарное, непосредственно связанное с отдельными правовыми ситуациями
Типичный носитель элемента правосознания	Коллективный (групповой и общесоциальный), абстрагирован от индивидуального опыта носителя	Индивидуальный, тесно связана с уникальным опытом индивидуальной психики
Наиболее тесная связь с уровнем правосознания	Доктринальный и профессиональный[1]	Обыденный[2]
Преимущественная ориентация	Право должное, правовой идеал	Право сущее, имеющаяся правовая реальность
Способность трансляции на уровне знаково-знаниевых систем	Высокая – за счет абстрактности содержания	Практически отсутствует, поскольку неразрывно связана с опытом индивида или группы
Связь с правовой культурой	Через центральные ценности, специфику исторического развития и социокультурной ситуации	Через правовой менталитет
Скорость реагирования на изменения правовой реальности	Сравнительно невысокая: требуется время для формирования идей, программ, проектов	Достаточно высокая вследствие непосредственной связи с правовыми ситуациями
Опережающее отражение правовой реальности	Возможно	Невозможно

[1] «В содержании профессионального правосознания, – писал С.С. Алексеев, – главное – идеологический элемент. Понятия, идеи, убеждения юристов-профессионалов формируются на основе юридической практики под влиянием правовой науки». Алексеев С.С. Проблемы теории права: курс лекций // Собрание сочинений. В 10 т. Т. 3. М., 2010. С. 170.

[2] «Господствующее положение здесь (в обыденном правосознании. – *А.М.*) занимает социально-правовая психология». Там же.

Вместе с тем теоретическая разработка правовой идеологии как составного «элемента» правового сознания до сих пор остается на достаточно низком уровне, поскольку нерешенными остаются многие ключевые вопросы, без предметного исследования которых невозможно говорить о существовании в современном правоведении полноценной теории правосознания.

Во-первых, нуждается в серьезном теоретическом осмыслении использование термина «структура» в подавляющем большинстве юридических исследований, в которых «элементами структуры» правосознания называются правовая идеология и правовая психология.

Этимология термина «структура» берет начало в Древнем Риме и происходит от латинского *structura* – «расположение», «порядок», и означает строение, внутреннюю форму организации системы, выступающую как единство устойчивых взаимосвязей между ее элементами, а также законов данных взаимосвязей[1]. Термин «структура» «можно также определить, как особое свойство, создающее во времени и пространстве стабильность, тождество данного объекта самому себе, аналогичность его состояний и процессов»[2]. В современных философских словарях структура определяется как «совокупность устойчивых связей объекта, обеспечивающих его целостность и тождественность самому себе, то есть сохранение основных свойств при различных внешних и внутренних изменениях»[3]. Термин «структура» призван выражать такие связи объекта, которые позволяют ему оставаться устойчивым, относительно неизменным, независимо от различных преобразований системы.

В 70-е годы XX века в философских исследованиях актуализировалось изучение понятия «структура» в связи с разработкой системного подхода в философии и методологии науки. Один из основоположников системного подхода В.Н. Садовский рассматривал структуру как основную характеристику системных объектов, ее неизменный, инвариантный аспект. Структура как понятие в системном подходе призвано выразить «свойство некоторых существенных для системы отношений сохраняться при ее изменениях»[4]. Основываясь на идеях системного подхода, С.С. Алексеев определял структуру как «такой закон, который выражает упорядоченность, устойчивость (инвариант-

[1] Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. М., 1981.

[2] Разумовский О.С. Структура // URL: http://www.chronos.msu.ru/old/TERMS/razumovsky_struktura.htm

[3] Овчинников Н.Ф., Юдин Э.Г. Структура // Большая советская энциклопедия. В 30 т. Т. 24. Кн. I / гл. ред. А.М. Прохоров. М., 1976.

[4] Садовский В.Н. Система // Философский энциклопедический словарь. М., 1989. С. 585.

ность) отношений между элементами», который «обеспечивает сохранение целостности, единства явления как системы, образует его каркас (скелет), при помощи которого организуется, упорядочивается содержание данного явления»[1]. Структура рассматривается как инвариант системы, выражает неизменные и постоянные связи, обусловливающие целостность и функциональность системных объектов. Именно за счет структуры у сложноорганизованных объектов появляются эмерджентные (системные) свойства, отсутствующие у отдельных элементов системы. Изучение структуры сложноорганизованного объекта позволяет определить границы системы и среды, характер их связей друг с другом. Таким образом, с позиции системного подхода изучение структуры сложноорганизованного объекта предполагает определение и исследование базовых, наиболее устойчивых, инвариантных связей, выступающих в качестве принципов (законов) устройства, обеспечивающих его единство, целостность, функциональность.

Вместе с тем такое строгое значение данного философского понятия – за редкими исключениями – не нашло существенного отклика в специальных юридических исследованиях, в советской и постсоветской теории права. При изучении сложноорганизованных объектов в юридических исследованиях термин структура, как правило, понимается достаточно вольно и включает в себя не столько инвариантные (генетические, функциональные, и др.) связи объекта, сколько изучение его содержательных компонентов, «элементного состава» (необходимые и факультативные, простые и сложные, и др.)[2]. Подавляющее большинство ученых-юристов, обращающихся к изучению структуры правового сознания, фактически ведет речь не о комплексе инвариантных связей, позволяющих сохранять целостность, устойчивость, функциональность правосознания, а о его внутреннем составе, компонентах содержания, вопрос же об устойчивых связях между выделяемыми компонентами практически не ставится. Очевидно, что такой подход к «структуре» правосознания не имеет ничего общего с базовыми идеями системного подхода, не соответствует философскому понятию структуры. При этом нет особой необходимости доказывать, что если правосознание индивида, группы и общества обладает единым, целостным характером, позволяющим выполнять специфические функции

[1] Алексеев С.С. Структура советского права // Собрание сочинений. В 10 т. Т. 2. М., 2010. С. 9–10.

[2] О том, что ученые-юристы значительно больше внимания уделяют изучению элементного состава права, нежели инвариантных связей, пишет Т.В. Кашанина. См.: Кашанина Т.В. Структура права. М., 2012. С. 154.

в правовой системе, то теоретико-правовому исследованию должен подвергаться не только «элементный состав», но и внутренняя организация, принципы и законы связей его структурных частей.

Во-вторых, без теоретического осмысления остаются основания, по которым в составе правового сознания выделяются правовая идеология и правовая психология, к которым в некоторых исследованиях добавляется «поведенческий компонент» правосознания. Разделение правового сознания на рациональную и эмоциональную сферы и их (прямое или подразумеваемое) противопоставление, являющееся «родимым пятном» европейской философии Нового времени, представлено в теоретико-правовой литературе без должной аргументации. Разве эмоциональная сфера сознания лишена каких-либо закономерностей и в ее развитии и функционировании отсутствуют всякие рациональные основания? Допустимо ли считать все «элементы» состава правовой психологии исключительно иррациональными по своему характеру (что подразумевается, если мы определяем правовую идеологию как «рациональный компонент» правосознания)? Возможно ли существование «чистого» рационального содержания сознания, которое является в эмоциональном отношении абсолютно нейтральным? Например, являются ли эмоционально нейтральными правовые убеждения, ценностно окрашенные концепции, представления, которые нередко указываются в качестве «элементов» правовой идеологии? Не лежат ли в основании работы рационального компонента сознания определенные эмоциональные механизмы? Если действительно все содержание правового сознания можно четко и последовательно разделить на правовую идеологию и правовую психологию, то к какой из этих сфер относится правовой менталитет и в целом нематериальная часть правовой культуры, правовые символы и образы, правовые стереотипы и ценностные предпочтения, правовые установки, мотивы и целевые структуры в составе правосознания?

В-третьих, квалификация правовой идеологии как «рационального компонента»[1] правосознания нуждается в обосновании, которое отсутствует в теоретико-правовых исследованиях. Существенная сложность в исследовании данного вопроса состоит в том, что само понятие рациональности является крайне многозначным – можно говорить о фило-

[1] См., например: Русинов Р.К. Правосознание и правовая культура // Теория государства и права / отв. ред. В.Д. Перевалов. М., 2011. С. 219 ; Баранов В.М. Правосознание, правовая культура и правовое воспитание // Теория государства и права / под ред. В.К. Бабаева. М., 2013. С. 379. Любопытно отметить, что в научно-популярной литературе господство идеологии в массовом сознании метафорически описывают как сон разума. См., например: Гивишвили Г.В. Идеологические системы мира: сны разума. М., 2012.

софской, научной, обыденной рациональности, рациональности как относящегося к разуму, проистекающему из него, установленному и обоснованному им, рациональности как того, что непосредственно связано с процессом или является результатом работы мышления, рациональности как подчиненности причинно-следственным закономерностям, рациональности того содержания, какое имеет логические основания, является внутренне непротиворечивым, последовательным или способным быть объясненным с позиции философии, науки или культуры.

С одной стороны, правовую идеологию можно назвать рациональным «пластом» правового сознания потому, что правовые идеи, концепции, принципы, проекты и программы в подавляющем большинстве случаев являются результатом целенаправленной работы сознания, не появляются самопроизвольно, имеют абстрактный, обобщенный и систематизированный характер, определенные способы аргументации, стремятся быть внутренне целостными, последовательными в своих выводах и оценках правовой реальности.

С другой стороны, существо правовой идеологии состоит отнюдь не в характере ее содержания, а в специфике ее воздействия на сознание адресата – обосновать общезначимость и необходимость определенных идей и ценностей, обусловить ими мировоззрение адресата и его социальное поведение. Для такого типа воздействия такие ключевые для философской и научной рациональности вопросы, как объективная истина, последовательность аргументации, уходят далеко на второй план, их заменяют эффективность, целесообразность, практическая полезность. Ценностные предпочтения невозможно логически обосновать, рационально аргументировать – в отношении ценностей возможен экзистенциальный выбор, принятие или отвержение, борьба различных социальных сил за те или иные ценности. Поэтому сложно назвать идеологическое воздействие рациональным с позиции философского или научного сознания.

Более того, те черты, по наличию которых сделан вывод о рациональности правовой идеологии, не являются ее отличительными признаками – ведь любая философская концепция или научная теория является продуктом целенаправленной интеллектуальной работы, имеет абстрактный и систематизированный характер, определенные способы аргументации, внутреннюю когерентность, но при этом очевидно, что философское, научное и идеологическое освоение реальности качественно различны. Поэтому рациональные черты правовой идеологии как структурной части правосознания носят общий характер, не способны «высветить» ее природу.

Очевидно и то, что целенаправленность создания, абстрактность, системность, аргументированность и когерентность нельзя считать отличительными признаками научной рациональности – ведь концепции теологии, астрологии или алхимии способны отвечать этим критериям, но при этом не считаются частью научного знания. Таким образом, сложно утверждать рациональный характер правовой идеологии с позиции научного понятия рациональности.

Если под рациональностью понимать непосредственную связь некоторого ментального содержания с работой мышления, а к последнему подходить не с позиции психологического натурализма, а с позиции деятельностного подхода, то вновь сложно признать содержание правовой идеологии рациональным. В рамках подхода Г.П. Щедровицкого мышление определяют как специально созданные, искусственные системы организации сознания в осуществлении интеллектуальных операций для решения определенного типа задач. Мышление – это основанная на процедурах знакового замещения вещей способность оперировать символьными системами по искусственно созданным, строгим правилам (логика, математика). «Материалом» (операндами) мышления выступают знаковые структуры, а техника оперирования ими зависят от типа содержания, отражающегося в этих структурах. Очевидно, что с позиции деятельностного подхода идеологическая сфера правосознания не связана с работой профессионального мышления и потому не является рациональной: правовая идеология не оперирует символьными системами по строго определенным правилам, ее содержание не является формализованным[1], в нем невозможно выделить операнды и операции. Любой идеологический «дискурс» основывается на крайней многозначности содержания социальных ценностей, манипулирует многоголосицей смыслов в сознании адресата, в то время как мышление с позиции деятельностного подхода, напротив, стремится к предельной ясности и определенности транслируемого содержания.

В-четвертых, современные теоретико-правовые исследования правосознания не дают полноценную характеристику «элементного состава» правовой идеологии. Понятия правовой идеологии и правовой психологии – в отличие от многих общетеоретической понятий – выступают в виде «облаков смыслов», носят собирательный характер, определяются

[1] Далеко не секрет, что формализация содержания идеологии делает ее гораздо более уязвимой для критики, «расколдовывания» ее источников формирования и действительного замысла. Как справедливо указал Е.Б. Пашуканис, «обнажение корней идеологии есть верный признак ее приближающейся кончины». Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм // Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 56.

через перечисление разнообразных компонентов правового сознания, общие и отличительные признаки которых не подвергаются предметному исследованию. Например, современная учебная литература по теории права не дает ответа на вопрос о том, имеются ли качественные различия между правовыми доктринами, концепциями и теориями, между правовыми представлениями, взглядами и воззрениями, между правовыми убеждениями, стереотипами и установками. Поскольку теоретико-правовые исследования не раскрывают родовые признаки правовой идеологии, постольку становится невозможно аргументированно ответить на вопрос, входят ли правовой менталитет, правовые мифы, ценностные ориентации, цели и мотивы в содержание правовой идеологии, включаются ли в ее состав выработанные юридической практикой аксиомы и принципы права, доктринальные концепции, положения, конструкции. Иными словами, современное состояние изучения правовой идеологии не дает возможности не только определить ее родовую принадлежность, структуру и характер, но и составить обоснованный ряд когнитивных феноменов, формирующих ее содержание.

Поскольку правовая идеология является разновидностью идеологии как особой формы духовной культуры, постольку ее содержание подчиняется единым закономерностям функционирования идеологии, специфики ее воздействия на общественное сознание и социальное поведение. Принципиальные черты, определяющие действие правовой идеологии, едины для любых типов идеологии, но в то же время специфическая природа права как регулятора общественных отношений не может не выражаться в особых признаках правовой идеологии, отличающих ее от религии, нравственности, политической идеологии. Специфику правовой идеологии возможно определить через *предмет* (что мысленно воспроизводится правовой идеологией) и *метод* (специфический способ мысленного воспроизведения предмета). Во-первых, правовая идеология непосредственно связана с правовой действительностью как особым аспектом социальной действительности, состоящим из нормативного, деятельностного и ментального «измерений» правовой системы. Во-вторых, правовая идеология мысленно воспроизводит правовую действительность в форме ценностно-целевых структур – идей, принципов, представлений, программ, которые неразрывно связаны с категориями справедливости, меры (нормы), свободы, равенства, порядка, закона.

При этом важно отметить, что отношение правовой идеологии и правовой действительности не может быть определено в категориях первичности и производности, причины и следствия, поскольку они взаимно обусловливают, воспроизводят и производят друг друга. Неправильно,

следуя традиции вульгарного материализма, рассматривать правовую действительность как объект, существующий независимо от сознания людей, а правовую идеологию – как субъективный образ «объективной» правовой реальности, результат линейного «отражения» некоторой объективно существующей феноменальности. Само представление позитивного права как объективно существующего явления социальной жизни в традиции юридического и социологического позитивизма или восприятие естественного права как объективной данности, выражающей природу вещей или разумную природу человека, в традиции юснатурализма, – есть воззрения идеологические, выражающие определенные ценности и стремящиеся соответствующим образом нормировать общественное и профессиональное правосознание. Правовая действительность не обладает эмпирическим характером, доступным непосредственному восприятию органами чувств, наподобие объектов, изучаемых естественными науками, ей не соответствует строго определенный комплекс материальных референтов. Правовая действительность носит прежде всего когнитивный характер, она создается, воспроизводится и развивается лишь благодаря сознанию и мышлению людей. Именно поэтому правовые идеи, правовая идеология в целом способны производить новую правовую действительность, они обладают потенциалом создания новых правовых идей, понятий, терминов, концепций, новых правовых связей – норм и отношений, правовых институтов, источников права, правовых традиций.

Целый ряд современных ученых-юристов (В.П. Малахов, А.И. Клименко, Ю.К. Погребная, и др.) придерживаются позиции, согласно которой специфику правовой идеологии возможно определить через раскрытие содержания определенных правовых идей. Так, Ю.К. Погребная пишет: «Доминантными для правовой идеологии выступают идеи справедливости и порядка, с одной стороны, свободы и ответственности – с другой. Именно они выражают ее базовые смысловые единицы... Религиозные или нравственные дискурсы ориентированы на иное смысловое поле, так как в качестве смыслообразующих идей моральной и религиозной идеологии выступают другие идеи. Так, например, в религиозной идеологии в качестве смыслообразующих могут выступать идеи священного, греха, очищения и воздаяния»[1]. Данная позиция представляется ошибочной. Ни правовая, ни политическая, ни религиозная идеология не способна «приватизировать» какие-либо фундаментальные идеи. Идеи справедливости, свободы, меры, порядка, равенства или неравенства, ответственности пронизывают собой как правовую,

[1] Погребная Ю.К. Кризис современного российского правосознания. М., 2016. С. 65–66.

так и политическую, нравственную, религиозную идеологию; невозможно аргументированно доказать, что данные идеи не имеют первостепенного значения для нравственности, политики, религии. Любой социальный регулятор, как нормативного, так и индивидуального характера, неразрывно связан с идеями свободы, справедливости, меры, порядка, ответственности. Будучи нацелены на упорядочение социальной жизни, нормы обычаев, религии, морали, права не могут не выражать данные идеи, хотя способы их выражения, конкретные формы и содержание правил могут обладать качественной спецификой. Поэтому попытка ученых-юристов точно «разложить по полкам» разных типов идеологий фундаментальные идеи, раз и навсегда определив их принадлежность, правовую, политическую, нравственную или религиозную «природу», обречена на провал. Специфика правовой идеологии состоит отнюдь не в том, что она обладает монопольным «правом» на идеи справедливости, свободы, порядка и пр., а в тех правовых принципах, «аксиомах», ценностях, концепциях, через которые выражаются в праве данные фундаментальные идеи. Очевидно, что понимание свободы, справедливости, ответственности в праве, религии и нравственности может существенно различаться. Сложно спорить и с тем, что при определенных социокультурных условиях в праве определенной исторической эпохи идеи справедливости, свободы, порядка, ответственности имеют гораздо большее значение, нежели, в религии, морали или политике, но тем не менее утверждать их исключительную принадлежность какому-либо одному типу идеологии безосновательно.

В основании правовой идеологии лежат *философские или религиозные учения, носящие закрытый характер* – претендующие на истинное описание и оценку любых явлений действительности – природы, общества, мышления – мира в целом[1]. Ни одна правовая идеология не признает плюрализма описаний правовой реальности, предполагает наличие единственного истинного ее описания и стремится обеспечить свое господство в сознании адресата. Связь правовой идеологии с формами философского освоения действительности и религиозного сознания

[1] Закрытые религиозные и философские системы, как известно, способны интерпретировать в понятиях системы любой феномен реальности и принципиально не поддаются фальсификации, что отличает их от систем научного знания. К. Поппер следующим образом описывал результат воздействия закрытых систем на сознание: «Раз ваши глаза однажды были раскрыты, вы будете видеть подтверждающие примеры всюду: мир полон верификациями теории. Все, что происходит, подтверждает ее. Поэтому истинность теории кажется очевидной, и сомневающиеся в ней выглядят людьми, отказывающимися признать очевидную истину...». Поппер К.Р. Предположения и опровержения: рост научного знания. М., 2008. С. 66.

состоит в том, что все эти формы организации сознания формируют *первичные онтологии* – комплексы экзистенциальных, претендующих на очевидность, идей и принципов об устройстве мира, месте человека в нем, смысле существования человека. Первичные онтологии не предполагают проверки своих принципов и положений на соответствие некоторой объективной реальности, а сами задают ее устройство. *Объектом воздействия первичных онтологий выступает* не групповое или индивидуальное, а *общественное сознание* в целом, поскольку они притязают на формирование фундамента общественных представлений о мире. Эти комплексы идей и принципов *нормативны* по своему характеру, направлены на типовую, унифицирующую организацию сознания и через определение принципов мировосприятия, «ценностного строя» сознания – на регулирование поведения больших социальных групп.

Причем если правовое регулирование основывается на нормах позитивного права, действующих в рамках социальных институтов; традиционное регулирование через обычаи основывается на подражании типовым образцам социального поведения, то специфика воздействия идеологических структур состоит в том, что *определяющее значение в качестве регулятивных средств имеют* не нормы или поведенческие образцы, а *идеи*. Если правовое регулирование невозможно в отсутствие норм и институтов и направлено прежде всего на поведение адресатов, то идеологическое воздействие возможно и без строго определенных норм и институтов, поскольку может опираться исключительно на идеи и принципы и имеет своим первичным объектом не социальное поведение, а сознание адресата.

Как философское освоение правовой действительности, так и структуры правовой идеологии носят *всеобщий* и *предельно абстрактный* характер, охватывают собой все значимые для человека явления. Как справедливо указал Г.В. Мальцев, «появление правовой идеологии само по себе есть свидетельство высокой способности людей мыслить юридическими абстракциями»[1].

И философское, и идеологическое освоение правовой действительности исходит из *определенной аксиологической позиции, восприятия определенных ценностей как основополагающих*; ни философия права, ни правовая идеология не могут строиться на ценностно нейтральной основе – поскольку предполагают формирование мировоззрения, ориентации субъекта в социокультурной реальности и целесообразной деятельности в ней. Однако, в отличие от философского познания правовой действительности, идеологическое ее освоение не предполагает

[1] Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. М., 1977. С. 238.

рефлексивной позиции субъекта, не ставит цель беспристрастно исследовать объект, разработать категории и понятия, не стремится произвести новое, истинное, обоснованное и проверяемое знание о праве. Если философское познание может носить исключительно теоретический характер, то идеологическое освоение правовой действительности всегда исходит из стремления *результативного воздействия на сознание и деятельность людей с целью оправдания или разрушения определенных социальных институтов*.

Фундаментальный для философского сознания вопрос истины в идеологическом «дискурсе» заменяется на вопрос о власти над умами и действиями людей. Позиция ряда теоретиков права об истинном характере содержания правовой идеологии является продолжением ленинского воззрения о существовании научной и ненаучной идеологии. Так, авторы «Элементарных начал общей теории права» указывают: «К правовой идеологии относятся не все правовые взгляды и представления. Но только истинные, отображающие закономерности правовой жизни общества, права и правовых явлений»[1]. Схожим образом В.В. Лазарев и С.В. Липень пишут: «Есть идеология, которая требует, подобно философии, установления объективной истины, есть идеология, ориентированная на пропаганду предпочтительных ценностей, но идеология может требовать описания истинных ценностей»[2]. С данной позицией сложно согласиться. Любая идеология индифферентна по отношению к объективной истине, понимаемой как соответствие высказывания реальности в корреспондентской (референтной, классической) концепции. Назначение идеологии иное – представить в сознании адресата определенные ценности как истинные, самоочевидные, естественные и универсальные, всеми возможными способами сформировать такое восприятие и обусловить им социальную деятельность субъекта. Научное, теоретическое осмысление правовой реальности носит качественно иной характер, оно призвано раскрыть природу изучаемого объекта, определить закономерности его становления, развития и функционирования, за счет которых юридическая наука становится способна эффективно осуществлять прогностическую функцию. Именно поэтому нельзя считать юридическую науку, общую теорию права формой правовой идеологии.

Поскольку юриспруденция является частью практического знания, претендующего на определение оснований общественного устройства,

---

[1] Гойман-Калинский И.В., Иванец Г.И., Червонюк В.И. Элементарные начала общей теории права. М., 2003. С. 339.

[2] Лазарев В.В., Липень С.В. История и методология юридической науки. Университетский курс для магистрантов юридических вузов / под ред. А.В. Корнева. М., 2016. С. 188.

по меньшей мере в западной цивилизации, постольку идеологические структуры и тип воздействия имеют самое непосредственное отношение к сфере права. Во-первых, результативное правовое регулирование невозможно без системного осмысления общественных отношений и институтов с позиции ценностно-целевых структур, не в последнюю очередь задаваемых философскими «картинами мира» и идеологическими системами. Идеологически нейтрального правового регулирования существовать не может: цели нормативного упорядочения общественных связей обусловливаются господствующими или превалирующими в обществе ценностными системами. Именно они выступают предельными нормативными основаниями общественных отношений. «Зафиксированные как юридические декларации и правовые принципы данного общества, социальные ценности способны являться основанием конкретных юридических решений и обеспечиваться всей системой юридических средств и государственного принуждения»[1]. Во-вторых, государство и право как социальные институты неизбежно помещены в социокультурный контекст, связаны с исторически сложившимися в обществе ценностными доминантами как неотъемлемой частью культуры, а предметная связь юриспруденции с действующим государством и правом означает ее неизбежную идеологизированность[2]. Как справедливо указывает А.Ф. Черданцев: «Коль скоро государство и право в своем функционировании ориентированы идеологически на определенную систему ценностей и принципов, то мимо этого не может пройти и юридическая наука, и прежде всего теория государства и права»[3]. Поэтому идеологические основания имеет не только практическая юриспруденция, но и доктринальное, и общетеоретическое правоведение.

Основой правовой идеологии выступают правовые идеи, которые воспринимаются профессиональным юридическим сознанием в качестве первичных и всеобщих начал, способных интегрировать систему позитивного права и юридические практики. Всеобщность правовых идей выражается в максимальной степени их абстрактности, в способности охватывать собой различные нормативные массивы и в случае необходимости продуцировать совершенно различные нормативные образования и нормоотношения в социальной действительности. В аксиологической

[1] Тарасов Н.Н. Истина в юридическом исследовании (некоторые методологические проблемы) // Академический юридический журнал. 2000. № 1.

[2] См.: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001. С. 202.

[3] Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М., 2001. С. 25.

плоскости всеобщность правовой идеи представляется создателями правовой идеологии как ее способность выражать всеобщий, а не групповой (классовый) интерес, что является необходимым условием осуществления программной функции любой правовой идеологии.

Любая правовая идеология разрабатывается как *целостная система* идей, ценностей, принципов, «проектов», «программ». Эмерджентность любой идеологической системы выражается в том, что ни одна правовая идея, входящая в ее состав, не в состоянии отдельно от внутрисистемных связей вызывать те социальные последствия, какие может порождать целостная правовая идеология. Внутреннее единство правовой идеологии обеспечивается целями, которые требуется достигнуть, и объектом – исторической и социокультурной спецификой сознания адресатов, на которое осуществляется воздействие[1]. Создание правовой идеологии предполагает конструирование из правовых идей целостной, согласованной системы за счет проработки внутренних связей между ними на основе правового идеала и его отношения к существующей правовой системе. Внутренние связи, обеспечивающие единство структуры правовой идеологии, должны быть обоснованы с позиции превалирующих ценностей в общественном, групповом и индивидуальном правосознании адресатов; причем способы обоснования единства правовой идеологии, как правило, не носят рационального характера, не опираются на логические системы и понятия. Благодаря системному характеру идеологических форм права любая правовая идеология представляется ее создателями и реципиентами в качестве относительно автономного образования, способного самостоятельно производить определенные юридические последствия, регулировать социальную действительность.

Правовая идеология, будучи искусственным, созданным деятельностью людей образованием, ответственна за *оестествление фундамента мировоззрения юристов* – она представляет в качестве самоочевидных оснований определенные идеи, принципы, положения, которые не могут быть доказаны рационально, но должны быть приняты сознанием в качестве начальных точек рассуждения. Задача правовой идеологии – представить определенные идеи в такой форме, которая будет усвоена и станет *императивом мышления юристов*, своео-

[1] А.И. Клименко справедливо указывает: «Содержание идеологии есть не простая совокупность, а система. Структурирование вышеобозначенных элементов (идей, понятий, концепций, мифов .– *А.М.*) (определение их взаимного положения в системе) представляется весьма сложной задачей, так как они являются объектами идеальной, а не материальной сферы». Клименко А.И. Актуальные проблемы осуществления идеологической функции государства и развития правовой идеологии. Смоленск, 2009. С. 31.

бразным *«клише» их профессионального сознания;* она призвана сформировать безусловное убеждение в определенном устройстве мира, которое считается объективным, очевидным, не требующим доказательств, обоснования. Иными словами, правовая идеология призвана *формировать юридическую «аксиоматику», фундаментальный уровень мировоззрения юристов,* без существования которого логическая и иная формальная аргументация в мышлении юристов лишается своего базиса и порой не способна легитимировать позицию по тому или иному юридическому вопросу. Так, для правовой идеологии, лежащей в основании университетской традиции права в романо-германском семействе, юридические универсалии, выведенные путем экзегезы и формально-логических операций из текста *Corpus Iuris Civilis*, составляли фундамент не только правовой действительности, но и реальности вообще — для многих поколений глоссаторов книжное право являлось *ratio scripta* и стояло безусловно выше различных видов социальных практик. Текст права представлял собой для средневековых докторов права высшую реальность, воспринимался как лишенный противоречий, целостный, полный по содержанию, безусловно рациональный, а мир для них был устроен точно так же, как устроен текст права; принципы авторитетных источников являлись для них законами устройства мира. Сходным образом, правовая идеология классического юснатурализма ставила в центр мироустройства индивида как социального атома, правильное взаимодействие которого с себе подобными полностью обусловлено его естественными инвариантными свойствами, доступными для рационального познания. Представление о свойствах природы человека как врожденных, универсальных, неизменных стандартах правильного социального устройства считалось очевидным и стало фундаментом методологии школы естественного права.

Правовая идеология закладывает идейные основания не только профессионального сознания юристов, но и *формирует устойчивые, типизированные представления различных социальных групп о действующем и должном праве*. Иными словами, объектом воздействия правовой идеологии выступает как профессиональное, так и общественное сознание. Именно правовая идеология является той формой, через которую общество способно воспринимать и оценивать доктринальные и догматические построения юридического сообщества: трансляция специально-юридического знания в общественную систему возможна либо через философию права, либо через правовую идеологию, которая *редуцирует специально-юридическое знание до тех форм, которые могут усваиваться общественным сознанием, непосредственно обу-*

словливать восприятие правовой действительности и соответствующие поведенческие установки. «Вне определенного идеологического подхода, – писал С.С. Алексеев, – мировоззренческие взгляды не могут получить достаточного общественного признания, и тем более должной практической реализации... Это и объясняет то обстоятельство, что философия, иные отрасли знаний в определенных своих сторонах и проявлениях выступают также и в качестве идеологии»[1].

Поэтому в правовой идеологии необходимо различать «внутренний» и «внешний» аспекты. «Внутренний» аспект правовой идеологии за счет создания профессионального мировоззрения юристов позволяет интегрировать различные элементы правовой системы в ценностно-целевое единство, выступает «механизмом сборки» правовой системы; «внешний» аспект правовой идеологии позволяет транслировать специально-юридическое знание в социальную метасистему, что является необходимым условием социальной легитимности правовой системы, эффективности правового регулирования[2].

На наш взгляд, в структуре правовой идеологии можно выделить по меньшей мере четыре уровня.

Во-первых, это *фундаментальный уровень* безусловных правовых ценностей, определяемый господствующими философскими учениями. Данный уровень выступает основанием всего содержания правовой идеологии, его принципы считаются общепринятыми и очевидными, выступают в качестве «аксиом» не только для профессионального сознания юристов, но и для большинства социальных групп. На этом уровне можно говорить о согласованной положительной оценке его принципов, восприятия их легитимными с позиции общественной нравственности, основанных в культуре религиозных представлений. Фундаментальный уровень правовой идеологии в эксплицитной или имплицитной формах содержит представления о правовом идеале как совершенном образе правовой системы общества, в котором в полной мере реализованы безусловные правовые ценности, а целевые

[1] Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 401.

[2] Ср.: «Узловой механизм правовой идеологии – легитимация. Если легализация возможна исключительно формально-процедурными средствами, то легитимация затрагивает содержательно-ценностную сторону. Идеология – механизм превращения ценностей в нормы и деятельность». Малахов В.П. Концепция философии права. М., 2007. С. 320. Ср.: «Назначение идеологии – выработка системы ценностей, на которую ориентируется определенная социальная группа, которая их стремится реализовать, претворить в действительность, сформировать эту действительность в соответствии с признанной системой ценностей». Черданцев А.Ф. Указ. соч. С. 24.

установки стали актуальной частью общественного и профессионального правосознания. Тем самым фундаментальный уровень правовой идеологии устанавливает первичные ориентиры развития правовой системы, определяет критерии, по которым оценивается современное ее состояние. Разумеется, фундаментальный уровень правовой идеологии не существует автономно, в социокультурном вакууме, как полагали многие представители школы естественного права; базовые правовые ценности неразрывно связаны с историческим развитием того или иного общества, со спецификой его культуры – предельные смыслы таких правовых ценностей, как справедливость, свобода, равенство не могут быть независимы от историко-культурного развития.

Во-вторых, в организации содержания правовой идеологии можно выделить *концептуально-программный уровень,* на котором создаются «проекты» должного устройства правовой системы в целом, даются оценки ее современному состоянию и разрабатываются «программы» такого развития правовой системы, при котором она в максимальной степени приблизится к правовому идеалу. Разработка содержания данного уровня правовой идеологии может вестись не только профессиональными юристами, но и другими представителями интеллектуальной элиты – философами, политологами, историками, социологами. На этом уровне правовая система рассматривается как неотъемлемая часть устройства всего общества, и поэтому идеи, ценности, принципы и концепции, составляющие содержание такого уровня, не являются исключительно юридическими.

В-третьих, в содержании правовой идеологии следует выделить *профессионально-юридический уровень*, представленный идеями, ценностями, принципами и концепциями, формируемыми в результате деятельности корпорации юристов. Он охватывает собой формы идейно-ценностного осмысления институтов позитивного права в их синхронном и диахронном «измерениях», различных видов юридической практики, юридического образования, а также содержания доктринального и профессионального сознания юристов. Профессионально-юридический уровень правовой идеологии можно назвать *юридической идеологией*, поскольку он является *формой выражения ценностно-целевых структур юридического сообщества и догмы права* как результата интеллектуальной деятельности корпорации ученых-юристов и юристов-практиков. Содержание юридической идеологии состоит из академического и практического «блоков», которые могут существенно отличаться друг от друга в идейных установках и оценках тех или иных фрагментов правовой действительности. Специфика

юридической идеологии выражается не только в том, что ее носителями выступают профессиональные юристы, но и в том, что ценности, идеалы, принципы, концепции, входящие в ее состав, непосредственно воздействуют на процессы установления, применения, толкования права, в значительной мере включены в состав позитивно-правовой «материи», транслируются через систему юридического образования.

В-четвертых, в организации содержания правовой идеологии необходимо выделять и *обыденный уровень*, который представлен убеждениями, установками, оценками правовой системы с позиции массового сознания. Как справедливо указывает Р.К. Русинов: «К правовой идеологии можно отнести и рассуждения о праве умудренного жизнью сельского старца, и работу Г.В. Гегеля «Философия права»[1]. Обыденный уровень правовой идеологии определяется особенностями исторического развития народа, его культурой, национальными особенностями, спецификой современной политико-правовой ситуации и другими факторами. «Массовая» правовая идеология не обладает монолитностью, внутренним единством, включает в себя как ситуативные «элементы», носящие условный и кратковременный характер, так и значительно более устойчивые «пласты», приближающиеся по степени консервативности к идейно-ценностному срезу национального менталитета[2].

Можно выделить, по меньшей мере, два значимых отличия воздействия правовой идеологии на общественное сознание от правового регулирования.

Во-первых, правовая идеология призвана прежде всего организовать определенным образом сознание адресата, в то время как для процесса правового регулирования адресат существует лишь в его поведенческих проявлениях; целью правового регулирования не является организация сознания, но формирование соответствующих моделей поведения.

Во-вторых, существенно разнятся средства и в целом механизм, при помощи которого осуществляется идеологическое воздействие, с одной стороны, и правовое регулирование – с другой. Если важнейшим средством правового регулирования выступают нормы позитивного права, то в отношении идеологического воздействия такими средствами явля-

---

[1] Русинов Р.К. Правосознание и правовая культура // Теория государства и права: учебник для вузов / отв. ред. В.Д. Перевалов. М., 2011. С. 218.

[2] Ср.: «Логика выделения правовой идеологии в общественном правосознании требует, чтобы мы увидели ее на всех уровнях общественного сознания, в том числе и на уровне обыденного сознания. На каждом уровне идеология имеет свои доминантные формы: на профессиональном – юридические принципы и знания, на властном – идеи, программы, декларации, на обыденном – мифы, культурные обыкновения взглядов на общественную правовую жизнь». Малахов В.П. Указ. соч. С. 324.

ются правовые идеи, принципы и концепции. Правовые идеи и ценности, выступающие средствами идеологического воздействия, не обладают той же степенью формальной определенности, какой обладают правовые нормы и иные типичные «элементы» механизма правового регулирования. Именно поэтому правовые идеи, ценности и принципы в сравнении с правовыми нормами и конструкциями не обладают тем же регулирующим потенциалом, способностью с высокой степенью определенности моделировать правомерное поведение адресатов. Очевидно, что если бы «элементы» правовой идеологии могли бы достигать той результативности, какая способна быть достигнута механизмом правового регулирования, то задача разработки системы позитивного права, юридической догмы и доктрины была бы лишена какого-либо смысла. Далеко не случайно и то, что *С.С. Алексеев*, обоснованно указывавший на «регулятивную энергию» правовой идеологии, ее способность в революционные периоды замещать право, выступать базой всего юридического регулирования, в то же время подчеркивал неизбежно временный, переходный характер такого состояния правовой системы, поскольку активные формы господствующего правосознания как регулятивные средства не обладают такими качествами, как всеобщность, строгая стабильность, какие присущи механизму правового регулирования[1].

Помимо этого, правовые идеи, ценности, принципы, составляющие содержание правовой идеологии, не являются исключительной «собственностью» юристов, не требуют в качестве обязательного условия их понимания профессионального образования. Содержание правовой идеологии значительно теснее связано с идеями, ценностями и принципами морали и религии, нежели юридические конструкции и правовые нормы.

Список литературы:

1. Millard E. Théorie générale du droit. Dalloz, 2006.
2. Алексеев С.С. Общая теория права. М., 2008.
3. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М., 1999.
4. Алексеев С.С. Проблемы теории права: курс лекций // Собрание сочинений. В 10 т. Т. 3. М., 2010.
5. Алексеев С.С. Структура советского права // Собрание сочинений. В 10 т. Т. 2. М., 2010.

[1] Алексеев С.С. Общая теория права. М., 2008. С. 146.

6. Баранов В.М. Правосознание, правовая культура и правовое воспитание // Теория государства и права / под ред. В.К. Бабаева. М., 2013.
7. Гивишвили Г.В. Идеологические системы мира: сны разума. М., 2012.
8. Гойман-Калинский И.В., Иванец Г.И., Червонюк В.И. Элементарные начала общей теории права. М., 2003.
9. Кашанина Т.В. Структура права. М., 2012.
10. Клименко А.И. Актуальные проблемы осуществления идеологической функции государства и развития правовой идеологии. Смоленск, 2009.
11. Лазарев В.В., Липень С.В. История и методология юридической науки: университетский курс для магистрантов юридических вузов / под ред. А.В. Корнева. М., 2016.
12. Лукашева Е.А. Социалистическое правосознание и законность. М., 1973.
13. Малахов В.П. Концепция философии права. М., 2007.
14. Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. М., 1977.
15. Овчинников Н.Ф., Юдин Э.Г. Структура // Большая советская энциклопедия. В 30 т. Т. 24. Кн. I / гл. ред. А.М. Прохоров. М., 1976.
16. Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм // Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980.
17. Погребная Ю.К. Кризис современного российского правосознания. М., 2016.
18. Поппер К.Р. Предположения и опровержения: рост научного знания. М., 2008.
19. Разумовский О.С. Структура // URL: http://www.chronos.msu.ru/old/TERMS/razumovsky_struktura.htm
20. Русинов Р.К. Правосознание и правовая культура // Теория государства и права / отв. ред. В.Д. Перевалов. М., 2011.
21. Русинов Р.К. Правосознание и правовая культура // Теория государства и права: учебник для вузов / отв. ред. В.Д. Перевалов. М., 2011.
22. Садовский В.Н. Система // Философский энциклопедический словарь. М., 1989.
23. Тарасов Н.Н. Истина в юридическом исследовании (Некоторые методологические проблемы) // Академический юридический журнал. 2000. № 1.

24. Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001.
25. Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. М., 1981.
26. Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М., 2001.

POST-SOVIET THEORY OF LAW AND PROBLEMATICS OF LEGAL IDEOLOGY

Mihailov A.M.,
candidate of legal sciences, junior researcher of the Sector of History of State, Law and Political Doctrines of the Institute of State of Law of Russian Academy of Sciences, associate professor, Department of History of State and Law, Russian Academy of National Economy and Public Administration

Summary: In the article the author attempted to reveal the topicality of research of legal ideology in the contemporary sociocultural situation of Post-Soviet jurisprudence. The author points to inevitably ideological character of professional legal consciousness and theoretical concepts of jurisprudence. In relation to the contemporary state of Russian jurisprudence the author examines the structure of theory of law, its' correlation with philosophy of law, history of theory of law in the context of continental legal system. The article identifies the gaps of present research of legal ideology in Russian theory of law, defines the correlation between legal ideology and legal reality, the foundations, structure and functions of legal ideology.

Keywords: theory of law, legal ideology, legal consciousness, philosophy of law, structure of legal ideology, legal regulation.

Слыщенков В.А.,
кандидат юридических наук, доктор права,
заведующий кафедрой сравнительного права факультета права
Московской высшей школы социальных
и экономических наук (МВШСЭН)

ПРАВОВЫЕ ЗАИМСТВОВАНИЯ В ПОСТСОВЕТСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ, ИЛИ О НЕОБХОДИМОСТИ НОВОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ГУМАНИЗМА

Аннотация: Статья посвящена особенностям правовой рецепции в современном российском гражданском законодательстве, которые, по всей видимости, отражают сложности постсоветского правового развития вообще. Законодательное регулирование, второпях заимствованное из других юрисдикций, подменяет подлинное улучшение отечественного частного права. В основе такого улучшения должно быть не копирование иностранных законов, а зачастую нелегкий труд самостоятельного осуществления правовых принципов в данных своеобразных обстоятельствах места и времени. Недавняя масштабная реформа Гражданского кодекса Российской Федерации хорошо иллюстрирует особенности постсоветских правовых заимствований. В этой связи ясно видно, что в глазах многих представителей отечественного юридического истеблишмента законодательство остается служанкой политики – идея верховенства права чужда постсоветской цивилистике. Изменение создавшегося положения в лучшую сторону невозможно без последовательного усвоения российской юриспруденцией гуманистических ценностей и идеалов.

Ключевые слова: правовая рецепция, правовые заимствования, правовое развитие, реформа гражданского законодательства, юридический провинциализм, правовые принципы, цивилистическая доктрина, юридический гуманизм

Мы находимся в пространстве,
в котором информации все больше и больше,
а смысла все меньше и меньше
(Жан Бодрийяр,
Симулякры и симуляция)

Правовые заимствования или правовая рецепция, то есть перенос правового регулирования из одной юрисдикции в другую, состоит из двух уровней. Во-первых, словесный уровень правовой рецепции, который сводится к повторению слов и формулировок, иначе говоря, переписыванию права в книгах. Во-вторых, смысловой уровень правовой рецепции, на котором происходит усвоение юридических идей

и приобщение к юридическим идеалам, то есть достижение искомого права в действии. Эти уровни связаны между собой как форма и содержание. Правовые заимствования в постсоветском гражданском праве представляют собой, по всей видимости, яркий пример значительного преобладания формы над содержанием. Настоящая статья исследует эту проблему на материале недавних масштабных изменений Гражданского кодекса Российской Федерации в четырех основных областях: значение юридической доктрины, роль авторитета в праве, различие между правовыми принципами и правилами, а также переход от права в книгах к праву в действии.

Правовая рецепция для правового развития: значение доктрины

Без большого преувеличения можно утверждать, что история российского гражданского права – это история правовых заимствований. Развитие отечественной цивилистики убеждает в правильности наблюдения А. Уотсона, высказанного в известной книге о правовых заимствованиях, существенным образом повлиявшей на обсуждение проблематики правовой рецепции в современном сравнительном правоведении: «...заимствование (*transplanting*) на практике представляет собой наиболее плодотворный источник развития. Большинство изменений в большинстве систем являются результатом заимствования»[1]. Также в России начала XX в. И.А. Покровский защищал приоритет универсального элемента гражданского права над национальным элементом, обосновывая целесообразность правовой рецепции отчасти ссылкой на всеобщие гуманистические ценности, отчасти на потребности коммерческого оборота[2]. Начиная с Р. Иеринга[3], аргументация подобного рода показывает обязательность и даже неизбежность правовых заимствований, только глупец пренебрегает полезной и необходимой в практическом отношении рецепцией права: «...право, как техника, в очень значительной мере является продуктом человеческого опыта. Подобно тому, как очень мало людей задумывались о колесе, все же когда оно было изобретено, его преимущества стали очевидными и колесо начали использовать многие, таким же образом важные юридические правила изобретаются немногими людьми или народами,

[1] Watson A. Legal transplants: an approach to comparative law. Athens, 1993. P. 95.

[2] Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 58–59.

[3] Там же. С. 58.

а когда изобретены, приходит понимание их ценности и сами правила перенимаются для пользы многих народов»[1].

Приверженцы этого оптимистического понимания правовой рецепции упрощают реальное положение дел – применение закона не похоже на применение автомобиля или кофеварки. В отличие от заимствования технических или медицинских достижений, заимствование правового регулирования затрагивает интересы всех, однако лишь немногие влияют на ход и результаты рецепции, большинству остается исполнять спущенные сверху новые законы. Зачастую рецепция происходит с подачи конкретных экспертов и юристов, случайным образом пользующихся поддержкой органов власти государства-реципиента (комиссии по правовым реформам, экспертно-консультативные советы и проч.). Если правовые заимствования – это вотчина юристов, а юридическое сообщество обособлено от общества в целом, то «заимствование юридических правил является в социальном отношении легким делом»[2]. С этой стороны даже добровольная правовая рецепция едва ли согласуется с демократическими принципами, представляя собой скорее насаждение или навязывание законов. Законодательный или иной компетентный государственный орган может принять взвешенное принципиальное решение о заимствовании чужого права. Однако важные детали этого процесса, начиная от источника заимствований и заканчивая формулировками конкретных правил, иногда келейно определяются вовлеченными юристами, социальные последствия не просчитываются, а благодаря толкованию на стадии правоприменения заимствованные правила изменяются почти до неузнаваемости. Эта неопределенность сообщает правовой рецепции характер произвола и случайности. «Как показывает история, – продолжает М. Грациадеи, – даже поборники заимствований редко заявляли, что в совершенстве знают то, что в конечном итоге заимствуется, тем более не всегда производили полную оценку. На самом деле, обращение к правовой рецепции может служить открытым признанием недостатка или отсутствия компетентности. Возникает вопрос, в какой мере даже одобренные органами власти правовые заимствования отражают продуманные решения относительно того, каким должно быть правовое регулирование»[3]. Недемократичность и отсутствие широкого обще-

[1] Watson A. Legal transplants. P. 100.

[2] Ibid. P. 95.

[3] Graziadei M. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, 2006. P. 464.

ственного обсуждения превращают правовые заимствования в личное дело специалистов, которые занимаются практическим осуществлением правовой рецепции. Основная проблема состоит даже не в возможном противоречии иностранных правил традициям и культурному укладу или несоответствии своеобразным условиям в стране-получателе. Подобные обвинения можно выдвинуть против любого изменения, но это не означает, что вообще не должно быть изменений. Преобладающие сомнения в качестве и обоснованности правовой рецепции связаны с тем, что правовые заимствования зачастую вдохновляются не добросовестным стремлением выразить в новом законе общую волю граждан или решить конкретные общественные проблемы, а отражают сомнительные идеалы, случайные мнения и спорные предпочтения заказчиков реформы или привлеченных экспертов относительно будущего страны и ориентиров правового развития[1].

Стремление противостоять произволу законодателя и найти прочную основу государственно-правового развития лежит в основе заложенного Ш.Л. Монтескье влиятельного направления сравнительного правоведения и теории права, подчеркивающего связь между законодательством и культурным своеобразием данного народа и отрицающего уместность правовых заимствований[2]. Эта позиция получила развитие в учении Ф.К. Савиньи о народном духе как источнике

[1] Ср.: Nelken D. Comparatists and transferability // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge, 2003. P. 457: «...было бы грубой ошибкой ограничивать дискуссию правовых заимствований вопросами, как новые правила, идеи или институты “соответствуют” (*fit*) *тому, что уже существует*. Правовые заимствования часто – по-видимому, в большинстве случаев – предназначены для соответствия воображаемому *будущему*. Большинство правовых заимствований насаждаются (*imposed*), ожидаются (*invited*) или иным образом принимаются, потому что общество, или по меньшей мере группы или элиты внутри общества, стремятся использовать право ради изменения» (сохранен курсив оригинала).

[2] Монтескье Ш. О духе законов // Избранные произведения. М., 1955. С. 168. «Закон, говоря вообще, есть человеческий разум, поскольку он управляет всеми народами земли; а политические и гражданские законы каждого народа должны быть не более как частными случаями приложения этого разума. Эти законы должны находиться в таком тесном соответствии со свойствами народа, для которого они установлены, что только в чрезвычайно редких случаях законы одного народа могут оказаться пригодными и для другого народа». До Ш.Л. Монтескье похожих воззрений придерживались представители школы юридического гуманизма в XVI в. П. Штайн приводит ироническое высказывание юриста-гуманиста Франсуа Отмана из сочинения «Анти-Трибониан»: «Пришедший на заседание французского суда французский юрист, знающий только римские правила о собственности и наследовании (то есть не учитывающий влияние феодального права на землевладение), подготовлен так же хорошо, как если бы пришел к американским дикарям» (Stein P. Legal Humanism and Legal Science // The Legal History Review. 1986. Vol. 54. Issue 2. P. 303).

права[1]. В начале XIX в. подобные воззрения разделялись русским историком Н.М. Карамзиным, в несколько публицистическом ключе резко критиковавшим подготовленный М.М. Сперанским на основе Гражданского кодекса Франции (Кодекса Наполеона) проект Гражданского уложения[2]. В современном сравнительном правоведении радикальная разновидность этого культурологического подхода активно отстаивается П. Леграном: «Создавая правило по определенным причинам и определенным способом, как результат своего мышления, с определенными имеющимися у них надеждами, и создавая определенное правило (а не другие правила), французы, например, делают не только это: они также делают что-то особенно французское, опираясь, следовательно, на формы юридического опыта, которые внутренне присущи им»[3]. Некоторый налет иррационализма и романтического идеализма[4] не означает, что подобные взгляды вовсе лишены рационального зерна. Правовые заимствования мешают созданию собственного права, всегда более медленному и трудному по сравнению с переписыванием чужих законов, однако лучше обеспечивающему верховенство права и закрепляющему правовые ценности в общественном сознании, тем самым существенно способствуя правовому развитию. С этой точки зрения Т. Танасе подчеркивает нераз-

---

[1] Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I. М., 2011. С. 285. «Этот взгляд, признающий отдельный народ творцом и носителем позитивного, или действительного, права, может показаться слишком ограниченным тем, кто склонен приписывать названное формирование права скорее общему человеческому разуму, нежели отдельному народному духу. Но при более пристальном рассмотрении оба эти взгляда оказываются вовсе не противоречащими друг другу. То, что действует в отдельном народе, есть лишь всеобщий человеческий разум, который выражается в нем индивидуально. Однако создание права – это деяние, и деяние совместное. Таковое возможно только у тех, у кого общность мышления и деяний не только возможна, но и существует. А так как подобная общность существует только в рамках отдельного народа, то только в нем может быть сотворено действительное право, хотя его создание – проявление общечеловеческого стремления к образованию, а не только своеобразного своеволия отдельных особых народов...».

[2] Карамзин Н.М. Записка о древней и новой России в ее политическом и гражданском отношениях. М., 1991. С. 90. «Что ж находим?.. Перевод Наполеонова Кодекса! Какое изумление для россиян! Какая пища для злословия! ... Для того ли существует Россия, как сильное государство, около тысячи лет? Для того ли около ста лет трудимся над сочинением своего полного Уложения, чтобы торжественно пред лицом Европы признаться глупцами и подсунуть седую нашу голову под книжку, слепленную в Париже 6-ю или 7 [-ю] экс-адвокатами и экс-якобинцами?»

[3] Legrand P. What Legal Transplants? // Adapting Legal Cultures / ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford, 2001. P. 59.

[4] Подробнее см.: Whitman J.Q. The neo-Romantic turn // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. P. 312–344.

витость японской правовой культуры: «В Японии мы часто слышим утверждение, что Япония все еще не стала современной. Кажется странным заявлять, что такое продвинутое в индустриальном отношении общество, как японское, не является современным. Но люди говорят так потому, что считают Японию лишенной существенных характеристик, отличающих современное общество. К таким характеристикам относится верховенство права. В данном случае право рассматривается не как инструмент модернизации, а как составной элемент современного общества. В этом смысле общество, в котором право не укоренено, по определению не является современным»[1].

Японские правовые реформы не преследовали собственно правовые цели, но осуществлялись ради преобразования общества по западным шаблонам: «Законы были изданы для того, чтобы осуществить модернизацию. И в эпоху Мэйдзи, и в течение послевоенного периода до настоящего времени модернизация по умолчанию означала “вестернизацию”. Люди понимали, что западные страны являют собой современное государство, которым Япония стремится стать»[2]. Подобным образом последние масштабные изменения российского Гражданского кодекса[3] вдохновлены инструментальным отношением к праву, иными словами, правовое регулирование рассматривается как средство достижения внеправовых целей. Обычно говорят об улучшении условий коммерческой деятельности или повторении престижных иностранных образцов[4]. Российский и советский опыт, а также примеры других стран показывают, что подлинное правовое развитие немыслимо без отказа от инструментального подхода и признания самоценности права как особого регулятора общественных отношений, выражающего и защищающего свободу и справедливость в общественной жизни[5]. Напротив, популярное в отечественном юридическом дискурсе обсуждение законодательных реформ в свете политико-правовых соображе-

---

[1] Tanase T. The Empty Space of the Modern in Japanese Law Discourse // Adapting Legal Cultures. P. 193.

[2] Ibid. P. 191.

[3] Далее – ГК РФ. Обсуждаемые законодательные изменения подготовлены во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Указ от 18 июля 2008 г.).

[4] Ср. подп. а), в) и г) п. 1 Указа от 18 июля 2008 г. касательно целей изменения гражданского законодательства: соответствие новому уровню развития рыночных отношений, сближение с правом Европейского Союза и использование последнего опыта модернизации гражданских кодексов европейских стран.

[5] Подробнее см.: Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2011. С. 28–57.

ний, по всей видимости, склонно оправдывать подчинение правового регулирования экономической или иной внеправовой целесообразности[1]. Социологический уклон не избавляет подобный политико-правовой подход от юридического позитивизма[2]. Здесь обнаруживается не только пренебрежение печальными уроками российской истории, но также непонимание ключевых особенностей взятых за образец западных правопорядков. Смысл политики права заключается не в том, чтобы право подчинить прогрессивной политике, а, наоборот, политику подчинить праву.

Модернизация гражданского права посредством рецепции обманчива, как любой мираж. Пример английского частного права, большей частью развивавшегося вполне самобытно[3], показывает, что отличительным свойством развитого правопорядка является не заимствование из более продвинутых юрисдикций, а, наоборот, заимствование другими юрисдикциями из этого правопорядка. Образцовое правовое регулирование должно быть создано самостоятельно, имитация чужого права – слишком легкий путь, чтобы привести к успеху. Постоянные заимствования обрекают отечественный правопорядок на юридический провинциализм, ведь в условиях открытости внешним влияниям показателем культурного провинциализма является недостаток оригинальности[4]. Попытки построить развитый правопорядок – равно как успешную экономику – путем копирования иностранных законов представляют собой деятельность сродни симпатической магии[5]. Ввиду

---

[1] Обзорную работу по политике права см.: Карапетов А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2010. № 4. С. 6–69; № 5. С. 6–56.

[2] О легистской (догматической) и социологической версиях юридического позитивизма см.: Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 38–77.

[3] Baker J.H. An Introduction to English Legal History. London, 2002. P. 27–29.

[4] Borbone G. From Cosmopolitism to National-Popular Culture. Gramscian Attempt at Overcoming Provincialism // Thinking about Provincialism in Thinking / ed. by K. Brzechczyn, K. Paprzycka. Amsterdam, 2012. P. 99.

[5] Ср. Nelken D. Comparatists and transferability. P. 457: «Почти в духе симпатической магии, заимствованное право считается способным создать условия для цветущей экономики или здорового гражданского общества, которые присутствуют в социальном контексте, служащим источником заимствованного права». Оправданно ожидать немедленного благотворного влияния правовых заимствований на социально-экономические отношения и соответственно устанавливать цель правовой рецепции лишь в случаях, когда переписанные правила являются безразличными или случайными с теоретико-правовой точки зрения, то есть хотя предписания как таковые необходимы для надлежащего правового регулирования, но содержание предписаний не является выражением правового развития и культуры (технические стандарты, правила банковских операций и проч.).

отсутствия общественной поддержки и объективных критериев подобной законопроектной работы всегда находятся критики, замечания которых выглядят ничуть не менее обоснованными, чем законодательные предложения поборников правовых заимствований. М.Я. Пергамент заметил по поводу проекта Гражданского уложения, последней несостоявшейся гражданско-правовой кодификации досоветской России: «Неопытные еще законодатели на трудной ниве гражданского права, бедные силами, знанием и опытом, мы, естественно, устремили свой взор в сторону Запада...», к проекту пятой части кодекса «в общем отнеслись отрицательно, осуждали и даже бранили, – это верно, однако не столько за “перевод” [Германского гражданского уложения], за факт “перевода”, сколько за то, что перевод вышел крайне слабый и плохой»[1]. Авторы подобной реформы должны быть готовы к тому, что на стадии рассмотрения и принятия законопроект будет или отложен в долгий ящик, или подвергнется несогласованным изменениям, иногда противоречащим первоначальным намерениям разработчиков[2].

Критика правовой рецепции не отрицает распространенность, даже обыденность правовых заимствований: «...заимствование отдельных правил или больших частей правовой системы является в высшей степени обычным делом»[3]. Типичными примерами считаются рецепция римского права в средневековой Западной Европе, полное или частичное заимствование Гражданского кодекса Франции и Германского гражданского уложения[4] некоторыми европейскими и неевропейскими странами, а также усвоение общего права английскими колониями по всему миру[5]. Дополнительно нужно отметить продолжающийся противоречивый процесс заимствования западного правового регулирова-

[1] Пергамент М.Я. К предстоящему внесению в Государственную Думу проекта Гражданского Уложения. Речь в годовом собрании Юридического общества при С.-Петербургском университете. СПб., 1913. С. 11–12.

[2] О. Плешанова пишет о бессистемности и неконтролируемости изменений законопроектов, внесенных в Государственную Думу в рамках текущей реформы гражданского законодательства: «...на “выходе” многие нормы менялись до неузнаваемости, удивляя не только разработчиков, но зачастую и их оппонентов» (Плешанова О. Поправленному верить. Как принятие поправок в законы стало тенденцией // Коммерсантъ Власть. 2015. № 25. С. 18).

[3] Watson A. Legal transplants. P. 95.

[4] Далее – ГКФ и ГГУ соответственно.

[5] Подробнее см.: Graziadei M. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. P. 444–453. Также см. эмпирическое исследование предположительно успешной правовой рецепции в государствах Юго-Восточной Азии: Harding A. Comparative Law and Legal Transplantation in South East Asia: Making Sense of the «Nomic Din» // Adapting Legal Cultures. P. 199–222.

ния постсоветскими государствами[1]. Во всех указанных случаях присутствует по меньшей мере один из трех основных факторов правовой рецепции: насаждение чужого права силой, повторение престижных юридических образцов или содействие экономическому развитию[2]. Например, рецепция римского права вдохновлялась соображениями престижа: средневековая университетская юриспруденция воспринимала Свод Юстиниана как писаный разум (*ratio scripta*)[3]. В Западной Европе приобщение к римскому правовому наследию стало «фактором прогресса»[4] именно потому, что римское право оказалось не столько целью, сколько отправным пунктом самостоятельного правового развития[5]. Доктринальная обработка римского права на протяжении нескольких веков, постепенное приспособление римского юридического наследия к местным условиям и создание национальных систем частного права на основе достижений юридической науки видится

---

[1] Подробнее см.: Ajani G. By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe // American Journal of Comparative Law. 1995. No. 43. P. 93–117 ; Newton S. Transplantation and Transition: Legality and Legitimacy in the Kazakhstani Legislative Process // Law and Informal Practices: The Post-Communist Experience / ed. by D.J. Galligan, M. Kurkchiyan. Oxford, 2007. P. 151–170 ; Слыщенков В.А. Проект изменений Гражданского кодекса и принципы законотворчества // Законодательство. 2011. № 8. С. 9–20. В основном публицистическую, не вполне взвешенную критику со славянофильских позиций современной рецепции в российском праве (характерная реакция определенного умонастроения на текущие правовые сложности) см.: Ткаченко С.В. Правовые реформы в России: проблемы рецепции западного права. Самара, 2008. Вопреки мнению этого автора, примеры более опытных в правовом отношении стран могут способствовать правовому развитию собственной страны, в том числе России, хотя юридические достижения иных народов предназначены скорее не для повторения, а для вдохновения.

[2] Подробнее см.: Graziadei M. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions. P. 455–461. Кроме того, исторически важным фактором распространения права являлась миграция: «Во-первых, народ переселяется на другую территорию, где нет сравнимой цивилизации, и берет свое право с собой. Во-вторых, народ переселяется на другую территорию, где есть сравнимая цивилизация, и берет свое право с собой» (Watson A. Legal transplants. P. 29–30).

[3] Подробнее см.: Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012. С. 133–151.

[4] Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 57.

[5] Ср. соображения В.А. Томсинова против приравнивания использования римских юридических источников в средневековой Европе к рецепции римского права: «“Римское” право, которое находило применение на практике в условиях средневековой Западной Европы, только по названию было “римским”. По содержанию своему оно существенно отличалось от того права, которое действовало когда-то в Древнем Риме» (Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // Виноградов П.Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе. М., 2010. С. 279).

особым вариантом демократического образования позитивного права[1]. Объединенные стремлением к истине ученые, вообще открытое ученое сообщество ближе к согражданам, чем случайно отобранные эксперты, эпизодически привлекаемые к выполнению утилитарных задач ради сиюминутных интересов власть имущих. Ю. Хабермас, основатель современной коммуникативной теории права и демократии, указывает: «Если дискурс экспертов не сопряжен с демократическим формированием мнений и решений (*democratic opinion- and will-formation*), тогда экспертное видение проблем будет преобладать за счет интересов граждан»[2].

Правовые заимствования не равнозначны правовому развитию, но могут стать источником правового развития при вовлеченности юридической доктрины в изучение, подготовку и приспособление заимствованных правил. Сущность правовых заимствований состоит в усвоении юридических идей, которое требует доктринальных усилий. В этом смысле Э. Цительманн пишет о подготовке ГГУ: «Мы требуем немецкое право, но немецкое есть также и то, что для всего мира было создано римлянами и что наш народ мучительным трудом, посредством огромной умственной работы сделал по-настоящему своим»[3]. Поэтому правовая рецепция осуществляется, по всей видимости, наилучшим образом, когда закон следует за доктриной, а не доктрина за законом. Сравнительно-правовые исследования и вообще научное изучение иностранного права видятся наиболее желательным основанием правовой рецепции. Иными словами, законодательная реформа должна опираться на признанные и поддерживаемые широким юридическим сообществом выводы и рекомендации отечественной юриспруденции относительно правовых заимствований. О состоянии доктрины можно судить не только по тому, что сделано, но и по тому, что не сделано. Слабость отечественной цивилистической доктрины, которая не позволяет осуществлять заимствования в области гражданского права указанным образом, предстает характерной чертой постсоветского правового устройства. Эхо известных слов В.И. Ленина слышится до сих пор: «Мы ничего “частного” не признаем, для нас *все* в области

[1] С этой точки зрения, Ф.К. Савиньи не был слишком далек от истины, когда объявил «право юристов», то есть юридическую доктрину, продолжением и развитием исконно народного права (Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. С. 299).

[2] Habermas J. Between facts and norms: contribution to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, 1996. P. 351.

[3] Цит. по: Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. I. Вып. I. СПб., 1902. С. 174.

хозяйства есть *публично-правовое*, а не частное. Мы допускаем капитализм *только* государственный, а государство – это мы»[1].

Правовые заимствования и авторитет в праве

В духе схоластического преклонения перед авторитетом книжного слова средневековая западноевропейская юриспруденция относилась к Своду Юстиниана как «священной книге, юридической Библии, не имеющей никаких недостатков»[2]. П. Гудрих приводит слова французского юриста-гуманиста XVI в. Франсуа Отмана из работы «Анти-Трибониан», который высмеивает это благоговение перед компиляцией римского права: «Книги были первоначально опубликованы Ирнерием, оригинал охранялся как священная и ценная реликвия, показывался очень редко в окружении свечей и факелов. Так древние жрецы показывали свои законы верным последователям»[3]. Средневековая университетская рецепция римского права хорошо обнаруживает свойственную юридическому мышлению зависимость от авторитета: «Несомненная отличительная черта юристов состоит в том, что они предпочитают не думать, будто они сами по себе (*standing alone*) или принимаемые ими решения опираются только на их собственные ограниченные соображения (*reasoning power*). ... Заимствования высвечивают огромную значимость роли, которую авторитет играет в правовой области»[4]. Напрашивается параллель с нынешним этапом реформирования российского гражданского законодательства. Западноевропейские, особенно английские, иногда также американские частноправовые достижения и конструкции действуют на авторов и сторонников текущей реформы почти гипнотически: слепое восхищение частным правом западных стран делает здравое критическое размышление относительно правовой рецепции практически невозможным. Результатом оказывается поверхностность и непродуманность правовых заимствований, повторение слов, а не воспроизведение сути. Ситуация осложняется тем, что, в отличие от средневековой рецепции римского права в Западной Европе, современная торопливая рецепция запад-

---

[1] Ленин В.И. О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики. Письмо Д.И. Курскому // Полное собрание сочинений. Т. 44. М., 1982. С. 398 (сохранен курсив оригинала).

[2] Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. С. 137.

[3] Goodrich P. Anti-Teubner: autopoiesis, paradox, and the theory of law // Social Epistemology. 1999. Vol. 13. No. 2. P. 206–207.

[4] Watson A. Legal Transplants. P. 99.

ноевропейского частноправового регулирования российским правопорядком осуществляется сразу на законодательном уровне, минуя юридическую доктрину. В итоге законодательное регулирование запутывается, правоприменение осложняется, усилия доктрины и судов отвлекаются на исправление ошибок законодателя вместо того, чтобы развивать отечественное гражданское право на основе долгожданных прогрессивных законов. Некоторые недавние изменения ГК РФ служат хорошей иллюстрацией. Статья 429.2 ГК РФ ввела в российское гражданское право новый институт: опцион на заключение договора[1]. Источником воодушевления составителей служил хорошо известный коммерческой практике юридический механизм, на английский манер именуемый опционом (*option*). В английском частном праве опцион – это твердая (безотзывная) оферта (*firm offer*), то есть оферта, которую нельзя отозвать в течение определенного установленного для акцепта срока. Правило английского права о твердой оферте является исключением из общего правила об отзывности оферты, согласно которому оферент вправе отменить оферту в любое время до акцепта[2]. Твердая оферта предоставляет получателю оферты дополнительную возможность, которую не только можно оценить в деньгах, но даже нужно оплатить по правилу о встречном предоставлении (*consideration*) ради судебной защиты. Поэтому про получателя твердой оферты говорят, что он «купил опцион»[3]. Бездумное повторение иностранных слов – похожим образом дети повторяют слова взрослых[4] – сыграло с авторами рассматриваемого изменения ГК РФ злую шутку: появление особой статьи об опционе тем более удивительно, что ст. 436 ГК РФ устанавливает общее правило о безотзывности оферты. Иначе говоря,

---

[1] Часть 1 пункта 1 статьи 429.2 ГК РФ: «В силу соглашения о предоставлении опциона на заключение договора (опцион на заключение договора), одна сторона посредством безотзывной оферты предоставляет другой стороне право заключить один или несколько договоров на условиях, предусмотренных опционом. Опцион на заключение договора предоставляется за плату или другое встречное предоставление, если иное не предусмотрено соглашением, в том числе заключенным между коммерческими организациями. Другая сторона вправе заключить договор путем акцепта такой оферты в порядке, в сроки и на условиях, которые предусмотрены опционом».

[2] Poole J. Textbook on Contract Law. Oxford, 2012. P. 58.

[3] Beatson J. Anson's Law of Contract. Oxford, 2002. P. 53.

[4] Ильенков Э.В. Учиться мыслить! // Философия и культура. М., 1991. С. 49–50. «Малыш свято верит в то, что ему говорит о вещи взрослый, послушно повторяя за ним все те слова, которые он слышит, хотя эти слова никак не выражают его собственных восприятий. Он повторят их, попросту говоря, бессмысленно... Слова и фразы он послушно повторяет вслед за взрослым – тот для него абсолютно непререкаемый авторитет».

опцион в смысле английского права, то есть безотзывная оферта, уже давно известен российскому гражданскому законодательству. Если цель состояла в прямом разрешении платной безотзывной оферты или передачи адресатом права на заключение договора другому лицу, вместо отдельной статьи об опционе с туманными перспективами правоприменения следовало бы включить соответствующие положения в ст. 436 ГК. Упоминание в ст. 429.2 ГК РФ соглашения, на основании которого якобы предоставляется опцион, делает различие между опционом на заключение договора и еще одним нововведением – опционным договором (ст. 429.3 ГК РФ) – практически неуловимым. Итак, новая ст. 429.2 ГК РФ об опционе добавляет к имеющимся правилам об оферте в основном лишь путаницу и модное слово.

Другой пример словесного правового заимствования, состоящего в переписывании слов, а не переносе правового института, – открытая лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства (ст. 1286.1 ГК РФ)[1]. Образцом служила юридическая конструкция свободного (открытого) программного обеспечения[2], впервые утвердившаяся в американском правопорядке. СПО противостоит традиционному закрытому программному обеспечению, распространение которого ориентировано на ограничение прав пользователей ради имущественных интересов правообладателей программ. В настоящее время очевидные отрицательные последствия отчасти поколебали основания исключительного авторского права (*copyright*), в том числе применительно к программам для ЭВМ. Исключительное авторское право препятствует свободе информации и творчества, углубляет имущественное неравенство, делая богатых богаче, а бедных – беднее, кроме того, служит питательной средой для монополий (известный пример: *Microsoft Corporation*). Этическая направленность СПО на утверждение большей свободы в общественной жизни сочетается

[1] Пункт 1 статьи 1286.1 ГК РФ: «Лицензионный договор, по которому автором или иным правообладателем (лицензиаром) предоставляется лицензиату простая (неисключительная) лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства, может быть заключен в упрощенном порядке (открытая лицензия). Открытая лицензия является договором присоединения. Все ее условия должны быть доступны неопределенному кругу лиц и размещены таким образом, чтобы лицензиат ознакомился с ними перед началом использования соответствующего произведения. В открытой лицензии может содержаться указание на действия, совершение которых будет считаться акцептом ее условий (статья 438). В этом случае письменная форма договора считается соблюденной»; ч. 1 п. 2 ст. 1286.1 ГК РФ: «Предметом открытой лицензии является право использования произведения науки, литературы или искусства в предусмотренных договором пределах».

[2] Далее – СПО.

с широкой популярностью этого юридического инструмента в практике производства и распространения программ для ЭВМ. Поэтому СПО представляет собой одну из важнейших новаций в авторском праве за последние десятилетия, которая, по всей видимости, намечает перспективы дальнейшего развития этой области правового регулирования. Юридический механизм СПО существует не ради защиты исключительных прав авторов или иных правообладателей программ для ЭВМ, а ради беспрепятственной разработки, использования и распространения программ в интересах всего общества. СПО предполагает добровольное сотрудничество между программистами в целях создания и доработки программ для ЭВМ, позволяя посредством программирования зарабатывать деньги, но не делать состояния. С юридической стороны этические идеалы СПО выражаются в свободах программного обеспечения, то есть правах пользователя (лицензиата), закрепленных в лицензии (лицензионном договоре) на программу. СПО распространяется по свободной (открытой) лицензии, под которой понимается лицензия, предусматривающая четыре права (свободы) пользователя: а) запускать программу в любых целях; б) изучать и изменять программу в форме исходного кода; в) распространять точные копии программы; г) распространять измененные версии программы. В некоторых свободных лицензиях указанные свободы дополняются правилом авторского лева (*copyleft*), которое обязывает получателя программы сохранять эти свободы для последующих пользователей в ходе дальнейшего лицензирования программы[1]. Действовавшее российское законодательство не создавало препятствий для свободного лицензирования, все же законодателю опять не удалось устоять перед искушением модными словами. Основная проблема ст. 1286.1 ГК РФ состоит в отсутствии указания на свободы программного обеспечения, закрепление которых в лицензионном договоре позволяет квалифицировать такой договор как свободную (открытую) лицензию. Поэтому ст. 1286.1 ГК РФ ограничивается словесной эквилибристикой без какой-либо попытки определить открытую лицензию по существу, тем более, без прояснения особенностей свободных (открытых) лицензий на другие произведения (объекты авторского права), помимо программ для ЭВМ. Открытая лицензия в смысле ст. 1286.1 ГК РФ отличается от обычного лицензионного договора (п. 1 ст. 1286 ГК РФ) лишь некоторыми второстепенными признаками, большей частью не отражающими юридическое своеобразие СПО. Парадоксальным образом такая открытая

[1] Подробнее см.: Rosen L. Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law. Upper Saddle River, 2004. P. 1–11, 41–71.

лицензия может оформлять передачу прав на использование закрытых программ для ЭВМ.

Авторитеты имеют значение, однако в сфере права, как в любом деле, внимание к авторитетам не отменяет необходимость самостоятельного рассуждения, не должно превращаться в слепое подражание и повторение авторитетных слов. Знакомство с развитым иностранным правом нужно не для того, чтобы переписать чужое правовое регулирование, а чтобы найти вдохновение для собственного юридического творчества. Тоталитарный советский строй приучал граждан к беспрекословному выполнению приказов власти. Советская власть исчезла, но привычка осталась, для юристов по гражданскому праву лишь поменялись авторитеты: авторитет престижных западных образцов вытеснил авторитет политической власти. Главной ценностью правовой культуры постсоветских юристов остается авторитет. Подчинение юридического мышления любым авторитетам, кроме собственного авторитета права, мешает преодолеть свойственный постсоветской эпохе правовой нигилизм.

Правовые заимствования и правовые принципы

Характерная черта западноевропейской рецепции римского права состояла в отношении к Своду Юстиниана как действующему (позитивному) праву[1]. Схоластический подход обязывал средневековых ученых-юристов представить компиляцию римского права как не имеющий противоречий и пробелов текст, содержание которого подчиняется правилам формальной логики[2]. В связи с этим, помимо объяснения встречающихся в авторитетном тексте непонятных слов, доктринальная обработка *Corpus Iuris Civilis* сосредоточена на двух основных задачах. Во-первых, решение любого практического казуса, включая регулирование новых, неизвестных римским юристам ситуаций, следовало обнаружить в Своде Юстиниана. Во-вторых, каждый фрагмент компиляции нужно терминологически согласовать с другими фрагментами, то есть объяснить в общих терминах[3]. Например, Аккурзий дополняет классический текст: «Помпоний тоже говорит, что относительно цены покупки и продажи сторонам естественно обходить (обманывать) друг друга»[4], следующим уточнением: «...если нет обмана больше, чем на

[1] Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. С. 189.

[2] Там же. С. 177.

[3] Gordley J. The Jurists: A Critical History. Oxford, 2013. P. 31–32.

[4] D. 4.4.16.4 (цит. по: Дигесты Юстиниана. Т. I. М., 2002. С. 475).

половину справедливой цены»[1]. Это добавление устраняет несоответствие между приведенным положением Дигест и правилом Кодекса Юстиниана о возврате земельного участка, проданного меньше чем за половину справедливой цены[2]. Уже в XII в. юристы обобщили последнее правило, допустив его применение к продаже не только земли, но и другого имущества, а также не только ради защиты интересов продавца, но и покупателя. В результате этой работы над римским текстом возник правовой институт *laesio enormis*[3]. Сформулированные в ходе подобной ученой обработки Свода Юстиниана принципы служили упорядочиванию и систематизации правового материала – здесь принципы означают общие правила для дедуктивного выведения конкретных юридических предписаний[4]. Такие принципы права видятся ничуть не более абсолютными или безусловными, чем логически выведенные из них частные правоположения.

Объяснение посредством принципов стало основной задачей поздних схоластиков, которые в правовой области занимались совмещением истолкованного средневековыми юристами римского и канонического права с этическими воззрениями Аристотеля и Фомы Аквинского. Если правила удается вывести из философского принципа, такие правила, по утверждению поздних схоластиков, относятся к естественному праву. Все прочие положения принадлежат изменчивому позитивному праву, то есть могут быть такими или иными в зависимости от случайных обстоятельств места и времени, ибо не имеют принципиального обоснования. Поэтому для поздних схоластиков, в отличие от средневековых глоссаторов и комментаторов, одни положения Свода Юстиниана оказываются важнее других[5]. Некоторые предложенные поздними схоластиками принципиальные объяснения выдержали проверку временем, например, признание неосновательного обогащения особым правовым институтом наравне с договором и гражданским правонарушением[6]. Однако неудачи на этом пути не менее поучительны, потому что показывают ненадежность логического выведения из принципов в качестве приема юридического мышления. Несколько положений Дигест предусматривают безвиновную

[1] Gordley J. The Jurists. P. 35.

[2] C. 4.44.2.

[3] Gordley J. Op. cit. P. 35.

[4] Михайлов А.М. Указ. соч. С. 171–172.

[5] Gordley J. Op. cit. P. 82–84.

[6] Ibid. P. 86.

ответственность за вред, причиненный, говоря современным языком, деятельностью, которая создает повышенную опасность для окружающих. Например, подлежит возмещению ущерб жизни или здоровью прохожего, причиненный выброшенной из дома вещью или вылитой жидкостью; а также возмещается вред, нанесенный животным; полагается также возместить ущерб от падения предметов, размещенных над улицей, например, выложенных на навесе[1]. Поскольку поздние схоластики руководствовались принципом, что только виновные (умышленные или неосторожные) действия влекут ответственность, но никак не случайное причинение вреда, оказалось затруднительным принципиально обосновать приведенные положения Дигест, по меньшей мере, для случаев, когда неосторожность ответчика исключалась. В итоге поздние схоластики согласились, что правила о безвиновной ответственности относятся не к естественному праву, а к позитивному римскому праву. Лишь Молина высказал с современной точки зрения верное предположение об опасной деятельности, но не встретил понимания[2]. Итак, наличное правовое регулирование иногда не укладывается в прокрустово ложе принципов. Однако поспешно и опрометчиво делать на этом основании вывод о неразумности конкретных правил, когда следует усомниться в разумности принципов.

Заложенный поздними схоластиками формально-логический рационалистический подход[3] был отчасти продолжен теоретиками рационалистического естественного права Нового времени, такими как Г. Гроций и С. Пуфендорф[4]. Некоторые заявленные ими как самоочевидные принципы права также кажутся сомнительными. Например, касаясь момента перехода права собственности на проданную вещь, Г. Гроций отмечает: «...собственность при купле и продаже может переходить без передачи вещи в момент заключения самого договора, и таков простейший способ»[5]. Вопреки сказанному многие национальные законодательства придерживаются применительно к моменту перехода собственности системы передачи, а вовсе не системы соглашения. Якобы простейший способ оказывается не самым лучшим. В отличие от поздних схоластиков, теоретиков рационалистического естественного права интересовали скорее начала

[1] D. 9.3.1.pr; D. 9.1; D. 9.3.5.6–13.

[2] Gordley J. Op. cit. P. 92–93.

[3] Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 70–71.

[4] Gordley J. Op. cit. P. 128.

[5] Гроций Г. О праве войны и мира. М., 1994. С. 348.

природы и разума вообще[1], чем определенные принципы этики; и в отличие от средневековых юристов, предметом их занятий было не римское право, а естественное право[2]. Это обеспечило два важных изменения. Во-первых, принципы потеряли в ясности и точности; поэтому, несмотря на уверения в обратном, становится очевидной невозможность логически правильно выводить правовое регулирование из принципов[3]. Во-вторых, изложение права стало проще и впервые доступно не только для ученого или юриста, но вообще для любого образованного гражданина: «Юснатуралисты (то есть Г. Гроций и С. Пуфендорф. – *В.С.*) познакомили неспециалистов с правом, но сделали это без точности, ожидаемой специалистом»[4].

Тем самым Г. Гроций и С. Пуфендорф приблизились к осуществлению идеала общедоступного и простого юридического знания, однажды вдохновившего другое направление европейской правовой мысли, которое предшествовало рационалистическому естественному праву, – юридический гуманизм[5]. В согласии с основными идеями эпохи Возрождения школа юридического гуманизма преследовала три задачи. Во-первых, филологическое исследование и критика *Corpus Iuris Civilis*; во-вторых, историческое изучение римского права как отражение римского времени и культуры, то есть не как современное позитивное право[6]; в-третьих, реформирование юридического образования в соответствии с призывом Цицерона превратить гражданское

---

[1] Ср. Там же. С. 45–46: «К числу свойств, присущих человеку, относится стремление к общению, или, что то же, общительность, но не всякая общительность, а именно – стремление к спокойному и руководимому собственным разумом общению человека с себе подобными... [Н] аряду со свойственной ему преобладающей наклонностью к общению, для чего он один среди всех живых существ одарен особым органом речи, следует признать присущую ему способность к знанию и деятельности согласно общим правилам...».

[2] Gordley J. Op. cit. P. 130–131.

[3] Ibid. P. 132–139 ; ср. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. С. 222: «...вопреки декларациям об использовании дедукции из принципов общения и других естественно-правовых идей многие представители естественно-правовой школы в действительности оставались в границах индуктивно полученного материала, давно известных положений римского права...».

[4] Gordley J. Op. cit. P. 140.

[5] Общие сведения о школе юристов-гуманистов см.: Михайлов А.М. Указ. соч. С. 201–214.

[6] В этой связи юридические гуманисты, во-первых, сомневались в универсальной пригодности римского права, отстаивая своеобразие национального, в частности, французского, правового регулирования; во-вторых, обвиняли Трибониана, руководившего составлением Свода Юстиниана, в искажении римского юридического наследия: «Важен отнюдь не одобренный Юстинианом текст, но сказанное великим Ульпианом на 300 лет раньше» (Stein P. Legal Humanism and Legal Science. P. 303).

право в науку[1]. Устремления юристов-гуманистов имели мало общего с тогдашней юридической практикой, которая по-прежнему опиралась на труды средневековых юристов: «Таким образом, ученый мог быть гуманистом, но практик должен был быть бартолистом (*Bartolist*)»[2]. Юристам-гуманистам также не удалось в полной мере реализовать свою исследовательскую программу, которая одновременно предполагала выполнение таких разных задач, как полное историческое объяснение римских юридических текстов и приведение римского права в понятную и стройную научную систему[3]. Тем не менее благодаря историческим и гуманистическим ориентирам юридический гуманизм заложил основу для позднейшего объединения правовой теории и практики. «Все же в долгосрочной перспективе, – заключает П. Штайн, – именно гуманистическое движение изменило право и отношение юристов к праву. Отвлекаясь от улучшения текстов посредством филологических приемов, исторический подход к праву и идея, что законы соответствуют традиции каждого общества, принесли плоды в связи с работами Монтескье и Адама Смита в восемнадцатом столетии и Савиньи и Мэйна в девятнадцатом. Юристы полагают самоочевидным, что право нужно толковать в социальном контексте. Стремление к упрощению внешнего выражения права (*the form of law*) и его изложению без антикварных излишеств стало источником кодификационных и законотворческих усилий в восемнадцатом веке. Историк идей без труда найдет в работе юридических гуманистов семена многого, что впоследствии изменило лицо юридической науки»[4].

Гуманистическая направленность этой школы связана с целью юристов-гуманистов сделать познание права частью гуманитарного образования (*studia humanitatis*), которое служит воспитанию деятель-

---

[1] Подробнее см.: Stein P. Legal Humanism and Legal Science. P. 302–303 ; Gordley J. Op. cit. P. 111–115. Цицерон написал недошедшее до нас сочинение «О приведенном в научный вид гражданском праве» (De iure civile in artem redigendo) (Ibid. P. 18).

[2] Stein P. Legal Humanism and Legal Science. P. 304. Поговорка XVI в. гласила: «Нет юриста, кроме бартолиста» (Nemo jurista nisi Bartolista) (Kelley D.R. Jurisconsultus Perfectus: The Lawyer as Renaissance Man // Journal of the Warburg and Courtauld Institutes. Vol. 51. 1988. P. 87). Также Gordley J. Op. cit. P. 115. «Гуманисты часто считали цивилистов невежественными, тогда как цивилисты зачастую видели в гуманистах скорее грамматиков, чем юристов». Основные сведения о методе комментаторов-бартолистов, последователей Бартола, т.н. итальянском методе (mos italicus), см.: Михайлов А.М. Указ. соч. С. 167–172. Поскольку большинство юристов-гуманистов были французами, новаторский подход юридического гуманизма именовался французским методом (mos gallicus) (Gordley J. Op. cit. P. 118).

[3] Gordley J. Op. cit. P. 127.

[4] Stein P. Op. cit. P. 305–306.

ного, добродетельного и благородного гражданина, свободного и гармонично развитого человека[1]. Преобладающее внимание к трудам Цицерона объясняется убеждением в основополагающем значении риторики для понятой подобным образом гуманитарной образованности: «...столь характерный для Ренессанса (и чуть-чуть эйфорический) идеал uomo universale, человека, который знает все, умеет все, пробует себя во всем – идеал, выраженный в программе обучения Пантагрюэля, – есть идеал риторический»[2]. Юридические гуманисты, такие как

[1] Kelley D.R. Jurisconsultus Perfectus: The Lawyer as Renaissance Man. P. 90. «"Новая юриспруденция" французской школы не только отталкивалась от гуманизма как отправной точки, но также утверждала, что право входит в число гуманитарных наук (humanities), в особенности как раздел моральной философии». О педагогических подходах эпохи Возрождения см.: Ревякина Н.В. Античные источники итальянской гуманистической педагогики XV в. // Античное наследие в культуре Возрождения. М., 1984. С. 66–79.

[2] Аверинцев С.С. Античный риторический идеал и культура Возрождения // Античное наследие в культуре Возрождения. С. 151. Цицерон восхваляет оратора: «...необходимо усвоить себе самые разнообразные познания, без которых беглость в словах бессмысленна и смешна; необходимо придать красоту самой речи, и не только отбором, но и расположением слов; и все движения души, которыми природа наделила род человеческий, необходимо изучить до тонкости, потому что вся мощь и искусство красноречия в том и должны проявляться, чтобы или успокаивать, или возбуждать души слушателей. Ко всему этому должны присоединяться юмор и остроумие, образование, достойное свободного человека, быстрота и краткость как в отражении, так и в нападении, проникнутые тонким изяществом и благовоспитанностью. Кроме того, необходимо знать всю историю древности, чтобы черпать из нее примеры; нельзя также упускать знакомства с законами и гражданским правом. Нужно ли мне еще распространяться о самом исполнении, которое требует следить и за телодвижениями, и за жестикуляцией, и за выражением лица, и за звуками и оттенками голоса? ... Наконец, что сказать мне о сокровищнице всех познаний – памяти? Ведь само собой разумеется, что если наши мысли и слова, найденные и обдуманные, не будут поручены ей на хранение, то все достоинства оратора, как бы ни были они блестящи, пропадут даром. Поэтому перестанем недоумевать, отчего так мало людей красноречивых: мы видим, что красноречие состоит из совокупности таких предметов, из которых даже каждый в отдельности бесконечно труден для разработки» (Цицерон. Об ораторе // Эстетика: Трактаты, Речи, Письма. М., 1994. С. 165–166). Ср. взвешенные суждения Ульриха Цазия, немецкого юриста-гуманиста, касательно соотношения красноречия и юриспруденции: «Необходима тесная связь науки о праве с подлинным образованием в области языка. Тот, кто просмотрит любую книгу Пандектов, обнаружит в ней столько свидетельств точного способа выражения мыслей и истинного красноречия, что ему будет очень трудно решить, что же в большей мере заслуживает хвалы – выяснение сути дела, о котором там идет речь, или сама форма высказывания. Что касается меня, то я ценю и то, и другое. Форма соревнуется с содержанием в равном уровне совершенства. Существуют два важнейших устремления людей, которые римское право связывает друг с другом и которые в наши дни доверены заботам юриспруденции: это упорядоченность жизни и достоинство языка. Точно так же, как предписания Свода [Юстиниана] ... вносят порядок во всю жизнь людей и придают ей некую истинную меру, так и язык этих книг регулирует силу и дисциплину речи и очищает ее. Это дело несказанной ценности, которое ныне еще не может быть до конца оценено по достоинству» (Цазий У. Плоды трудов в ночные часы // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V–XVII вв. М., 1999. С. 719).

Гуго Донелл и Франсуа Коннан, приступили к систематизации материала *Corpus Iuris Civilis*, чтобы понятным и научным образом изложить римское право не ради обучения специалистов, а ради общего гуманитарного образования[1]. В этой связи юристы-гуманисты возродили интерес к Институциям Юстиниана, которыми пренебрегали в школе комментаторов[2]. Источником вдохновения служили слова Цицерона о необходимости систематического представления гражданско-правового регулирования: «...когда найдется человек, который разделит все гражданское право на несколько родов, которых будет очень немного, потом расчленит эти роды на виды, а затем даст определение содержанию каждого рода и вида, тогда в нашем распоряжении будет совершенная наука гражданского права, и она будет не трудна и темна, а обширна и обильна»[3]. Поставленная цель не была достигнута[4], однако важность и актуальность задуманного трудно переоценить.

В поисках общепонятного объяснения правового регулирования юридический гуманизм подчиняет позитивное право требованию разумности[5]. Через несколько веков Г. Гегель ясно выразит кредо юристов-гуманистов: «В праве человек должен найти свой разум, должен, следовательно, рассматривать разумность права...»[6]. Отношение к наличному правовому регулированию как разумному явлению предполагает критическое отношение к юридическим текстам, стремление сообразовывать поведение не с правовыми предписаниями как таковыми, а с выраженными в них принципами[7]. В этом смысле Р. Дворкин

---

[1] Gordley J. The Jurists. P. 115, 119.

[2] Stein P. Op. cit. P. 303.

[3] Цицерон. Указ. соч. С. 204.

[4] Gordley J. The Jurists. P. 120. «Оказалось невозможным дать систематическое и принципиальное объяснение римского права, которое точно соответствует юридическим текстам, общепонятно и не содержит абстрактных и технических принципов».

[5] Ср. Цазий У. Специфические понятия права // Антология мировой правовой мысли. С. 718. «Прежде всего я утверждаю, что должен зависеть только от текста источника, в остальном же основываться на одном лишь разуме... Ведь в юриспруденции истину черпать следует только из самого текста источника и из разума, а не из авторитета ученых докторов».

[6] Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990. С. 57 (сохранен курсив оригинала).

[7] Ср. Кант И. Основы метафизики нравственности // Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 1. М., 1965. С. 250. «Каждая вещь в природе действует по законам. Только разумное существо имеет волю, или способность поступать согласно представлению о законах, то есть согласно принципам. Так как для выведения поступков из законов требуется разум, то воля есть не что иное, как практический разум». Также: Гегель Г.В.Ф. Указ. соч. С. 57. «Существуют законы двоякого рода: законы природы и законы права... Чтобы знать, в чем состоит закон природы, мы должны постигнуть природу, ибо эти законы верны;

говорит о правоприменении как «творческом толковании» (*creative* или *constructive interpretation*)[1]. Продолжая этот ход рассуждения, В. Эвальд находит емкую формулу различия между юридическими правилами и принципами: «...правила (*rules*) говорят, *что* должно быть сделано, а принципы объясняют *почему*»[2].

Как отражение разумности принципы права (правовые принципы) не могут быть любыми. Ограничение предопределено свойством права как особого дела, которое – как всякая обособленная сфера человеческой деятельности – следует собственной разумности, сопротивляющейся попыткам подчинить правовое регулирование внеправовой целесообразности и вообще посторонним соображениям[3]. Правовая разумность или справедливость одинакова для специалиста и обывателя, равно как выражающие ее правовые принципы. Проведенное В. Эвальдом различие между основаниями принятия закона (*enactment reasons*) и основаниями соблюдения закона (*obedience reasons*)[4] представляется необоснованным, потому что допускает правоприменение без проверки правового регулирования на разумность. С одной стороны, законодатель или правоприменитель, любые другие профессионалы юридической работы могут исходить из странных или

ложными могут быть лишь наши представления о них. Мерило этих законов находится вне нас, и наше познание ничего им не прибавляет, ни в чем не способствует им: глубже может стать только наше познание их. Знание права, с одной стороны, такое же, с другой – иное. Мы узнаем эти законы тоже просто такими, как они есть: так более или менее знает их гражданин, и изучающий позитивное право юрист также исходит из того, что дано. Различие между этими двумя типами законов состоит в том, что при изучении правовых законов ... уже само различие законов заставляет обратить внимание на то, что они не абсолютны. Правовые законы – это законы, идущие от людей. Внутренний голос может либо вступить с ними в коллизию, либо согласиться с ними. Человек не останавливается на налично сущем, а утверждает, что внутри себя обладает масштабом правого: он может подчиниться необходимости и власти внешнего авторитета, но никогда не подчиняется им так, как необходимости природы, ибо его внутренняя сущность всегда говорит ему, как должно быть, и он в себе самом находит подтверждение или неподтверждение того, что имеет силу закона».

[1] Dworkin R. Law's Empire. Cambridge, 1986. P. 47, 52, 90. Историческое исследование, подробно показывающее родство правового учения Р. Дворкина и взглядов английских юристов-гуманистов, см.: Walters M.D. Legal Humanism and Law-as-Integrity // The Cambridge Law Journal. 2008. Vol. 67. No. 2. P. 352–375.

[2] Ewald W. Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat? // University of Pennsylvania Law Review. 1995. Vol. 143. P. 2130.

[3] Ср. философское объяснение относительной самостоятельности каждой науки: Ильенков Э.В. Диалектика абстрактного и конкретного в научно-теоретическом мышлении. М., 1997. С. 176–188.

[4] Ewald W. Op. cit. P. 2130.

необычных представлений о правовой разумности, выдавая за принципы права собственные предпочтения и убеждения. Однако поскольку ожидается, что правовое регулирование применяется на практике, а не остается на бумаге как мертвый закон, с профессиональной точки зрения нельзя не учитывать представления о правовой разумности обычных граждан, вынужденных соблюдать предписанные правила поведения. Иначе говоря, эффективность закона зависит от разумности закона в понимании обывателя[1]. В этой связи Ю. Хабермас отмечает: «...фактическая действительность (*de facto validity*) или фактическое соблюдение изменяется вместе с изменением веры людей в обоснованность (*legitimacy*) [закона], а эта вера, в свою очередь, основывается на предположении, что данная норма оправдана. Чем менее обоснованным является правопорядок, или хотя бы считается таковым, тем больше требуется других факторов, таких как устрашение, сила обстоятельств, обычай и простая привычка, чтобы добиться выполнения»[2].

С другой стороны, ожидания обывателя могут быть неразумными, а суждения о правовых принципах ложными, потому что правотворчество и правоприменение требует специальных познаний, отражающих юридический опыт человечества. Всевозможные размышления и мысли о праве не находят поддержки и осуществления к удивлению и возмущению людей, которым они кажутся истинными, поскольку не согласуются с сущностью правового регулирования. «Может показаться, – продолжает Г. Гегель, – что понимание права как мысли открывает путь к случайным мнениям, однако истинная мысль не есть мнение о предмете, а понятие самого предмета. Понятие предмета не дается нам от природы. У каждого человека есть пальцы, он может получить кисть и краски, но это еще не делает его художником. Так же обстоит дело и с мышлением. Мысль о праве не есть нечто такое, чем каждый обладает непосредственно; лишь правильное мышление есть знание и познание предмета, и поэтому наше познание должно быть научным»[3].

Принципы права нельзя смешивать с политическими соображениями. Правовое регулирование выражает общее благо, понимаемое как итог согласования частных интересов на основе разумных правил ради свободного осуществления каждого интереса[4]. Напротив, поли-

---

[1] Подробнее о проблеме эффективности законодательства см.: Лапаева В.В. Социология права. М., 2000. С. 209–223.

[2] Habermas J. Between facts and norms. P. 30.

[3] Гегель Г.В.Ф. Указ. соч. С. 58.

[4] Подробнее о юридическом понятии общего блага см.: Нерсесянц В.С. Философия права. С. 95–102.

тика видится процессом согласования частных интересов, где каждый преследует свою пользу[1]. Политики часто говорят о государственных или общественных интересах, но речь идет об общественной пользе, а не общем благе. Злоупотребление полицейскими полномочиями или подавление инакомыслия иногда служит общественной пользе, но никогда не способствует общему благу. Если определенное видение общественной пользы утверждается силой или навязывается иным образом, общественный интерес не отличается от частного интереса, пусть интереса большей части общества. Нечто подобное происходит также при догматическом насаждении правовых принципов, которые в этом случае служат преимущественно политическим инструментом. Только политика как диалог ведет к праву – выяснение соответствующих условий и процедур составляет основное содержание теории совещательной политики (*deliberative politics*) или совещательной демократии Ю. Хабермаса[2]. Метафора поможет разъяснить различие между правом и политикой. Если общество – это дорожное движение, то движение как таковое (направление, скорость, остановки, повороты) находится в сфере политики и частной или общественной пользы, а правила дорожного движения – это область права и общего блага.

Ориентирами правотворчества и правоприменения являются правовые принципы, а не политические соображения. Иначе право подчиняется политике, что равнозначно забвению собственной разумности права. Политические соображения играют в правовой области роль второго плана как отражение своеобразных обстоятельств места и времени, которые необходимо учитывать при конкретизации правовых принципов ради эффективного правового регулирования. Например, в разных странах (или в одной стране с течением времени) разное налогообложение признается справедливым. Возможность ограничения прав и свобод человека[3] не свидетельствует о конкуренции между правами и свободами (как принципами права) и общественной пользой как противостоящей ценностью. Речь идет об ограничении во имя других прав и свобод или прочих правовых принципов (основ конституционного строя), в том числе для защиты правопорядка в дан-

[1] Подробное объяснение политического процесса см.: Habermas J. Op. cit. P. 157–168.

[2] Подробнее см.: Ibid. P. 287–328.

[3] Пункт 3 статьи 55 Конституции: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

ных своеобразных обстоятельствах[1]. Например, ничтожность сделки, противоречащей основам нравственности (ст. 169 ГК РФ), нельзя понимать буквально как последствие нарушения исторически сложившихся нравственных предписаний. Отсылкой к нравственности закон образно указывает на гуманистические начала правового регулирования, которые иногда смешиваются с нравственностью или моралью[2]. Лишь такое толкование оснований для ограничения прав и свобод человека совместимо с их основополагающим значением в деятельности органов власти[3]. Поэтому недопустимо превращать политические соображения в основания юридических решений, в том числе посредством включения в законы политически мотивированных формулировок, подменяя правовые принципы всегда субъективными представлениями об общественной пользе[4]. Итак, ключевое различие между правовыми принципами и политическими соображениями состоит в том, что правовые принципы безусловны, имеют всеобщее значение, то есть важны для каждого члена общества, тогда как политические

---

[1] Изложенное понимание оснований для ограничения права и свобод человека близко к позиции Р. Дворкина, который рассматривает отдельные индивидуальные права как «козыри (trumps), преобладающие над политическими решениями, права, которые правительство обязано уважать в каждом деле и решении» (Dworkin R. Op. cit. P. 223). Также: Habermas J. Op. cit. P. 259: «Действительно, не любое право перевесит любую общественную пользу (collective good) в ходе обоснования конкретных решений. Однако право не будет преобладать, только если первенство общественной пользы перед соответствующей нормой само оправдано в свете более высоких норм или принципов».

[2] Ср. И. Кант о категорическом императиве как моральном (нравственном) предписании и одновременно принципе позитивного права (Кант И. Основы метафизики нравственности. С. 254–255 ; Его же. Метафизика нравов в двух частях // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 140).

[3] Статья 18 Конституции: «Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием».

[4] Также см.: Tuori K. Fundamental Rights Principles: Disciplining the Instrumentalism of Policies // Fundamental Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives / ed. by A.J. Menéndez, E.O. Eriksen. Oslo, 2014. P. 72–75. В российском законодательстве примером неприкрытого вытеснения правовых принципов политическими соображениями являются относительно недавние изменения ст. 3 Трудового кодекса, предусматривающей запрет дискриминации в сфере труда. Обновленный третий абзац указанной статьи удивляет откровенностью: «Не являются дискриминацией установление различий, исключений, предпочтений, а также ограничение прав работников ... в целях ... поддержания оптимального баланса трудовых ресурсов, содействия в приоритетном порядке трудоустройству граждан Российской Федерации и в целях решения иных задач внутренней и внешней политики государства (!)».

соображения обусловлены изменчивыми обстоятельствами, значимы лишь для их сторонников[1].

Помимо свойства правовых принципов выражать разумность права, отличительная черта правовых принципов состоит в том, что основанные на них правила могут не следовать из принципов с логической необходимостью, то есть не выводиться дедуктивным образом[2]. В противном случае приверженные одинаковым принципам разные правопорядки (правопорядки западноевропейских стран и проч.) были бы тождественными вплоть до мельчайших деталей. Правила обычно выводятся из принципов посредством индукции, то есть правдоподобного умозаключения, в котором «связь посылок и заключения опирается не на закон логики, а на некоторые фактические или психологические основания, не имеющие чисто формального характера»[3]. Иначе говоря, правовые принципы относятся к области должного, то есть долга, ведь соблюдение правовых принципов не вынуждается ни логической, ни физической необходимостью[4]. Выведение правил из принципов видится творческим процессом конкретизации принципов в данных обстоятельствах места и времени (ср. «правотворчество»)[5], которое основано на «способности суждения» в смысле умения сопоставить и соединить теорию и практику[6]. Подробное разъяснение этого

---

[1] Подробнее см.: Habermas J. Op. cit. P. 255–256.

[2] О дедукции и индукции как видах умозаключения см.: Ивин А.А. Логика: учеб. пособие. М., 2008. С. 51–53. «Дедукция – это выведение заключений, столь же достоверных, как и принятые посылки, индукция – выведение вероятных (правдоподобных) заключений. К индуктивным умозаключениям относятся как переходы от частного к общему, так и аналогия, методы установления причинных связей, подтверждение следствий, целевое обоснование и т.д.» (Там же. С. 53)

[3] Там же. С. 52. «В таком умозаключении, – продолжает А.А. Ивин, – заключение не следует логически из посылок и может содержать информацию, отсутствующую в них. Достоверность посылок не означает поэтому достоверности выведенного из них индуктивно утверждения. Индукция дает только вероятные, или правдоподобные, заключения, нуждающиеся в дальнейшей проверке» (Там же).

[4] Ср. Кант И. Основы метафизики нравственности. С. 251. «Представление об объективном принципе, поскольку он принудителен для воли, называется велением (разума), а формула веления называется императивом. Все императивы выражены через долженствование и этим показывают отношение объективного закона разума к такой воле, которая по своему субъективному характеру не определяется этим с необходимостью (принуждение)».

[5] Также см.: Нерсесянц В.С. Философия права. С. 94.

[6] Ср. Кант И. О поговорке «Может быть это и верно в теории, но не годится для практики» // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 61. «Теорией называют совокупность правил, даже практических, когда эти правила мыслятся как принципы в некоторой всеобщности, и притом отвлеченно от множества условий, которые, однако, необходимо имеют влияние

процесса предлагает Р. Дворкин, согласно которому правовые принципы (а также определенное понимание принципов) связаны с наилучшим оправданием сложившейся юридической практики. В конечном итоге «правовые предписания (*propositions of law*) являются верными, если они выражают (*figure in*) или следуют из принципов справедливости, равноправия и надлежащего правосудия (*justice, fairness and procedural due process*), которые обеспечивают наилучшее творческое истолкование (*the best constructive interpretation*) общественной юридической практики»[1]. Иначе говоря, правовой принцип по Р. Дворкину – это результат толкования права, показывающий истолкованное правовое регулирование в наилучшем свете и служащий основанием нового правового регулирования[2].

Другой подход к пониманию правовых принципов развивает Р. Алекси, который в несколько позитивистском ключе сосредоточен на аналитическом, то есть терминологически-систематическом (*conceptual-systematic*), разъяснении действующего права[3], исключает из теоретического рассмотрения проблему обоснованности правового регулирования[4]. Р. Алекси определяет принципы права как «требования оптимизации» (*optimization requirements*), подразумевая под этим, что принципы могут реализовываться не полностью, но лишь в той степени, в какой это возможно с учетом фактических, а также юридических обстоятельств, то есть насколько не противодействуют другие принципы или правила. Принципы качественно отличаются от правил (*rules*): любое правило выполняется полностью или вообще не выполняется (посредством признания недействительным или созда-

---

на их применение. Наоборот, практикой называется не всякое действование, а лишь такое осуществление цели, какое мыслится как следование определенным, представленным в общем виде принципам деятельности. Что между теорией, как бы совершенна она ни была, и практикой требуется еще посредствующее звено, которое соединяло бы их и составляло бы переход от одной к другой, – это очевидно; в самом деле, к рассудочному понятию, содержащему правило, должно прибавиться действие способности суждения, благодаря которому практик определяет, подходит ли данный случай под правило или нет. А так как для способности суждения не всегда можно дать правила, которыми ей следовало бы руководствоваться при этом подведении частного под общее (потому что этому не было бы конца), то могут найтись теоретики, которые никогда в жизни не станут практичными, потому что им не хватает способности суждения, например врачи или правоведы, которые прошли хорошую школу, но, когда им приходится давать какой-нибудь совет, они не знают, как поступить».

[1] Dworkin R. Law's Empire. P. 225.

[2] Ibid. P. 52.

[3] Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford, 2009. P. 13–18.

[4] Ibid. P. 27–28.

ния исключения)[1]. «Каждая норма, – продолжает Р. Алекси, – является либо принципом, либо правилом»[2]. Игнорирование теорией Р. Алекси связи между правовыми принципами и правовой разумностью выражается в отказе различать принципы и политические соображения (*policies*), на чем настаивает Р. Дворкин. Согласно Р. Алекси, политические соображения в праве действуют как требования оптимизации подобно правовым принципам в строгом смысле по Р. Дворкину. Поэтому, продолжает Р. Алекси, признанные правом общественные интересы (то есть политические соображения) являются правовыми принципами наравне с индивидуальными правами[3]. В этом смысле правовыми принципами оказываются, среди прочего, эффективность уголовной юстиции, поддержание общественного здоровья, борьба с безработицей, бесперебойность поставок энергии, сохранение внутренней структуры вооруженных сил, безопасность государства[4]. Несомненно, здесь наличествуют важные соображения общественной пользы, однако общественная польза может противостоять правам и свободам человека и другим правовым принципам лишь настолько, насколько сама отражает правовые принципы. Иначе права и свободы человека уподобляются соображениям общественной пользы, а право становится служанкой политики[5]. Если преступления или безнаказанность преступников оправдывается общественной пользой, это свидетельствует о непонимании ценности права как нормативной справедливости (справедливости в качестве нормы), что в конечном итоге ведет к духовному упадку человека и общества[6]. Известный роман Ф.М. Достоевского «Преступление и наказание» можно понять как художественное изображение этой проблемы.

Впрочем, разработанная Р. Алекси формализация применения правовых принципов помогает лучше понять процесс выведения правил из принципов и вообще принятия решений на основе принципов. Поскольку правовые принципы в качестве требований оптимизации осуществляются не полностью, но в максимально возможном объ-

---

[1] Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford, 2009. P. 47–49.

[2] Ibid. P. 48.

[3] Ibid. P. 65–66 ; Также см.: Dworkin R. Op. cit. P. 221–224.

[4] Alexy R. Op. cit. P. 65.

[5] Обстоятельные возражения против смешения общественной пользы с правовыми принципами, в том числе критику сложившейся практики Конституционного суда ФРГ, см.: Habermas J. Between facts and norms. P. 238–266.

[6] Подробнее см.: Нерсесянц В.С. Философия права. С. 44–48, 65.

еме, применение принципов происходит посредством «уравновешивания» (*balancing*) согласно началу пропорциональности (*principle of proportionality*). Последнее распадается на три подначала, выражающих идею оптимизации: пригодности (*suitability*), необходимости (*necessity*) и пропорциональности в узком смысле (*proportionality in the narrow sense*)[1]. Пригодность запрещает применять меры для реализации принципа, если они не помогают осуществлению данного принципа, но затрудняют действие любого другого принципа. Необходимость требует, чтобы из числа мер, одинаково годных для реализации принципа, выбиралась мера, которая наименее препятствует реализации другого принципа. Наконец, пропорциональность в узком смысле описывается следующей формулой: «Чем больше неосуществление или ущерб одному принципу, тем важнее осуществление другого»[2]. Приведенная формула является основой для уравновешивания соперничающих принципов в данной ситуации. Например, согласно позиции Конституционного суда ФРГ обязанность производителей сигарет размещать на пачках сигарет предупреждения о вреде курения представляет собой относительно слабое ограничение свободы предпринимательства. Напротив, полный запрет производства сигарет был бы сильным ограничением. С другой стороны, курение наносит вред здоровью. Уравновешивание двух принципов – свободы предпринимательства и охраны здоровья – оправдывает размещение на пачках сигарет предупреждений о вреде курения: ущерб для свободы предпринимательства уравновешивается пользой в плане охраны здоровья[3]. Это наполненное оценочными суждениями решение убеждает, что применение правовых принципов имеет мало общего с формальной логикой, однако это вовсе не означает нерациональность правоприменения и правотворчества. Рациональность, то есть общезначимость, содержания позитивного права основана не на логике, но на свободном обсуждении всех доводов за и против[4].

Помимо двух обсужденных особенностей правового принципа – выражение разумности и должное – своеобразие принципа состоит в том, что он не обладает структурой правовой нормы, то есть не излагается как единство трех взаимосвязанных элементов: гипотезы, дис-

[1] Alexy R. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality // Ratio Juris. 2003. Vol. 16. No. 2. P. 135.

[2] Ibid. P. 135–136.

[3] Ibid. P. 136–137.

[4] Подробнее см.: Habermas J. Op. cit. P. 222–237.

позиции и санкции[1]. Именно эта особенность позволяет отличать принципы от правил. Итак, правовой принцип (принцип права) – это определенное выражение разумности правового регулирования, то есть справедливости, в значении должного, не имеющее структуры правовой нормы. Принципы права формулируются юридической доктриной, действенность принципа не зависит от закрепления данного принципа в законе[2]. Выделение правовых принципов видится предпосылкой различения права и закона, в этом отношении направлено против юридического позитивизма.

Рецепция правовых принципов укрепляет сомнения в обоснованности словесной компаративистики по А. Уотсону, согласно которому правовое заимствование состоит в повторении формулировок чужих правил, поэтому заимствование имеет место, среди прочего, даже если заимствованное правило понято неверно[3]. Ошибочность подобного понимания правовой рецепции тем более очевидна применительно к заимствованию правовых принципов, потому что действие принципов хорошо показывает, насколько в праве толкование важнее толкуемых слов. Без определенности толкования правовые принципы превращаются в оправдывающие судейский произвол каучуковые предписания[4]. В начале XX в. О. Эрлих заметил относительно закрепленного в ГГУ принципа добросовестности: «Что такое, по германскому праву, представляет злоупотребление правом, в каких случаях есть нарушение “Treu und Glauben” или “добрых нравов” – этого мы сейчас не знаем, так как закон ничего об этом не говорит; *мы узнаем это только из судебных решений через сто лет...*»[5]. Действительно, в наши дни содержание принципа добросовестности стало понятнее благодаря усилиям немецких судов и доктрины, в течение более столетия конкретизировавших

[1] Из недавних отечественных исследований строения правовой нормы см.: Азми Д.М. Система права и ее строение: методологические подходы и решения. М., 2014. С. 171–190 ; Петрова Е.А. Основные подходы к структуре нормы права в различных правовых традициях // Lex Russica. 2015. № 1. С. 84–95.

[2] Ср. формальное равенство как основополагающий принцип (сущность) права согласно либертарно-юридической теории (Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 30–48). Обзор доктринальных принципов права см.: Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003. С. 166–184.

[3] Watson A. Legal transplants. P. 20, 99. Критику словесного подхода к сравнительному правоведению (black-letter theory) также см.: Ewald W. Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat? P. 2043–2045.

[4] Критические замечания о свободе судебного усмотрения см.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 89–105, 253–275, 279–284.

[5] Цит. по: Там же. С. 275 (разрядка в оригинале заменена на курсив).

этот принцип во множестве правил[1]. Случающиеся по ходу этого толкования ошибки и искажения[2] не умаляют значимости принципа добросовестности и других подобных общих положений (*Generalklauseln*) для приспособления законодательного текста к изменяющимся условиям общественной жизни[3]. При этом толкование правовых принципов направлено на установление справедливости с учетом обстоятельств места и времени; горький опыт тоталитарных режимов XX века учит, что применение принципов не должно быть политически ангажированным. Справедливость как ориентир обеспечивает определенность толкования принципов права, которые при таком подходе оказываются вовсе не каучуковыми предписаниями. Критерий справедливости – всеобщность, ибо справедливость в любом понимании претендует на всеобщность, то есть «выражает общезначимую правильность»[4]. Иначе говоря, представление о справедливости не сводится к личному убеждению или субъективному отношению, но также предполагает общественное согласие. Утверждение, что закон справедлив, отличается от утверждения, что закон выгоден или полезен. Когда что-либо называется справедливым, речь идет о справедливости для всех, потому что справедливость для некоторых – не справедливость. Именно потому, что закон – один для всех, закон должен быть справедливым.

Правовые принципы представляют собой цели правового регулирования. Поэтому заимствование правовых принципов состоит не столько в переписывании формулировок принципов, сколько в создании условий для применения принципов, то есть для движения к заявленным целям. Иначе принципы останутся пустыми декларациями и красивыми словами – ширмой для злоупотреблений и неблаговидных деяний. Лишь позитивистским убеждением в магической силе

---

[1] Подробнее о принципе добросовестности в современном немецком гражданском праве см.: Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. Oxford, 2006. P. 119–133.

[2] Например, в нацистский период опиравшееся на принцип добросовестности понятие «основание сделки» (Geschäftsgrundlage) включало «существование и продолжение обстоятельств, которые позволяют сделке оставаться полезной и соответствующей расовой системе в целом». В связи с таким толкованием суды могли расторгать договоры, в особенности договоры пенсионного обеспечения, заключенные, в частности, с евреями (Ibid. P. 121).

[3] Ibid. P. 23–25.

[4] Нерсесянц В.С. Философия права. С. 44. Категорический императив И. Канта указывает на общезначимость как свойство справедливости: «...поступай только согласно такой максиме, руководствуясь которой ты в то же время можешь пожелать, чтобы она стала всеобщим законом» (Кант И. Основы метафизики нравственности. С. 260).

закона можно объяснить настойчивое стремление авторов последней масштабной реформы ГК РФ закрепить в кодексе добросовестность в качестве «общего начала гражданского права»[1]. В итоге нынешняя редакция ст. 1 ГК РФ среди прочего устанавливает обязанность действовать добросовестно, а также запрещает извлекать преимущества из недобросовестного поведения. Кроме того, добросовестность теперь упомянута и отчасти разъяснена (конкретизирована) в ряде других статей ГК РФ среди прочего ст. 307 (стороны должны действовать добросовестно при установлении, исполнении и после прекращения обязательства), ст. 434.1 (стороны обязаны действовать добросовестно в ходе переговоров о заключении договора) и ст. 450.1 ГК РФ (сторона должна действовать добросовестно при осуществлении своего права на отказ от договора). Показательно, что разработчики признают применение судами принципа добросовестности с опорой на ранее действовавшие положения ГК РФ, которые до последних изменений не содержали явного указания на добросовестность, а именно, основные положения гражданского законодательства согласно ст. 1 ГК РФ и пределы осуществления гражданских прав (запрет злоупотребления правом) согласно ст. 10 ГК РФ[2]. Авторы изменений ГК РФ объяснили формальное упоминание добросовестности необходимостью укрепить нравственные начала и обеспечить эффективность гражданско-правового регулирования[3]. Торжественность этих слов не возмещает отсутствие всякой попытки продумать возможные направления судебного толкования и последствия для правоприменительной практики. Разработчики, по всей видимости, полагали, будто законодательное закрепление принципа добросовестности автоматически обеспечивает добросовестность участников гражданского оборота. Уместно сравнить это простодушие с сомнениями авторов ГГУ относительно общего положения п. 1 ст. 138 ГГУ о ничтожности противоречащей добрым нравам (*gute Sitten*) сделки: «Данное положение, – указывается в Мотивах, – представляет собой важный шаг законодателя, который, вероятно, принесет сложности. Предоставленная свобода судебного усмотрения до сего времени не была известна применительно к такой важной сфере правового регулирования. (Будущие) ошибки не могут

[1] Яковлев В.Ф. О проекте Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 4. С. 10–11.

[2] Там же. С. 9, 12.

[3] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М., 2009. С. 26, 31.

быть исключены. Тем не менее, принимая во внимание сознательность немецких судей, следует считать не требующим доказательств, что данное положение будет в целом применяться только так, как задумано»[1]. Добросовестность участников гражданско-правовых отношений скорее достигается через совершенствование гражданского процесса, чем общих положений материального гражданского права. Нужно противодействовать судейскому формализму, обеспечивать уважение к интересам сторон и стремиться к вдумчивому рассмотрению судебных споров в свете правовых принципов. Принцип добросовестности существует независимо от законодательного признания. Поэтому следует заботиться не о закреплении добросовестности в тексте закона, а о действии этого принципа. Иначе говоря, введение в закон принципа добросовестности не является ни необходимым, ни достаточным условием добросовестности в гражданском обороте.

Включение в ГК РФ принципа добросовестности видится типичным примером современного российского законотворчества, продуктом которого зачастую являются «хорошие законы, которые плохо применяются». Если закон плохо применяется, значит, при написании закона было упущено нечто важное, то есть плохо применяемый закон – всегда плохой закон[2]. Источник проблемы – шаблонное мышление односторонними абстракциями, отсутствие конкретного понимания проблем отечественного правопорядка. Очевидно, далеко не всеми разработчиками изменений ГК РФ сознавалась опасность превращения принципа добросовестности в каучуковое предписание, способствующее судейскому произволу, а не справедливости[3]. В этой связи показательно следующее поверхностное разъяснение добросовестности: «Правила

---

[1] Цит. по: Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. P. 24.

[2] Seidman A., Seidman R.B. Drafting Legislation for Development: Lessons from a Chinese Project // American Journal of Comparative Law. 1996. No. 44. P. 27.

[3] Ср. несколько наивные рассуждения одного из участников работы над изменениями ГК РФ: «В свое время я была удивлена тем, что при обсуждении проекта Совета по кодификации многими было принято в штыки предложение включить в ГК принцип добросовестности. Я готовила для нашей рабочей группы материалы по принципу добросовестности, много всего перечитала, влюбилась в него... и вдруг такое! Почему? “Наши суды теперь смогут любого объявить недобросовестным”. Хороша логика. Да если судьи – а это цвет юридической профессии! – не понимают, что добросовестно, а что недобросовестно, о чем вообще можно спорить?! К счастью, добросовестность отстояли» (Рассказова Н.Ю. Хочется, чтобы юристы больше уважали тех, для кого в первую очередь создан Гражданский кодекс, – граждан. Интервью // Закон. 2015. № 9. С. 9). Судя по приведенному высказыванию, основной мотив поборников добросовестности можно описать такими словами: «Какой замечательный принцип добросовестности! А давайте включим его в кодекс!». Однако благих намерений недостаточно для подготовки хороших законов.

о добросовестности являются естественным противовесом правилам, утверждающим свободу договора и автономию воли сторон»[1]. Непродуманность и поспешность противопоставления добросовестности и свободы договора отчасти подтверждается дальнейшими рассуждениями разработчиков, которые связывают добросовестность с готовностью «отвечать за извлекаемые при реализации прав выгоды»; указанная же готовность, по мнению разработчиков, «предполагается» свободой договора и автономией воли в условиях рыночной экономики[2]. Требование добросовестности вовсе не ограничивает свободу договора, наоборот, исправляет нарушение этой свободы. Например, основанная на принципе добросовестности защита от обременительных условий в договорах присоединения восполняет недостаток договорной свободы на стороне слабого участника сделки, который вынужденно подписался под обременительными условиями без обсуждения[3]. В контексте противопоставления добросовестности свободе договора или иным гражданско-правовым принципам вполне вероятны искажения принципа добросовестности, в частности, изменение или расторжение судом честно согласованных договоров под влиянием различных неюридических соображений. Поэтому кажется оправданным осторожное отношение английских юристов к требованию добросовестности (*good faith*), введенному в английское договорное право в порядке имплементации Директивы Совета Европейских Сообществ № 93/13/ЕЕС от 5 апреля 1993 г. «О несправедливых условиях в договорах с потребителями»[4]. Указание на добросовестность содержится в статье 3 Директивы: «Договорное условие, которое не было специально согласовано, должно считаться несправедливым, если, вопреки требованию добросовестности, оно влечет значительное неравенство в правах и обязательствах сторон, возникающих на основании договора, к ущербу для потребителя». Исторически английское право не предусматривало добросовестность в качестве общего требования, хотя выработало некоторые решения в области частного права, которые можно связать с принципом добросовестности, например, запрещены штрафы за неисполнение договора (*the penalty rule*)[5]. В итоге английские суды и доктрина склоняются к практическому отождествлению добросовестности и справедливости

[1] Яковлев В.Ф. Указ. соч. С. 10.

[2] Там же.

[3] Markesinis B., Unberath H., Johnston A.Op. cit. P. 131, 165–167.

[4] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

[5] Poole J. Textbook on Contract Law. P. 19.

(*fairness*)[1]. Действительно, добросовестность непосредственно указывает на справедливость, ведь добросовестность в юридическом смысле означает интериоризированную справедливость, то есть справедливость «на уровне индивидуальных поведенческих установок и ценностных ориентаций»[2].

Главный постулат юридического позитивизма – отрицание перехода «от законности к обоснованности» (*from legality to legitimacy*) позитивного права[3]. Иначе говоря, юридические позитивисты не признают объективных критериев правильности законодательства, тем самым отождествляют право и закон, понимая последний как приказ, выражение неограниченного произвола власти[4]. Советский легизм – яркий пример юридического позитивизма. Здесь допускаются критерии оценки закона, но только внеправовые критерии, например, защита нравственности, экономическая эффективность, охрана традиций, модернизация общественных отношений и проч. Подобные критерии имеют значение только с некой субъективной точки зрения, иногда соответствующей убеждениям большей части общества; такие критерии выбираются, отвергаются и наполняются конкретным содержанием по усмотрению власть имущих, поэтому не предписывают никаких ограничений законотворчества: закон есть закон. Для позитивизма характерно инструментальное отношение к законодательству, то есть использование закона в качестве средства достижения внеправовых целей. Напротив, субстанциализм в юриспруденции ищет объективные критерии наличного правового регулирования, не зависящие от произвола законодателя. Сюда относятся различные естественно-правовые учения, философские обоснования позитивного права (И. Кант, Г. Гегель и др.), коммуникативная теория права Ю. Хабермаса и либертарно-юридическая теория В.С. Нерсесянца. В рамках этого подхода выявляются и критикуются неправовые законы, которые должны быть изменены или отменены как противоречащие праву, даже если кажутся полезными. Юридический субстанциализм требует от законодателя честным образом согласовывать интересы, чтобы никто не чувствовал

[1] Poole J. Op. cit. P. 269–272.

[2] Дождев Д.В. Добросовестность (bona fides) как правовой принцип // Политико-правовые ценности: история и современность / под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2000. С. 97. Также см.: Карлявин И.Ю. Методологическое значение категорий fides (совесть) и bona fides (добрая совесть) в римском частном праве // Lex Russica. 2015. № 1. С. 130–140.

[3] Coleman J.L. Methodology // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / ed. by J. Coleman, S. Shapiro. Oxford, 2011. P. 313.

[4] Также см.: Нерсесянц В.С. Философия права. С. 58–59.

себя обманутым или ущемленным, то есть стремиться к справедливости как собственно правовой цели[1]. В контексте противопоставления юридического позитивизма и субстанциализма очевидно, что заимствование принципа добросовестности в ходе последней реформы ГК РФ имеет преимущественно позитивистскую, инструменталистскую направленность. Без ясного понимания содержания принципа добросовестности и перспектив применения этого принципа российскими судами авторы реформы насаждают добросовестность как догму, заботясь не о справедливости, а повторении престижных западных образцов. Даже заимствование правовых принципов может оказаться манифестацией юридического позитивизма.

Отечественный гражданский оборот испытывает некоторую нехватку добросовестности. Однако сводить задачу утверждения добросовестности к закону о добросовестности означает ограничиваться словами там, где требуются огромные усилия и тяжелый труд подлинного правотворчества. «...в наше время, когда так много говорят и так мало делают...»[2] — судя по текущему состоянию российского законодательства, замечание И. Канта остается в высшей степени актуальным. Последняя реформа ГК РФ показывает, что позитивизм не только соответствует убеждениям постсоветского юридического истеблишмента, но укоренен так глубоко, что иногда не сознается.

Правовые заимствования: между правом в книгах и правом в действии

По А. Уотсону, правовое заимствование состоит в переписывании иностранных правил, не важно, как именно заимствованное правило применяется: «Несомненно, что правило, перенесенное из одной страны в другую, из Германию в Японию, также может действовать по-разному (*to different effect*) в разных обществах, даже если в обеих странах оно выражено примерно одинаковыми словами. Однако наш основной вопрос состоит в существовании правила, а не в том, как оно действует в данном обществе в результате доктринального или судебного истолкования»[3]. Таким образом, фокус обосновываемого А. Уотсоном словесного сравнительного правоведения сосредоточен на праве в книгах, тогда как применение записанных правил —

[1] Подробнее о различии позитивистского и субстанциального (метафизического) правопонимания см.: Лапаева В.В. Типы правопонимания. С. 29–37.

[2] Кант И. О поговорке... С. 64.

[3] Watson A. Legal transplants. P. 20.

право в действии – остается за кадром. По всей видимости, этот поверхностный подход до настоящего времени преобладает в практике правовой рецепции в странах с переходной экономикой, в том числе в постсоветских государствах. Так, обсуждая китайские правовые реформы последнего десятилетия XX в., А. Зейдман и Р. Зейдман подвергают обоснованной критике сосредоточенность многих реформаторов на словесном уровне правовой рецепции: «Кажется, что многие разработчики законопроектов убеждены, будто “где-то там” имеется “международный стандарт” для любого закона, относящегося к образованию, национальным паркам, шахтам и любым иным вопросам: иностранное право даст им модель, которую они могут скопировать. Подобно разработчикам из других стран, по причине отсутствия методологии или теории законотворчества китайские разработчики слишком часто были вынуждены опираться на право какой-либо “развитой” страны или на идеализированную, эклектичную модель, выведенную из законов других государств. Надлежащая теория законотворчества должна начинаться с надлежащего объяснения, почему в правовой сфере (*in the face of a rule of law*) люди ведут себя именно таким образом, как они это делают. Очевидно, они совершают поступки, ориентируясь на ограничения и возможности, коренящиеся в специфических обстоятельствах своей собственной страны, среди которых сила закона (*the rule of law*), содержащиеся в нем наказания и поощрения являются лишь одним из многих. Эти обстоятельства включают не только объективные обстоятельства, но также субъективные интересы, ценности и идеологии, специфичные для их страны. ... Отсюда следует, что закон или предполагаемый “международный стандарт” может в своем новом доме побуждать к тому же поведению, к которому он побуждает в родных стенах, если правоприменительный орган в новой стране, а также все другие относящиеся факторы в социальном окружении адресатов очень похожи на факторы, окружающие адресатов закона в месте его появления. Следовательно, чтобы изменить наличное поведение субъектов ... составитель законопроекта должен принять во внимание не только существующие правила, но также относящиеся к делу факторы в тех специфических обстоятельствах, в которых действуют субъекты. Как и в любой другой стране, обстоятельства в Китае, разумеется, являются уникальными. Поэтому законы, которые, возможно, “работают” где-то в другом месте, будут иметь в Китае тот же самый эффект только случайным образом. Китай не может спокойно копировать иностранное право. Без надлежащего понимания того, как право

работает, сравнительное правоведение может дать мало полезных знаний»[1]. Итак, нельзя отрывать право в книгах от права в действии. Закон – не то, чем кажется, то есть не буквальное значение слов, но практическое понимание и применение закона.

Это социологическое видение дополняет трактовку права как нормативной справедливости, ориентируя законодателя на достижение справедливого регулирования общественных отношений с учетом своеобразных обстоятельств места и времени. Только справедливый закон является эффективным[2]. Необходимая связь права в книгах и права в действии требует отказаться от строгого противопоставления должного (законодательного регулирования) и сущего (общественных отношений) в практике законотворчества или любой иной правоустановительной деятельности. Успешное законодательство невозможно без моделирования на стадии подготовки законопроекта будущего применения закона. Поэтому «должное» не является основной категорией последовательного юридического мышления. На примере законодательного запрета убийства Дж. Финнис разъясняет: «...авторы законопроектов обычно составляют законы не в ... форме ... “Убийство недопустимо”, – и даже не в форме “Не убий”, или “Убийство воспрещается”, или “Человек не должен [не может] убивать”. Они скорее скажут: “Будет преступлением [или: преступление] ...” или “Всякий, кто убьет ... будет виновен в преступлении”. Действительно, вполне возможно создать целую правовую систему, вообще не пользуясь нормативным словарем. Почему же профессиональный составитель законопроектов предпочитает изъявительную форму предложения? На самом глубоком уровне это объясняется тем, что он мысленно созерцает образец будущего общественного порядка или какого-либо аспекта такого порядка и пытается воспроизвести этот порядок (исходя из предположения – не нуждающегося в том, чтобы быть сформулированным или грамматически обозначенным, так как в контексте оно самоочевидно, – что участвующие обязаны, будут, должны, могут и т.д. действовать в соответствии с образцом). Конкретнее, юрист видит желаемый будущий общественный порядок с профессионально структурированной точки зрения, как стилизованную драму, ходом которой можно управлять... В построенной правоведом версии общественного порядка есть не только “разумные” и “неразумные” действия...; неразумное действие, например, убийство, может быть преступлением ... и/или деликтом, и/или деянием, влекущим за собой

[1] Seidman A., Seidman R.B. Drafting Legislation for Development... P. 10–13 (сноски внутри цитаты опущены).

[2] Подробнее см.: Лапаева В.В. Социология права. С. 214–216.

автоматическое освобождением или временное отстранение от должности или конфискацию имущества, и/или деянием, которое страховщики и/или государственные чиновника вправе принять во внимание, аннулировав договор или временно лишив лицензии ... и т.д. Так что дело составителя законопроекта – точно указать, какое из этих облачений и отношений подходит к действию убийства-при-таких-то-и-таких-то-обстоятельствах. Вот почему "*Никто не может* убивать..." – столь несовершенная в правовом смысле формулировка»[1].

Приведенное высказывание Дж. Финниса подчеркивает важное различие между нормой в юридическом смысле (юридической или правовой нормой) и нормой в логическом смысле или нормативным высказыванием[2]. Разумеется, правовую норму можно изложить языком нормативного высказывания[3], но нельзя отождествлять правовую норму и нормативное высказывание, то есть норму в логическом смысле. Иначе предметом изучения становятся скорее не правовые нормы, а принципы и (или) правила как произвольные долженствования; под правилами здесь понимаются разнообразные позитивно-правовые положения или предписания (помимо принципов), которые для простоты текстуально даны (явно или подразумеваемо) в форме нормативных высказываний[4].

---

[1] Финнис Дж. Естественное право и естественные права. С. 350–351 (сохранен курсив оригинала).

[2] Ивин А.А. Логика. С. 92. «Нормативное высказывание устанавливает некоторую норму поведения. Оно обязывает, разрешает или запрещает выполнить некоторое действие под угрозой наказания». Ср. Чистое учение о праве Ганса Кельзена / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. Вып. 1. М., 1987. С. 8. «...смысл самих этих предложений не суждение о фактическом бытии, но норма долженствования, то есть приказ, разрешение, уполномочивание».

[3] Ивин А.А. Указ. соч. С. 92. «Языковые формулировки нормативных высказываний многообразны и разнородны. Иногда такие высказывания имеют форму повелительного (императивного) предложения ("Не курить!", "Прекратите лгать!" и т.п.). Чаще нормативное высказывание представляется повествовательным предложением с особыми нормативными понятиями: "обязательно", "разрешено", "запрещено", "(нормативно) безразлично". Вместо указанных понятий могут употребляться также другие слова и обороты: "должен", "может", "не должен", "позволено", "рекомендуется", "возбраняется" и т.п. В языковом представлении нормативного высказывания решающую роль играет контекст, в котором выражается норма. Можно говорить об обычных, или стандартных, формулировках нормативных высказываний. Но вряд ли можно сказать, что существует грамматическое предложение, в принципе не способное выражать такое высказывание».

[4] Например, с помощью слов «может» и «должно» явно сформулированы как нормативные высказывания такие правила гражданского законодательства: «Лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере» (п. 1 ст. 15 ГК РФ) ; «Лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, должно действовать в интересах

Отталкиваясь от понятия юридической нормы, изложение правовой нормы языком нормативного высказывания можно назвать вторичным, поскольку такое изложение представляет собой лишь нормологическую обработку правовой нормы. Юридические нормы в первую очередь описывают будущее, а не должное, обладая по сравнению с другими рассуждениями о будущем преимуществом конкретности. Дело юриста – скорее предсказывать, чем приказывать. Направленность правовой нормы в будущее обеспечивается юридико-логической структурой по формуле «если..., то..., иначе...» (гипотеза, диспозиция и санкция). В связи с этой особенностью норм права Н. Луман говорит о «последовательности “если..., то...”, которая структурирует область возможного»[1]. С этой точки зрения, право связывает время (*binds time*), соединяя прошлое и будущее; функция норм состоит в «попытке предвосхитить, по меньшей мере на уровне ожиданий, все еще неизвестное, полностью неопределенное будущее»[2]. Тем самым правовая норма видится особой формой долженствования, которую нельзя отождествлять с логическим или любым иным долженствованием[3]. Правильное стремление юридического позитивизма наподобие чистого учения о праве Г. Кельзена освободить юридическую нормативность от моральных соображений и иного внеправового содержания или обоснования превращается в оправдание произвола власти отчасти по причине ошибочного игнорирования основополагающего значения структуры правовой нормы, сведения нормы права к простому логическому долженствованию по модели приказа или команды[4]. Показательно, что лежащая в основе структуры правовой нормы связка «если..., то...» изучается классической логикой как связка условного высказывания (импликации)[5], которое не относится к предмету неклассической логики норм[6].

представляемого им юридического лица добросовестно и разумно» (п. 3 ст. 53 ГК РФ). Следующее правило оформлено как подразумеваемое нормативное высказывание: «К предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно применяются правила настоящего Кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения» (п. 3 ст. 23 ГК РФ).

[1] Luhmann N. Law as a Social System. Oxford, 2004. P. 197.

[2] Ibid. P. 147.

[3] Подробнее см.: Нерсесянц В.С. Философия права. С. 86–87.

[4] Подробнее см.: Там же. С. 784–786.

[5] Ивин А.А. Указ. соч. С. 45–48.

[6] В этой связи обращает на себя внимание распространенность условных высказываний в древних правовых текстах. Множество статей Русской Правды (Пространной редакции)

Особое мастерство юриста заключается в умении представить эмпирический материал позитивного права, данный в словах и выражениях, пунктах и статьях, то есть представленный текстами источников права, в форме правовых норм, что предполагает соответствующее структурирование содержания позитивного права. Правовые нормы представляют собой результат юридического осмысления наличного официального регулирования, которое текстуально выражено в законах, указах, судебных решениях, постановлениях и проч., то есть не существует изначально как совокупность правовых норм. Иначе говоря, нормы права окончательно формулируются в ходе правоприменения на основе иногда хаотично разбросанных по различным законам правил, то есть эмпирически данных предписаний, которые нужно разместить в структуре правовой нормы по формуле «если..., то..., иначе...»[1]. Правила преобразуются в нормы с учетом правовых принципов, что предполагает критическое отношение к буквальному значению правил. Все же отправной точкой являются правила, а не принципы. Нельзя формулировать правовые нормы непосредственно на основе правовых принципов, игнорируя существующие правила, потому что имеющиеся правила отражают опыт конкретизации и согласования принципов. Возникающая путем юридического осмысления и преобразования позитивно-правового материала система права (правовая система) состоит только из правовых норм. Принципы права являются не элементами правовой системы, а ее законами.

Подобным образом на этапе законопроектной работы моделирование будущего применения закона требует от разработчика юридического нормативного мышления, то есть мышления категорией «правовая норма» в вышеуказанном смысле, а не категорией «должное». Предпосылкой хотя бы приблизительного понимания, как задуманный закон будет работать, то есть необходимым шагом на пути от права в книгах к праву в действии, является структурирование предлагаемых правил по модели правовой нормы, иначе говоря, обдумывание правил законопроекта согласно формуле «если..., то..., иначе...». Эта точка зрения позволяет разработчикам более конкретно видеть пер-

начинается со слова «если» («аже»). Например, в переводе на современный русский язык ст. 24 Русской Правды гласит: «Если же вынет меч (из ножен), но не ударит (им), то платить гривну кун» (Памятники русского права. Выпуск первый. Памятники права Киевского государства. М., 1952. С. 123). Казуистика древних законов соответствует казуистичности правовой формулы «если..., то...» – юная юриспруденция лучше чувствовала внутреннюю казуистичность права.

[1] Нерсесянц В.С. Философия права. С. 75.

спективы и сложности применения закона в контексте существующего законодательного регулирования, а также особых обстоятельств места и времени. Такое нормативное мышление ориентирует законодателя на социологические изыскания, помогающие четким образом обозначить общественную проблему, решению которой посвящен законопроект, причины и масштабы недолжного поведения, а также социально-экономические последствия принятия закона, чтобы в конечном итоге посредством справедливого законодательного решения снизить общественную конфликтность до оптимального уровня[1]. Однако нынешняя практика законодательных реформ и правовых заимствований, по всей видимости, во многом продолжает определяться поверхностным противопоставлением должного и сущего. «Как будто законодательство обладает магической силой, – отмечают А. Зейдман и Р. Зейдман, – ... законопроекты часто лишь определяют желаемое будущее положение дел в терминах долженствования (*normative terms*), а правоприменителям предстоит самим догадаться, как попасть туда. Если же правоприменителей постигает неудача, разработчики просто предусматривают все более и более драконовские меры уголовной ответственности»[2].

В ходе последней реформы ГК РФ законодатель большей частью рассуждал категорией долженствования, а не категорией правовой нормы, не заботясь ни о выявлении социальных проблем, на решение которых направлены законодательные изменения, ни о переходе от права в книгах к праву в действии. В своих предложениях разработчики изменений ГК РФ зачастую отталкивались не от проблем российского гражданского оборота, а от взятого за образец частноправового регулирования западных стран. Поэтому само по себе отсутствие каких-либо известных западным правопорядкам правил выдавалось за проблему отечественного гражданско-правового регулирования. Тем самым проблемы подменялись псевдопроблемами, порождая иллюзорную уверенность в необходимости переписывать иностранные правила, тогда как требовалось создавать правовые нормы. «Нужно сделать, как у них» – девиз этой близорукой цивилистики, которая имеет много общего с современным российским оффшорным капитализмом, отправляющим полученные здесь доходы и капиталы в более спокойные и благополучные государства, но никогда всерьез не заинтересованного в утверждении и развитии отечественного правопорядка.

[1] Подробнее о социологической поддержке законопроектной работы см.: Лапаева В.В. Социология права. С. 209–223 ; Seidman A., Seidman R.B. Drafting Legislation for Development... P. 22–29.

[2] Seidman A., Seidman R.B. Op. cit. P. 22.

Авторы изменений ГК РФ большей частью работали как переводчики (причем плохие переводчики, для которых слова важнее смысла), а не как юристы, обнаруживая почти полное отсутствие юридического нормативного мышления.

Например, согласно буквальному значению нового п. 1 ст. 317.1 ГК РФ на непросроченный денежный долг уплачиваются законные проценты[1]. По всей видимости, данное законоположение отчасти вдохновлено предположительно сходным правилом п. 3 ст. 86 проекта Европейского договорного кодекса, подготовленного на рубеже веков Академией европейских юристов по частному праву (*Academy of European Private Lawyers European Contract Code*)[2], отчасти обобщает давно известное отечественному правопорядку положение ст. 823 ГК РФ о коммерческом кредите. Не ясно, впрочем, на решение какой проблемы российского гражданского оборота направлено указанное нововведение. Ведь суды ограничительно толкуют ст. 823 ГК РФ, допуская возникновение коммерческого кредита, соответственно, начисление законных процентов на сумму аванса, отсроченного или рассроченного платежа, только если это прямо предусмотрено договором[3]. Иначе говоря, в рамках применения ст. 823 ГК РФ судебная практика в полном согласии с потребностями оборота уже отвергла законные проценты по умолчанию на непросроченный денежный долг. Неопределенность цели п. 1 ст. 317.1 ГК РФ затрудняет преобразование этого правила в правовую норму по формуле «если..., то..., иначе...». Прежде всего нет ясности относительно гипотезы правовой нормы. «Если имеется денежный долг...» – как это понимать? Должник в просрочке или нет? Или просрочка вообще не играет роли? Учитывая устоявшееся толкование ст. 823 ГК РФ и правоприменительную практику, речь

[1] Пункт 1 статьи 317.1 ГК РФ: «Если иное не предусмотрено законом или договором, кредитор по денежному обязательству, сторонами которого являются коммерческие организации, имеет право на получение с должника процентов на сумму долга за период пользования денежными средствами. При отсутствии в договоре условия о размере процентов их размер определяется ставкой рефинансирования Банка России, действовавшей в соответствующие периоды (законные проценты)».

[2] Radley-Gardner O., Beale H., Zimmermann R., Schulze R. AEPL European Contract Code // Fundamental Texts on European Private Law. Oxford, 2003. P. 469.

[3] Постановление Президиума ВАС РФ от 12.02.2013 г. № 14798/12 по делу № А40-4629/12-34-42. «Договором может быть установлена обязанность продавца уплачивать проценты на предварительно полученную от покупателя сумму со дня получения этой суммы от покупателя до дня передачи товара либо возврата денежных средств продавцом при отказе покупателя от товара. В этом случае проценты взимаются как плата за предоставленный коммерческий кредит согласно статье 823 Гражданского кодекса» (URL: http://arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_f00417a4-1ee7-47b3-9eb4-348658011c97).

идет скорее о просроченной задолженности. Но принимая во внимание конкурирующее правило ст. 395 ГК РФ о процентах на сумму просроченного уплатой долга – скорее о задолженности до наступления срока платежа. Буквальное же значение п. 1 ст. 317.1 ГК РФ приводит к выводу, что проценты скорее начисляются за весь период до оплаты независимо от наступления просрочки. Но, может быть, выход из затруднительного положения подскажут начальные слова п. 1 ст. 317.1 ГК РФ: «Если иное не предусмотрено законом ...»? Ведь иное действительно предусмотрено законом: ст. 823 ГК РФ не допускает взыскание законных процентов на непросроченный долг по договорным обязательствам, если это прямо не установлено договором. По меньшей мере, такова позиция судов. С этой точки зрения гипотеза искомой правовой нормы выглядит примерно так: «Если имеется денежный долг по недоговорному обязательству...». Данное толкование п. 1 ст. 317.1 ГК РФ устраняет противоречие с положениями статей 823 и 395 ГК РФ, но превращает п. 1 ст. 317.1 ГК РФ почти в двойника п. 2 ст. 1107 ГК РФ о законных процентах на сумму неосновательного обогащения. Кроме того, ограничение сферы действия п. 1 ст. 317.1 ГК РФ недоговорными обязательствами плохо согласуется с местом п. 1 ст. 317.1 ГК РФ среди общих положений об обязательствах и делает труднообъяснимым прямое указание на применение данного правила только к обязательствам между коммерческим организациями. Вероятно, сформулировать убедительную правовую норму помогут слова в п. 1 ст. 317.1 ГК РФ о том, что договор может отменить право кредитора на получение законных процентов, если под «договором» понимать не индивидуальное соглашение, а существо или вид договорного денежного обязательства? При таком подходе скорее исключается применение п. 1 ст. 317.1 ГК РФ к обязательству по уплате цены из договора купли-продажи и прочим встречным денежным обязательствам в смысле встречного исполнения согласно ст. 328 ГК РФ. Тогда ст. 823 ГК РФ предстает изъятием из общего правила п. 1 ст. 317.1 ГК РФ, поскольку все же допускает начисление законных процентов на непросроченный денежный долг по встречным денежным обязательствам, если это прямо предусмотрено договором. Итак, все эти сложности толкования п. 1 ст. 317.1 ГК РФ показывают, что разработчики не обладали ясным пониманием гипотезы создаваемой правовой нормы, не потрудились отчетливо структурировать предлагаемое правило – в контексте уже существующих правил – по формуле «если..., то..., иначе...» и продумать перспективы правоприменения. Бессмысленность и бесперспективность критикуемого здесь правила, на практике выразившаяся в вале дополнитель-

ных соглашений к уже заключенным договорам о неприменении п. 1 ст.ст. 317.1 ГК РФ, предопределила его отмену спустя примерно год[1].

Еще одно свидетельство отсутствия у разработчиков обсуждаемых изменений ГК РФ юридического нормативного мышления – новая ст. 406.1 ГК РФ о возмещении потерь[2], вдохновленная англо-американским обязательством по возмещению (*indemnity*)[3]. Как в случае п. 1 ст. 317.1 ГК РФ о законных процентах, не понятна цель этого правила. Предоставить участникам отечественного гражданского оборота законную возможность устанавливать обязанность одной стороны возмещать не связанные с нарушением договора имущественные потери другой стороны наподобие *indemnity* общего права? Однако сомнительно, что российская правоприменительная практика нуждалась в подобном юридическом инструменте. Иначе говоря, на практике не существовало проблемы, решение которой требовало данного нововведения, по меньшей мере, в том виде, в каком оно выражено в ст. 406.1 ГК РФ. Авторы изменений ГК РФ вообразили здесь проблему именно потому, что заранее знали об *indemnity* согласно англо-американскому праву; соответственно, отсутствие нечто подобного подсознательно считали недостатком отечественного гражданско-правового регулирования. Хорошая иллюстрация, как проблемы подменялись псевдопроблемами. Потеря из вида конкретной проблемы мешала разработчикам продумать предлагаемое правило согласно структуре правовой нормы по формуле «если..., то..., иначе...», тем самым предопределив сложности на этапе правоприменения. Опять основные сомнения связаны с гипотезой правовой нормы. Опираясь на буквальное значение п. 1 ст. 406.1 ГК РФ, гипотезу можно изложить примерно следующим образом: «Если согласовано возмещение потерь в определенном размере, в том числе обстоятельства, не связанные с нарушением обязательства, при наступлении

[1] Пункт 4 статьи 1 Федерального закона от 03.07.2016 № 315-ФЗ.

[2] Основополагающий п. 1 ст. 406.1 ГК РФ гласит: «Стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.). Соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения».

[3] Сопоставление с оригинальным институтом и критику ст. 406.1 ГК РФ см.: Архипова А.Г. Возмещение потерь в новом ГК РФ: «за» или «против»? // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 158–183 ; Останина Е.А. Судьба индемнити при несостоятельности должника // Закон. 2015. № 7. С. 56–63.

которых возмещаются потери...». Какие обстоятельства могут служить основаниями для возмещения потерь? Поскольку ст. 406.1 ГК РФ помещена в главу об ответственности за нарушение обязательств, очевидно, речь здесь идет об обстоятельствах, хотя не связанных с нарушением, но в некотором смысле отрицательно влияющих на обязательство или его исполнение. Тем не менее при определении обстоятельств, по факту которых возмещаются потери, нужно ориентироваться на какой-либо ограничивающий принцип или такого принципа нет, то есть допускаются всякие обстоятельства? Например, направленное любым лицом в суд заявление о признании одной из сторон банкротом может быть таким обстоятельством? Должна ли сторона, требующая возмещения потерь, доказать понесенные потери? Или при наступлении оговоренного обстоятельства, допустим, по факту направления в суд заявления о признании стороны банкротом, другая сторона, в пользу которой предусмотрено возмещение потерь, вправе требовать соответствующую денежную сумму как своего рода штраф? Похоже, разработчики не задавались этими вопросами, ответы на которые, между тем, необходимы для надлежащего согласования в свете правовых принципов нового правила с уже существующими правилами. Поэтому формулировки ст. 406.1 ГК РФ не позволяют образовать применимую правовую норму. Поверхностность подобного законотворчества соответствует весьма поверхностному знанию заимствуемого англо-американского института. Разработчики не заглянули дальше слов, которыми в коммерческих договорах по общему праву обычно излагаются положения о различных *indemnities.* В англо-американском праве существует ограничивающий принцип *indemnity*, то есть не любое обстоятельство может служить основанием платежа. Этот ограничивающий принцип – возмещение неосновательного обогащения (*unjust enrichment*), иначе говоря, *indemnity* обычно считается разновидностью возврата неосновательного обогащения[1]. Подлинное развитие института возмещения потерь в смысле *indemnity* в российском гражданском праве требует не словесных заимствований наподобие ст. 406.1 ГК РФ, а более последовательного и тщательного толкования и применения имеющихся правил о неосновательном обогащении и убытках.

Р. Сакко однажды назвал правовые заимствования имитацией[2]. Изучение теперешних процессов правовой рецепции, в особенности

[1] Kull A. The Source of Liability in Indemnity and Contribution // Loyola of Los Angeles Law Review. 2003. Vol. 36. No. 2. P. 927.

[2] Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II) // The American Journal of Comparative Law. 1991. Vol. 39. No. 2. P. 397–400.

на постсоветском пространстве, помогает развить эту мысль. Правовые заимствования – не просто имитация, а имитация несуществующего. Имитируется право в действии посредством переписывания права в книгах – как будто право в книгах является правом в действии. Тем самым заимствуется не действительно существующее, а придуманное иностранное право, как оно понимается (или не понимается) реформаторами. Разумеется, в результате получается нечто непохожее на оригинальные институты. Яркий пример – правило о законных процентах на непросроченный долг согласно п. 1 ст. 317.1 ГК РФ, повторяющее п. 3 ст. 86 проекта Европейского договорного кодекса, то есть проект закона, а не действующий закон, ведь такого закона не существует, вероятно, ни в одной юрисдикции! В заимствующем правопорядке созданные путем словесной правовой рецепции законы оказываются не столько источниками права, сколько симуляцией права. Другими словами, подобные законодательные тексты лишь выдаются за форму выражения права, но на самом деле не содержат применимые правовые нормы, то есть приходится изменять правило путем толкования или внесения поправок, чтобы в итоге получить право в действии. А король-то голый!

В результате последних масштабных изменений ГК РФ российское гражданское законодательство вполне в духе времени постмодерна заполнено правовыми симулякрами. Они полностью соответствуют описанию симулякров по Ж. Бодрийяру: изображения, не имеющие оригиналов в реальности, которые формируют реальность по своему образу и подобию (прецессия симулякров) и благодаря неразличимости воображаемого и реального (имплозия) подменяют реальность гиперреальностью[1]. Законодательные правила, написанные по воображаемым моделям, под которые вынужден подстраиваться гражданский оборот, которые порождают множество обсуждений и публикаций, выступлений и споров, иначе говоря, целый дискурс, посвященный достоинствам и недостаткам, вариантам исполнения и исправления этих правил, за которым уже не видно реальных проблем отечественного правопорядка, и давно позабыто, что новые правила вообще не были нужны.

Последняя реформа ГК РФ обнаруживает недостаточное понимание законодателем важности перехода от должного к сущему, от права в книгах к праву в действии. Этот упрек, по-видимому, нельзя в полной мере адресовать первоначальному тексту ГК РФ из середины 90-х годов, потому что тогда менялось все. Но сейчас другое

[1] Бодрийяр Ж. Симулякры и симуляция. Тула, 2013. С. 16–18, 114–115.

время. Тем не менее для многих нынешних реформаторов закрепление в кодексе новых правил стало самоцелью, они находятся во власти слов как во власти грез. Недавние изменения ГК РФ иногда служили самовыражению авторов, иногда подчинялись бюрократическим соображениям, иногда имитировали престижные западные образцы, иногда выражали эгоистические интересы лоббистов, но весьма редко были действительно направлены на решение насущных проблем отечественного гражданского оборота ради всего общества. Нельзя ожидать в целом успешного применения подобным образом составленных законов. Невнимание реформаторов к праву в действии предстает обратной стороной пренебрежительного отношения к нуждам граждан. При таком подходе не законы пишутся для людей, а люди как подопытные обслуживают законодательные эксперименты. Гуманистический идеал правопорядка как общего дела остается чуждым постсоветской цивилистике.

Заключение

Последняя масштабная реформа ГК РФ обнаружила важные особенности правовых заимствований в современном отечественном гражданском праве, которые, по всей видимости, в значительной мере характеризуют постсоветское частное право вообще. Во-первых, засилье случайных экспертов, слабость цивилистической доктрины и юридический провинциализм, а также недемократичность законотворчества; во-вторых, преклонение перед авторитетом престижных западных образцов и правовой нигилизм; в-третьих, поверхностное понимание правовых принципов и юридический позитивизм; в-четвертых, преобладание словесного уровня правовой рецепции и отсутствие перехода от права в книгах к праву в действии. Эти особенности препятствуют надлежащему усвоению юридических идей и приобщению к юридическим идеалам в области гражданско-правового регулирования, что затрудняет движение к верховенству права как желательной основе общественного устройства. Преодоление советского правоотрицающего наследия и подлинное правовое развитие невозможно без признания самоценности права как особого регулятора общественных отношений, выражающего и защищающего общечеловеческое стремление к свободе и справедливости. Исторический опыт подсказывает, какая теоретико-правовая платформа или парадигма оказывается здесь актуальной и полезной: постсоветской юриспруденции необходим новый юридический гуманизм.

Список литературы:

1. Аверинцев С.С. Античный риторический идеал и культура Возрождения // Античное наследие в культуре Возрождения. М., 1984.
2. Азми Д.М. Система права и ее строение: методологические подходы и решения. М., 2014.
3. Архипова А.Г. Возмещение потерь в новом ГК РФ: «за» или «против»? // Вестник гражданского права. 2012. № 4.
4. Бодрийяр Ж. Симулякры и симуляция. Тула, 2013.
5. Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990.
6. Гроций Г. О праве войны и мира. М., 1994.
7. Дигесты Юстиниана. Т. I. М., 2002.
8. Дождев Д.В. Добросовестность (bona fides) как правовой принцип // Политико-правовые ценности: история и современность / под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2000.
9. Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. I. Вып. I. СПб., 1902.
10. Ивин А.А. Логика: учеб. пособие. М., 2008.
11. Ильенков Э.В. Диалектика абстрактного и конкретного в научно-теоретическом мышлении. М., 1997.
12. Ильенков Э.В. Учиться мыслить! // Философия и культура. М., 1991.
13. Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. М., 1965.
14. Кант И. О поговорке «Может быть это и верно в теории, но не годится для практики» // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. М., 1965.
15. Кант И. Основы метафизики нравственности // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. М., 1965.
16. Карамзин Н.М. Записка о древней и новой России в ее политическом и гражданском отношениях. М., 1991.
17. Карапетов А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2010. № 4, 5.
18. Карлявин И.Ю. Методологическое значение категорий fides (совесть) и bona fides (добрая совесть) в римском частном праве // Lex Russica. 2015. № 1.
19. Лапаева В.В. Социология права. М., 2000.
20. Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012.

21. Ленин В.И. О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики. Письмо Д.И. Курскому // Полное собрание сочинений. Т. 44. М., 1982.
22. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012.
23. Монтескье Ш. О духе законов // Избранные произведения. М., 1955.
24. Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2011.
25. Останина Е.А. Судьба индемнити при несостоятельности должника // Закон. 2015. № 7.
26. Памятники русского права. Вып. 1. Памятники права Киевского государства. М., 1952.
27. Пергамент М.Я. К предстоящему внесению в Государственную Думу проекта Гражданского Уложения. Речь в годовом собрании Юридического общества при С.-Петербургском университете. СПб., 1913.
28. Петрова Е.А. Основные подходы к структуре нормы права в различных правовых традициях // Lex Russica. 2015. № 1.
29. Плешанова О. Поправленному верить. Как принятие поправок в законы стало тенденцией // Коммерсантъ Власть. 2015. № 25.
30. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998.
31. Рассказова Н.Ю. Хочется, чтобы юристы больше уважали тех, для кого в первую очередь создан Гражданский кодекс, – граждан. Интервью // Закон. 2015. № 9.
32. Ревякина Н.В. Античные источники итальянской гуманистической педагогики XV в. // Античное наследие в культуре Возрождения. М., 1984.
33. Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I. М., 2011.
34. Слыщенков В.А. Проект изменений Гражданского кодекса и принципы законотворчества // Законодательство. 2011.
35. Ткаченко С.В. Правовые реформы в России: проблемы рецепции западного права. Самара, 2008.
36. Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // Виноградов П.Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе. М., 2010.
37. Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012.
38. Цазий У. Плоды трудов в ночные часы // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V–XVII вв. М., 1999.

39. Цазий У. Специфические понятия права // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V–XVII вв. М., 1999.
40. Цицерон. Об ораторе // Эстетика: трактаты, речи, письма. М., 1994
41. Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003
42. Чистое учение о праве Ганса Кельзена / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. Вып. 1. М., 1987.
43. Яковлев В.Ф. О проекте Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 4.
44. Ajani G. By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe // American Journal of Comparative Law. 1995. No. 43.
45. Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford, 2009.
46. Alexy R. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality // Ratio Juris. Vol. 16. No. 2. 2003.
47. Baker J.H. An Introduction to English Legal History. London, 2002.
48. Beatson J. Anson's Law of Contract. Oxford, 2002.
49. Borbone G. From Cosmopolitism to National-Popular Culture. Gramscian Attempt at Overcoming Provincialism // Thinking about Provincialism in Thinking / ed. by K. Brzechczyn, K. Paprzycka. Amsterdam, 2012.
50. Coleman J.L. Methodology // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / ed. by J. Coleman, S. Shapiro. Oxford, 2011.
51. Dworkin R. Law's Empire. Cambridge, 1986.
52. Ewald W. Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat? // University of Pennsylvania Law Review. 1995. Vol. 143.
53. Goodrich P. Anti-Teubner: autopoiesis, paradox, and the theory of law // Social Epistemology. 1999. Vol. 13. No. 2.
54. Gordley J. The Jurists: A Critical History. Oxford, 2013.
55. Graziadei M. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, 2006.
56. Habermas J. Between facts and norms: contribution to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, 1996.
57. Harding A. Comparative Law and Legal Transplantation in South East Asia: Making Sense of the «Nomic Din» // Adapting Legal Cultures / ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford, 2001.
58. Kelley D.R. Jurisconsultus Perfectus: The Lawyer as Renaissance Man // Journal of the Warburg and Courtauld Institutes. 1988. Vol. 51.

59. Kull A. The Source of Liability in Indemnity and Contribution // Loyola of Los Angeles Law Review. 2003. Vol. 36. No. 2.
60. Legrand P. What Legal Transplants? // Adapting Legal Cultures / ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford, 2001.
61. Luhmann N. Law as a Social System. Oxford, 2004.
62. Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. Oxford, 2006.
63. Nelken D. Comparatists and transferability // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge, 2003.
64. Newton S. Transplantation and Transition: Legality and Legitimacy in the Kazakhstani Legislative Process // Law and Informal Practices: The Post-Communist Experience / ed. by D.J. Galligan, M. Kurkchiyan. Oxford, 2007.
65. Poole J. Textbook on Contract Law. Oxford, 2012.
66. Radley-Gardner O., Beale H., Zimmermann R., Schulze R. AEPL European Contract Code // Fundamental Texts on European Private Law. Oxford, 2003.
67. Rosen L. Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law. Upper Saddle River, 2004.
68. Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II) // The American Journal of Comparative Law. 1991. Vol. 39. No. 2.
69. Seidman A., Seidman R.B. Drafting Legislation for Development: Lessons from a Chinese Project // American Journal of Comparative Law. 1996. No. 44.
70. Stein P. Legal Humanism and Legal Science // The Legal History Review. 1986. Vol. 54. Issue 2.
71. Tanase T. The Empty Space of the Modern in Japanese Law Discourse // Adapting Legal Cultures / ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford, 2001.
72. Tuori K. Fundamental Rights Principles: Disciplining the Instrumentalism of Policies // Fundamental Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives / ed. by A.J. Menéndez, E.O. Eriksen. Oslo, 2014.
73. Walters M.D. Legal Humanism and Law-as-Integrity // The Cambridge Law Journal. 2008. Vol. 67. No. 2.
74. Watson A. Legal transplants: an approach to comparative law. Athens, 1993.
75. Whitman J.Q. The neo-Romantic turn // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge, 2003.

LEGAL BORROWINGS IN POST-SOVIET PRIVATE LAW, OR ON URGENCY OF NEW LEGAL HUMANISM

Slyshchenkov V.A.,
candidate of legal sciences, Ph. D. in Law, Head of Chair
for Comparative Law of the Law Department of the Moscow
High School of Social and Economic Sciences (MSSES)

Abstract: The article is dedicated to peculiar features of a legal reception in modern Russian civil law which most likely reflect difficulties of Post-Soviet legal development in general. Statutory regulations hastily borrowed from other jurisdictions replace true improvement of national private law. Such improvement shall be based not upon copying foreign laws, but on often hard work of self-determined realization of legal principles within framework of specific conditions of this time and place. The recent large-scale reform of the Civil Code of the Russian Federation provides a good illustration of peculiar features of Post-Soviet legal borrowings. In this regard it becomes clear that for many representatives of domestic legal establishment legislation remains a servant of politics – the idea of rule of law is alien to Post-Soviet civil law doctrine. A change of this juncture for the better is impossible without consistent adoption by Russian jurisprudence of humanistic values and ideals.

Keywords: legal reception, legal borrowings, legal development, reform of civil legislation, legal provincialism, legal principles, civil law doctrine, legal humanism.

Честнов И.Л.,
доктор юридических наук, профессор кафедры теории
и истории государства и права Санкт-Петербургского
юридического института (факультета) Академии
генеральной прокуратуры Российской Федерации,
заслуженный юрист Российской Федерации

ПОСТМАРКСИСТСКАЯ МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВА: ПЕРСПЕКТИВЫ НАУЧНОЙ СОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

Аннотация: Автор рассматривает становление постмарксизма как социального учения, перспективы применения основных положений постмарксизма к юриспруденции. Наиболее важным является развитие критического потенциала постмарксизма, развитие идей символической гегемонии власти и диалектики.

Ключевые слова: методология права, постмарксизм, гегемония власти, диалектика права.

Постмарксизм – одно из ведущих направлений в современной интеллектуальной мысли Запада. Оно возникает в конце XX в. как последняя стадия эволюции неомарксизма – «совокупности обновленческих социально-философских и экономических концепций XIX–XX вв. в русле идейной традиции, восходящей к К. Марксу, которые противопоставили себя прежнему, т. н. ортодоксальному марксизму как в версии Ф. Энгельса – К. Каутского – Г.В. Плеханова, так и в версии Ленина – Сталина. Неомарксизм включает в себя политические и правовые теории, эстетические и культурологические учения, социологию, психологию, футурологию, религиоведение»[1]. Постмарксизм вписывает идеи неомарксизма в контекст постсовременности – глобализирующегося информационного или постиндустриального общества, в постколониальную систему мироустройства. Собственно говоря, различия между терминами «неомарксизм» и «постмарксизм», на мой взгляд, не так уж и важны. Важно же то, что идеи Маркса во второй половине XX в. не просто сохраняют свою актуальность, но становятся важной составной частью постклассической мысли. К постмарксизму смело можно отнести те учения, которые связаны «со стремлением их представителей, сохраняя Марксову парадигму в ее классическом издании (материалистическая субординация системных элементов

[1] Новая философская энциклопедия. В 4 т. Т. 3. М., 2010. С. 60.

социальной жизни в их статике и динамике и т.п.), выйти за пределы проблемного поля, задаваемого ортодоксальной Марксовой трактовкой сущности человека, которая якобы “в своей действительности” есть “совокупность всех общественных отношений”»[1]. Постмарксизм включает такие современные философские течения, которые «в той или иной мере фундируются идеями и подходами марксизма: структурализм (Гольдман, Альтюссер и др.); фрейдо- и лакано- марксизмы (С. Жижек и Люблянская школа психоанализа); “гуманистическая школа” (Блох, югославский журнал “Праксис” – Г. Петрович, М. Маркович, С. Стояновичи др., польская “философия человека” – Л. Колаковский, А. Шафф и др.); линия деконструкгивизма (Джеймисон и др.). Высокая степень жизнеспособности марксизма обусловлена его (по сути чисто гегельянской) установкой на постижение интегрированным научным знанием общества и человека как целостной системы, а также его обликом особого вида знания “для посвященных”»[2].

Марксизм, по мнению Э. Балибара, идентифицируется по анализу классов и классовой борьбы[3]. Однако постмарксизм, инкорпорировав идеи лингвистического поворота, может быть, точнее – совершив «прививку» постсовременной теории дискурс-анализа к марксистской концепции идеологии, провозглашает разрушение классов и классовой борьбы в их классических формах.«Некоторые из понятий, связанных воедино и кажущихся логичными, оказались банализованы до крайности: например, “революция” или “кризис’’. И наоборот, “классовая борьба’’, по крайней мере в “капиталистических’’ странах, исчезла со сцены: или потому что объявляющие о ней, как кажется, все меньше участвуют в общественной деятельности, или же – и здесь одно дополняет другое – потому, что на практике в самых ясных конфигурациях политической жизни сами классы в значительной мере потеряли свою *видимую* идентичность. Классовая борьба стала похожа на миф. Миф, сфабрикованный теорией, спроецированный на реальную историю идеологией организации (прежде всего рабочих партий) и более или менее полно “интериоризованный’’ разнородными социальными группами, которым он дал возможность сознать себя как носителей прав и притязаний в условиях, сегодня по большей части преодоленных»[4].

---

[1] Постмодернизм. Энциклопедия. Мн., 2001. С. 448.

[2] Там же.

[3] Балибар Э., Валлерстайн И. Раса, нация, класс. Двусмысленные идентичности. М., 2004. С. 185.

[4] Там же.

Действительно, сегодня классическое разделение (индустриального) общества на два антагонистические класса проблематизируется. Это связано с тем, что сегодня (со второй половины XX в. и особенно в конце XX в.) «с одной стороны, введены общие условия оплаты труда, труд интеллектуализируется, развивается сфера обслуживания – то есть исчезает ''пролетариат''; с другой стороны, завершается процесс разделения функции собственника и управляющего, увеличивается общественный (то есть государственный) контроль над экономикой – то есть исчезает ''буржуазия''. С тех пор как ''средние классы'', ''мелкая буржуазия'', ''бюрократия'', ''новые слои наемных работников'' – эта вечная тема для теории и политики, над которой марксизм не перестает биться, – в конце концов заполнили большую часть картины и маргинализировали типические фигуры рабочего и хозяина-капиталиста (даже если эксплуатируемый труд и финансовый капитал никуда не исчезли), классы и классовая борьба становятся политическим мифом, а марксизм – мифологией»[1]. «Получилось так, – продолжает Э. Балибар, – что рабочая борьба последних лет, самая жесткая и самая мощная, (английские шахтеры, французские металлурги и железнодорожники) в большинстве случаев представала в форме борьбы отраслевой (то есть ''корпоративной'') и оборонительной, как принципиальное, но бессмысленное сражение за коллективное будущее. И в то же время социальное противостояние приняло ряд других форм, и некоторым из них, несмотря на их институциональную нестабильность или благодаря ей, придается намного большее значение. Это относится к конфликтам, связанным с технологической угрозой окружающей среде, конфликтам ''этническим'' или ''религиозным''; ''эндемическим'' формам войны и транснационального терроризма.

Перед нами, возможно, самая радикальная форма ''исчезновения классов'': не чистое и простое затухание социально-экономической борьбы и стоящих за ней интересов, но потеря ею центрального места в политике, ее рассеяние по поверхности многообразной социальной конфликтности, где вездесущность конфликта не сопровождается никакой иерархизацией, никаким заметным разделением общества на ''два лагеря'', никакой ''последней инстанцией'', определяющей обстоятельства и эволюцию, каким-либо иным вектором трансформации, кроме как проблематичными последствиями технологического принуждения, идеологических страстей и государственных интересов»[2].

[1] Балибар Э., Валлерстайн И. Указ. соч. С. 186.

[2] Там же. С. 187.

Сегодня, в постиндустриальном обществе, ведущую роль играет накопление информации «в процессе первоначального накопления и еще большего обобществления производства. С появлением новой информационной экономики для того, чтобы имело место капиталистическое производство, необходимо определенное накопление информации. Информация несет через свои каналы распространения и богатство, и управление производством, разрушая ранее существовавшие представления о внутреннем и внешнем ... и обозначает преодоление эры господства капитала и становление нового способа производства»[1]. В результате, по мнению М. Хардта и А. Негри, складывается парадоксальная ситуация: «Как раз в то время, когда пролетариат, казалось бы, исчезает с мировой арены, он становится главным действующим лицом труда. Это утверждение в действительности не столь парадоксально, как это может показаться. То, что действительно исчезло, так это господствующее положение промышленного рабочего класса, который, при этом, не исчез и даже не уменьшился количественно – он просто утратил свое лидирующее положение и переместился географически. Мы, однако, понимаем под «пролетариатом» не только промышленный рабочий класс, но и включаем сюда всех, кто находится в зависимом положении, подвергается эксплуатации, трудится под властью капитала. С этой точки зрения по мере того, как капитал распространяет на весь мир сферу своих производственных отношений, все формы труда оказываются пролетаризованными. В любом обществе, повсюду в мире пролетариат во все большей мере становится олицетворением общественного труда»[2].

В результате происходящих социальных изменений классы, конечно, не исчезают, но из представления как объективно существующей (реифицированной) субстанции «превращаются» (теоретически более корректно – описываются) в идентичности, конструируемые общественным разделением труда и властью, использующей идеологию. О конструируемости классов в пространстве позиций одним из первых высказался П. Бурдье. По его мнению, «...класс как совокупность агентов, занимающих сходную позицию, которые, будучи размещены в сходных условиях и подчинены сходным обусловленностям, имеют все шансы для обладания сходными диспозициями и интересами, и, следовательно, для выработки сходной практики и занятия сходных позиций. Этот класс на бумаге имеет *теоретическое* существование, такое же, как и у любой теории: будучи продуктом объяснительной классификации,

[1] Хардт М., Негри А. Империя. М., 2004. С. 243–244.

[2] Там же. С. 241.

совершенно сходной с той, что существует в зоологии или ботанике, он позволяет *объяснить* и предвидеть практики и свойства классифицируемых, и, между прочим, поведение, ведущее к объединению в группу»[1]. Конструирование классов, как и вообще социального мира, по его мнению, производится посредством работы представления (во всех смыслах этого термина), которую агенты ведут непрерывно, «дабы навязать свое видение мира или видение своей собственной позиции в этом мире, своей социальной идентичности. ... Способность осуществить в явном виде, опубликовать, сделать публичным, так сказать, объективированным, видимым, должным, то есть официальным, то, что должно было иметь доступ к объективному или коллективному существованию, но оставалось в состоянии индивидуального или серийного опыта, затруднения, раздражения, ожидания, беспокойства, представляет собой чудовищную социальную власть – власть образовывать группы, формируя *здравый смысл*, явно выраженный консенсус для любой группы. Действительно, эта работа по выработке категорий – выявлению и классификации – ведется беспрерывно, в каждый момент обыденного существования, из-за той борьбы, которая противопоставляет агентов, имеющих различные ощущения социального мира и позиции в этом мире, различную социальную идентичность, при помощи всевозможного рода формул: хороших или плохих заявлений, благословений или проклятий, злословий или похвал, поздравлений, славословий, комплиментов или оскорблений, упреков, критики, обвинений, клеветы и т.п. Неслучайно kategoresthai, от которого происходят категории и категоремы, означает ‘’обвинить публично’’»[2].

Все социальные группы, по мнению П. Бурдье, суть позиции в социальном поле, порожденные борьбой за «монополию легитимной *номинации* как официального – эксплицитного и публичного – благословения легитимного видения социального мира»[3] и процессом «пресуществления», «узурпации делегирования» и «самоосуществления доверенных лиц»[4]. «Чтобы изучить, как создается и учреждается власть создавать

[1] Бурдье П. Социальное пространство и генезис «классов» // Бурдье П. Социология политики. М., 1993. С. 59.

[2] Там же. С. 63, 66–67.

[3] Там же. С. 27.

[4] Для этого используется «эффект оракула»: «Эффект оракула являет собой предельную форму результативности; это то, что позволяет уполномоченному представителю, опираясь на авторитет уполномочившей его группы, применять по отношению к каждому отдельному члену группы признанную форму принуждения, символическое насилие». Бурдье П. Делегирование и политический фетишизм // Социология политики. М., 1993. С. 248.

и учреждать, власть, имеющая официального представителя, например руководителя партии или профсоюза, недостаточно учитывать специфические интересы теоретиков или представителей и структурное сходство, которое их объединяет на основе полномочий. Необходимо также анализировать логику, обыкновенно воспринимаемую и описываемую как процесс делегирования, в котором уполномоченное лицо получает от группы власть образовывать группу. Здесь можно следовать, преобразовывая их анализ, историкам права (Канторович, Пос и др.), когда они описывают мистерию министерства – любезную юристам канонического права игру слов *mysterium* и *ministerium*. Тайна процесса пресуществления, которая совершается через превращение официального представителя в группу, чье мнение он выражает, не может быть разгадана иначе, как в историческом анализе генезиса и функционирования *представления*, при помощи которого представитель образует группу, которая произвела его самого. Официальный представитель, обладающий полной властью говорить и действовать во имя группы, и, вначале, властью над группой с помощью магии слова приказа, замещает группу, существующую только через эту доверенность. Персонифицируя одно условное лицо, социальный вымысел, официальный представитель выхватывает тех, кого он намерен представлять как изолированных индивидов, позволяя им действовать и говорить через его посредство, как один человек. Взамен он получает право рассматривать себя в качестве группы, говорить и действовать, как целая группа в одном человеке: ''Status est magistratus'', ''Государство – это я'', ''Профсоюз думает, что...'' и т.п.»[1].

Замечательный анализ конструирования классов как имплицитную диалектику «массы» и «класса» – а именно непрерывную трансформацию исторически гетерогенных (отмеченных различными особенностями) масс (или групп населения) в единый рабочий класс – можно найти у Э. Балибара. По его мнению, «пролетаризацию» работников обусловливают три социальных явления: эксплуатация как извлечение и присвоение капиталом прибавочной стоимости; господство как социальное отношение, которое устанавливается в самом производстве, первоначально проникает в самые глубокие «поры» рабочего дня трудящегося благодаря простому формальному подчинению труда управлению капитала, а также благодаря разделению труда; неуверенность и конкуренция между работниками, вызываемые циклическим характером процесса перехода от занятости к безработице[2].

---

[1] Бурдье П. Социальное пространство и генезис «классов» // Социология социального пространства. М.–СПб., 2005. С. 40–41.

[2] Балибар Э., Валлерстайн И. Указ. соч. С. 191–192.

Интересно, что, по мнению К. Маркса, социальные группы и индивидов связывает между собой не всеобщее высшее благо или законность, но постоянно развивающийся конфликт. В обретении пролетариатом идентичности особую роль играет *идеологический эффект*. «Он проистекает из постоянной диалектики трудовых практик и форм организации, в которой участвуют не только ''условия жизни'', ''условия труда'', ''экономические обстоятельства'', но и те формы, которые принимает национальная политика в рамках государства (например, вопросы всеобщего избирательного права, национального единства, войн, светской и церковной школы и т.п.). Говоря коротко, это постоянно сверхдетерминированная диалектика, в которой относительно индивидуализированный класс формируется только через отношения, которые он поддерживает со всеми остальными классами внутри институциональной сетки»[1].

То же самое касается и класса буржуазии, который конструируется вместе с государством, роль которого, по мнению Э. Балибара, недооценивал К. Маркс. Государство, «благодаря своим институтам, функциям посредничества и администрирования идеалам и дискурсам, всегда уже присутствует в образовании классов. ...Как мне кажется, можно утверждать, что всякая ”буржуазия'' есть в фундаментальном смысле *государственная буржуазия*. То есть буржуазный класс не захватывает власть в государстве *после* того, как он становится экономически господствующим классом, но напротив, становится экономически (социально и культурно) господствующим в той мере, в какой он развивает, использует и контролирует государственный аппарат, преобразуя и усложняя его для осуществления своей власти (или же проникая в общественные группы, обеспечивающие функционирование государства, – в армию и интеллигенцию)»[2]. Более того, по мнению М. Хардта и А. Негри, «сам концепт частной собственности, понимаемый как исключительное право использовать некое благо и распоряжаться всем достоянием, проистекающим из владения этим благом, в новой ситуации становится все более бессмысленным. Остается все меньше и меньше благ, которыми можно владеть и пользоваться исключительно в этом смысле; производит общество как целое, и в процессе своего производства оно воспроизводится и изменяется. Таким образом, основание классического представления о частной собственности, характерного для современности, в определенной степени разрушается самим способом производства, отличающим постсовременность.

[1] Балибар Э., Валлерстайн И. Указ. соч. С. 200.

[2] Там же. С. 202–203.

Тем не менее можно возразить, что новые социальные условия производства ни в коей мере не ослабили юридическое и политическое обеспечение частной собственности. Кризис понятия частной собственности не является таковым в практической сфере, напротив, как тенденция режим частной экспроприации благ действует повсюду. Это возражение было бы существенным, если бы не то обстоятельство, что в смысле своего значения на лексическом уровне и в плане взаимодействия друг с другом (в контексте лингвистического и кооперативного производства) труд и общественная собственность переплетаются. Частная собственность же, несмотря на свою юридическую значимость, не может не становиться все более абстрактным и трансцендентальным концептом и, следовательно, все более оторванной от реальности»[1].

Таким образом, классы и классовая борьба – результат социального конструирования, производимого разделением труда и идеологическим эффектом власти. Сегодня классовая борьба перемещается в сферу расовых, национальных, религиозных, сексистских, региональных отношений, не теряя свою остроту. Это выражается в новом прочтении теории гегемонии, как одном из проявлений постмарксизма, особо значимой для его постструктуралистской версии. В ситуации постсовременности «невозможно больше локализовать и исчислить эксплуатацию. В действительности, объект эксплуатации и господства стремится быть не особой производственной деятельностью, а универсальной возможностью производства, то есть абстрактной социальной деятельностью и ее всеобъемлющей властью»[2]. Постсовременная «имперская» власть «больше не в состоянии дисциплинировать силы масс; она лишь может установить контроль над их общими социальными возможностями и возможностями производить. С экономической точки зрения режим заработной платы как функция регулирования замещается гибкой и глобальной кредитно-денежной системой; управление посредством установленных норм заменяют процедуры контроля и полицейские меры; а господство осуществляется посредством коммуникативных сетей»[3].

Постмарксизм акцентирует внимание на новых механизмах господства – гегемонии[4]. При этом используются идеи М. Фуко о «власти-

[1] Хартд М., Негри А. Указ. соч. С. 282–283.

[2] Там же. С. 198.

[3] Там же. С. 200.

[4] По мнению «постмарксистских постструктуралистов» Э. Лаклау и Ш. Муфф, гегемония имеет место только в области неразрешимости, которой собственно и является политика. – Laclau E., Mouffe Ch. Hegemony and Socialist Strategy. London, 1985. P. 136–137. Гегемония

знании». *Используя новые коммуникативные технологии, власть проникает во все сферы жизнедеятельности человека, формируя его как социального (и правового) субъекта, определяя его идентичность, потребности и интересы, экспектации и интенции.* Одновременно достаточно кардинально меняется представление о власти: власть – это не инструмент, принадлежащий кому-то, кто его использует по своей воле, а всепроникающий аспект общественной жизни[1]. Власть, – утверждал М. Фуко,– «пронизывает и производит вещи, вызывает удовольствие, формирует знание, производит дискурс»[2]. «Отношения власти глубоко укоренены в социальных связях... они не образуют какой-то дополнительной структуры поверх общества, о радикальном упразднении которой можно мечтать. Жить в обществе в любом случае означает жить так, чтобы одни могли бы воздействовать на действия других. Общество «без отношений власти» может быть лишь абстракцией. А это – скажем мимоходом – делает политически тем более необходимым анализ отношений власти именно в конкретных обществах, делает необходимым анализ их исторического формирования, того, что придает им стабильность или нестабильность, анализ условий, необходимых для того, чтобы преобразовывать одни и упразднять другие. Ведь сказать, что не бывает обществ без отношений власти, не означает ни того, что данные нам отношения власти необходимы, ни того, что в любом случае власть образует в средоточии обществ некую неустранимую фатальность; но это означает, что анализ, совершенствование, постановка под сомнение отношений власти, а также «агонизм» между отношениями власти и нетранзитивностью свободы представляют собой непрерывно стоящую перед нами политическую задачу; это также означает, что тут и заключается политическая задача, внутренне присущая всякой социальной жизни»[3].

Одновременно (или «параллельно») власть производит субъектов, формируя их характер и «нормализуя их», делая их способными

имеет место тогда, когда присутствуют антагонистические силы и нестабильность границ, которые их разделяют. Гегемония становится возможной и необходимой именно в силу того, что для любой структуры характерна неразрешимость. Она проявляется как непосредственное преодоление этой неразрешимости путем установления «правил игры» применительно к конкретно-исторической ситуации. Laclau E. New Reflections on the Revolution of Our Time. London, 1990. P. 29.

[1] Garland D. Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory. Oxford, 1990. P. 138.

[2] Foucault M. Power and Strategies // Foucault M. Power / Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977. Brighton, 1980. P. 119.

[3] Фуко М. Субъект и власть // Фуко М. Интеллектуалы и власть: избранные политические статьи, выступления и интервью. Ч. 3. М., 2006. С. 184.

и склонными придерживаться норм здравого смысла, здоровья, сексуального поведения и других нормативов благопристойности[1]. При этом власть, как и все социальные явления и процессы – принципиально амбивалентна: она, как минимум, может быть в определенном контексте принудительной, а может быть и «продуктивной»[2].

«Действительно, преобразования в социально-политической сфере, – полагает М.Н. Грачев, – происходящие под воздействием новых коммуникационных технологий, носят весьма противоречивый характер. С одной стороны, они способствуют расширению «видимости», открытости осуществления власти, с другой – создают потенциальную возможность достаточно узкого круга лиц, ставящих перед собой задачу направленного воздействия на массовое сознание или, если угодно, манипулирования им в политических целях. В последнем случае «видимость» власти может трансформироваться в «видимость демократии»»[3]. Тем самым электронная демократия может обернуться «электронным паноптикумом».

Одним из важнейших направлений деятельности государственной власти становится конструирование политической идентичности. Именно такое конструирование привело к формированию «новых»

---

[1] О конструировании «субъектов» в смысле как «свободного субъекта», так и подчиненного или подвластного, см.: Фуко М. Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. Работы разных лет. М., 1996. С. 159–160.

[2] Об этом писал М. Фуко: Фуко М. Интеллектуалы и власть: избранные политические статьи, выступления и интервью. М., 2006. С. 268–269. Э. Гидденс утверждает, что «деятельность логически подразумевает власть, понимаемую как способность к преобразованиям». Гидденс Э. Устроение общества: очерк теории структурации. М., 2003. С. 57. В то же время М. Фуко полагал необходимым «...отличать отношения власти как стратегические игры между свободами – стратегические игры, способствующие тому, что одни пытаются обусловливать поведение других – на что другие реагируют попытками не позволять обусловливать свое поведение или в ответ обусловливать поведение первых – и состояниями господства, какие обычно называют властью. ... Анализ таких техник необходим, потому что весьма часто с помощью техник такого рода устанавливаются и поддерживаются состояния господства». Фуко М. Этика заботы о себе как практика свободы // Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью. Ч. 3. М., 2006. С. 268. Э. Гидденс, в свою очередь, пишет, что “господство” и “власть” неотъемлемо присущи «социальным ассоциациям (или, с нашей точки зрения, человеческой деятельности как таковой). /.../ Так, например, невозможно разделить “идеологический дискурс” и “науку”. Понятие “идеология” относится только к тем асимметриям господства, которые соединяют сигнификацию с легитимацией частных интересов. На примере идеологии можно удостовериться, что структуры сигнификации отделимы от господства и легитимации исключительно на уровне аналитического приема». Гидденс Э. Указ. соч. С. 78–79.

[3] Грачев М.Н. «Электронная демократия» или «конец демократии»? // Власть и политика: институциональные вызовы XXI века. Политическая наука: ежегодник 2012 / гл. ред. А.И. Соловьев. М., 2012. С. 206.

государств в XX в., освободившихся от колониальной зависимости и наций[1]. Сегодня это серьезнейшая проблема, порожденная мультикультурностью современных сообществ. «В условиях современной глобализации, – пишет В.В. Лапкин, – роста людской мобильности и бурного развития сетевых коммуникаций, кардинально преобразующих представления человека о своем месте в мире, именно доминирующая прежде национальная (или национально-государственная) составляющая в системе идентификационных ориентиров индивида оказывается подверженной наиболее серьезному разлагающему воздействию, ведущему к частичной утрате ею былого нормативного значения. Образ "классического" национально-территориального государства размывается, теряя свою привлекательность в качестве объекта идентификации. Национальные ценности девальвируются, что способствует резкому усилению значимости (а в определенном смысле – возрождению) этнической, религиозно-конфессиональной, цивилизационной и других, прежде "вторичных", дополнительных идеалтипических идентификационных моделей. В рамках целостной самоидентификации индивида усиливается роль как более локальных, так и, напротив, сетевых социальных идентификаций, делокализованных вплоть до глобальности, тогда как значение страны происхождения снижается»[2]. Куда приведет трансформация государства – нации в связи с изменениями политической идентичности, предсказать невозможно. Но очевидно, что сегодня политика – это прежде всего борьба между группами за идентичность, в том числе властной иерархии[3].

Власть, как показал П. Бурдье, состоит в навязывании с помощью символического господства представления о том, что существующий социальный порядок самоочевиден и естественен, скрывая с помощью механизма социальной амнезии его сконструированность властью из «первичного произвола». В то же время он предостерегал от признания того, что легитимация социального порядка является продуктом сознательно направленного действия пропаганды или символического внушения. Натурализация социального порядка достигается непред-

[1] См. об этом: Гирц К. Политика прошлого. Политика настоящего: некоторые заметки о пользе антропологии для понимания феномена новых государств // Гирц К. Интерпретация культур. М., 2004. С. 381–397.

[2] Лапкин В.В. Политические изменения в глобальном мире и динамика идентичности: В 2 т. Т. 2. Идентичность и социально-политические изменения в XXI веке / отв. ред. И.С. Семененко. М., 2012. С. 21–22.

[3] В этой связи симптоматично название недавно вышедшей монографии «Борьба за идентичность и новые институты коммуникаций» / под ред. П.В. Панова, К.А. Сулимова, Л.А. Фалеевой. М., 2012.

намеренно действием множества факторов. Но нельзя недооценивать власть идеологии, которая, как пишет С. Люкс, принимает разные формы ... – от прямой цензуры и дезинформации до различных институциональных и персональных способов инфантилизации суждения, продвижения всех вариантов отказа от рациональности и поддержания иллюзорного мышления, среди которых "натурализация" того, что могло бы быть иным, и сокрытие источников желании и верований»[1].

Таким образом, механизмы господства конструируют общественный порядок как продукт социального контроля. Они включают, по мнению С. Люкса, «внедрение представлений (и последующий надзор за их укоренением) о сексуальной и ментальной "нормальности", о стандартах моды и мифах красоты, а также о гендерных ролях и возрастных категориях и, кроме того, об идеологических границах – например, между приватным и публичным, рыночным и нерыночным; это также бесчисленные формы и способы подавляющего навязывания стереотипов, форматирования и подачи информации в масс-медиа и в политических кампаниях и проч.»[2].

Постмарксизм – это, конечно, переосмысление *идеи диалектики* в новых условиях. Сохраняя исходную – Гегелевскую – идею развития как тождества бытия и мышления, постсовременные концепции диалектики нацелены на выявление механизма развития как изменения. Собственно это «завещал» постмарксизму К. Маркс (вслед за Л. Фейербахом) – «повернуть» абстрактную спекулятивную Гегелевскую диалектику лицом к практике[3]. Эссекская школа и другие постмарксисты вслед за Ж. Деррида и Ж. Делезом сегодня активно разрабатывают логику (диалектику) негативности как способность мыслить разрыв между символической реальностью субъекта и всегда ускользающим реальным, которое мы пытаемся описать или репрезентировать. При этом «постструктуралистские постмарксисты» продолжают развивать

[1] Люкс С. Власть: радикальный взгляд. М., 2010. С. 212–213.

[2] Там же. С. 176.

[3] См. подробнее: Альтюссер Л. За Маркса. М., 2006. С. 111–115. В то же время С. Жижек считает Гегеля «первым постмарксистом», так как диалектика Гегеля – это прослеживание краха любых попыток покончить с антагонизмами, а вовсе не повествование об их постепенном отмирании: «...согласно Гегелю, противоречия гражданского общества не могут быть искоренены без скатывания к тоталитарному террору...». «"Абсолютное знание" Гегеля означает такую субъективную позицию, которая полностью принимает «противоречие» как внутреннее условие любой идентичности». Именно Гегелем как «первым постмарксистом» была, по мнению С. Жижека, открыта онтологическая негативность как форма разрыва, «залатанного» впоследствии марксизмом. Жижек С. Возвышенный объект идеологии. М., 1999. С. 13–14.

идею Гегеля о диалектике (тождестве) бытия и мышления через придание дискурсу онтологического измерения. Э. Лаклау и Ш. Муфф утверждают, что реальное существует «как дискурсивное пространство», а воображаемое является конститутивным по отношению к реальности[1]. Другой идеей, относящейся в широком смысле к «лингвистическому повороту», является убеждение в незавершенности и несамотождественности бытия, в котором воображаемое выступает основным механизмом его – бытия – воспроизводства.

О близости, может быть, включенности одного в другое, диалектики и «мышления дифференциаций», то есть диалектики и постструктурализма, пишет Г. Киммерле. Для Ж. Деррида или М. Фуко прерывность обладает приоритетом над континуальностью, разрывы над тождеством. Поэтому мышление разности включает в себя диалектику[2]. Оригинальную трактовку точек соприкосновения диалогики В.С. Библера и постмодернистской теории хаоса как начала всякой логики, культуры (шире – человеческой деятельности) Ж. Делеза предлагает Л.А. Маркова[3].

Эвристически ценным (значимым) развитием диалектики (как Гегелевской, так и Марксистской) является диалогика В.М. Библера. *социальный мир – это интерсубъективность, предполагающая интенциональность – ориентацию на Другого, соотнесение индивидуальной позиции с точкой зрения обобщенного Другого, в том числе в поведении.* Социальное бытие складывается из взаимодействий людей, включающих как внешнюю, материальную (собственно поведенческую) сторону, так и внутреннюю, ментальную или психическую. Благодаря рефлексии или психическому восприятию как социальной ситуации, так и себя в ней обеспечивается возможность соотносить свои потребности и интересы с ожиданиями адекватности со стороны контрагента (-ов). Собственно в этом и состоит *диалог как коммуникация, ориентированная на Другого.* Не любая коммуникация – диалог, а только такая, в которой человек соотносит свои потребности, интересы, цели и поведение с потребностями, интересами, целями и поведением Другого[4].

---

[1] Laclau E., Mouffe Ch. Hegemony and Socialist Strategy. P. IX.

[2] Kimmerle П. Zur Philosophie der Geisteswissenschaften als Kritik ihrer Methoden. Den Haag, 1978. S. 37–56.

[3] Маркова Л.А. Человек и мир в науке и искусстве. М., 2008. С. 247–289.

[4] В этой связи представляется не совсем точной и излишне категоричной позиция А.В. Полякова, утверждающего, что «диалог есть внутренний аспект, момент, составная часть коммуникации. Любой диалог представляет собой взаимообмен текстами. Представить себе диалог без адресантов и адресатов, без сообщения и его знаковой природы – невозможно. Поэтому “диалог”, например, между субъективными правами и обязанно-

Диалог как взаимодействие людей включает как внешнюю сторону (поведение), так и внутреннюю (внутренний диалог, о чем много размышлял В.С. Библер)[1]. Эти две стороны взаимообусловливают друг друга, сами находятся в диалогическом отношении (диалог сознания и поведения человека). В.С. Библер постулировал зависимость бытийного статуса "предмета" мышления и речи от выбранной актором модальности направленных на него актов сознания.

Вышеизложенное, как представляется, свидетельствует об обоснованности претензий постмарксистской диалектики на то, чтобы стать методологией всех социальных наук, в том числе и юриспруденции (что не исключает перспектив других методологических подходов). Постсовременная теория права может быть адекватна социальным условиям – историческому и социокультурному контексту – если сумеет адаптировать (интериоризировать) эти вышеобозначенные методологические ориентиры, преобразовать постмаркистскую диалектику в программу конкретного научного исследования своего предмета.

Список литературы:

1. Альтюссер Л. За Маркса. М., 2006.
2. Балибар Э., Валлерстайн И. Раса, нация, класс. Двусмысленные идентичности. М., 2004.

стями, или между нормами и правовыми отношениями – это метафора, которая не имеет научного смысла. Описать сложность какого-либо явления и составляющих его элементов вполне можно, не прибегая к введению ничего не объясняющего (и лишь затемняющего подлинный смысл) слова "диалог"». Поляков А.В. Коммуникативно-феноменологическая концепция права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Харьков, 2013. С. 100. Диалог возможен только между людьми или в сознании человека (внутренний диалог), а никак не между нормами права и правоотношениями. Повторюсь еще раз: не любая коммуникация – диалог: возможны монологические коммуникации (передача сообщения без желания услышать ответ). Поэтому диалог – это содержание некоторых коммуникаций, в которых имеет место ориентация на Другого.

[1] В.С. Библер по большому счету отождествлял диалог именно с рефлексией, «внутренней речью» как источником полифонии авторского самосознания. «Библером везде утверждается один тип отношения – диалогический, и этим как бы решается все: диалог и внутри авторского самосознания, и между автором и героем другого автора, и между авторами, и между автором и героем другого автора, и между автором и исследователем, и между "культурами", и между всеми сферами культуры, и между типами логик, и между формами со знания и т.д. По Библеру, все эти "голоса" встречаются (могут встречаться) во внутреннем едином пространстве полифонического авторского самосознания. Поскольку же доминирующий статус отводится авторскому самосознанию, в центр выдвигается "главный" в этом пространстве диалог – внутренняя речь». Гоготишвили Л.А. Автор и его ролевые инверсии (к сопоставлению подходов В.С. Библера и М.М. Бахтина) // Владимир Соломонович Библер / под ред. А.В. Ахутина, И.Е. Берлянд. М., 2009. С. 217.

3. Бурдье П. Делегирование и политический фетишизм // Социология политики. М., 1993. С. 231–262.
4. Бурдье П. Социальное пространство и генезис «классов» // Социология политики. М., 1993. С. 53–98.
5. Гидденс Э. Устроение общества: очерк теории структурации. М., 2003.
6. Гирц К. Политика прошлого. Политика настоящего: некоторые заметки о пользе антропологии для понимания феномена новых государств // Гирц К. Интерпретация культур. М., 2004. С. 381–397.
7. Гоготишвили Л.А. Автор и его ролевые инверсии (к сопоставлению подходов В.С. Библера и М.М. Бахтина) // Владимир Соломонович Библер / под ред. А.В. Ахутина, И.Е. Берлянд. М., 2009. С. 181–241.
8. Грачев М.Н. «Электронная демократия» или «конец демократии»? // Власть и политика: институциональные вызовы XXI века. Политическая наука: ежегодник 2012 / гл. ред. А.И. Соловьев. М., 2012. С. 200–209.
9. Жижек С. Возвышенный объект идеологии. М., 1999.
10. Лапкин В.В. Политические изменения в глобальном мире и динамика идентичности: В 2 т. Т. 2. Идентичность и социально-политические изменения в XXI веке / отв. ред. И.С. Семененко. М., 2012.
11. Люкс С. Власть: радикальный взгляд. М., 2010.
12. Маркова Л.А. Человек и мир в науке и искусстве. М., 2008.
13. Новая философская энциклопедия. В 4 т. Т. 3. М., 2010.
14. Поляков А.В. Коммуникативно-феноменологическая концепция права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Харьков, 2013. С. 94–126.
15. Постмодернизм. Энциклопедия. Мн., 2001.
16. Фуко М. Субъект и власть // Фуко М. Интеллектуалы и власть: избранные политические статьи, выступления и интервью. Ч. 3. М., 2006. С. 161–191.
17. Фуко М. Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. Работы разных лет. М., 1996.
18. Фуко М. Этика заботы о себе как практика свободы // Интеллектуалы и власть: избранные политические статьи, выступления и интервью. Ч. 3. М., 2006. С. 241–287.
19. Хардт М., Негри А. Империя. М., 2004.
20. Kimmerle П. Zur Philosophie der Geisteswissenschaften als Kritik ihrer Methoden. Den Haag, 1978.

21. Laclau E. New Reflections on the Revolution of Our Time. London, 1990.
22. Laclau E., Mouffe Ch. Hegemony and Socialist Strategy. London, 1985.
23. Garland D. Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory. Oxford, 1990.
24. Foucault M. Power and Strategies // Foucault M. Power / Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977. Brighton,1980.

POST-MARXIST METHODOLOGY OF LAW: PROSPECTS OF SCIENTIFIC VIABILITY

Chestnov I.L.,
doctor of legal sciences, professor of the Department of Theory and History of State and Law at Sankt-Petersburg Law Institute (Faculty) of the Academy of the General Prosecutor Office of the Russian Federation, honored jurist of the Russian Federation

Abstract: The author considers the formation of post-Marxism as social doctrine, the prospects for the application of key provisions of post-Marxism to the law. The most important is the development of critical capacity of post-Marxism, development of the ideas of symbolic hegemony of power and dialectics.

Keywords: methodology of law, post-Marxism, the hegemony of power, the dialectics of law.

Ветютнев Ю.Ю.,
кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Волгоградского филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы

АКСИОЛОГИЯ ПРАВА В ПОСТСОВЕТСКОЙ РОССИИ

Аннотация: В статье рассматривается вопрос о развитии аксиологии права в современной российской юридической науке. Дается характеристика таких направлений аксиологических исследований, как либертарно-юридическая теория, конституционная аксиология, постмодернистские концепции и т.п. Выделяются основные перспективные направления дальнейшего развития аксиологии права.

Ключевые слова: ценность, право, государство, равенство, Конституция.

В начале 90-х годов XX века, когда стало очевидным и необратимым угасание прежних идеалов, юридическая наука и практика в России поневоле приступили к поиску новых ценностных ориентиров. Если в условиях относительно стабильного правопорядка обращение к ценностям является своего рода интеллектуальной «роскошью», то в период масштабных изменений оно становится насущной необходимостью.

Именно благодаря ценностному подходу становится возможной сама правовая активность субъектов, равно как и все остальные формы социальной деятельности. Придавая ценностную окраску тем или иным явлениям социального мира, индивиды и общности тем самым идентифицируют их в качестве желательных или нежелательных, связывают с ними свои интересы и намерения. Тот объект, который в глазах субъекта лишен ценностного значения, является для него «слепым пятном», то есть не привлекает его внимания и не учитывается им в своем поведении.

Как правило, под ценностями имеются в виду определенные качества предметов и явлений, с точки зрения индивидуального или коллективного опыта обладающие выраженным положительным или отрицательным значением. Согласно Британской энциклопедии, ценность – «в обычном употреблении термин, обозначающий достойное»[1]. Под ценностью может пониматься «всякий предмет любого интереса, желания, стремления и т.п.»[2]. Несколько иной подход к ценностям связан с тем, что «это устойчивые убеждения в том, что определенный тип поведения (действий) более значим (предпочтителен) в существующем

[1] Value // Encyclopaedia Britannica. 11th ed. Vol. XXVII. P. 867.

[2] Ивин А.А. Основания логики оценок. М., 1970. С. 12.

типе культуры или культурном континууме»[1]; «обобщенные представления людей о целях и нормах своего поведения, воплощающие исторический опыт и концентрированно выражающие смысл культуры отдельного этноса и всего человечества»[2].

Безусловно, сильным импульсом к развитию аксиологии права стала Конституция Российской Федерации, закрепившая понятие ценности на высшем формально-юридическом уровне. В тексте Конституции это понятие встречается трижды. Первое и главное упоминание содержится в статье 2: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью». Впрочем, эта попытка нормативного определения иерархии благ едва ли удачна: во-первых, получается, что человек вместе с его правами и свободами рассматривается как некая единая нерасторжимая ценность, хотя вполне очевидно, что сами права и их носитель – феномены совершенно различного порядка. Во-вторых, «права и свободы», как было показано ранее, вовсе не образуют единого целого, а обслуживают довольно эклектичную группу социальных благ. В-третьих, идея приоритета индивидуального блага, по существу, дезавуирована другим положением Конституции, а именно: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства» (ч. 3 ст. 55). Если бы права и свободы действительно являлись высшим благом, то их ограничение было бы невозможным. В данном случае мы имеем дело с прямо противоположной ситуацией: предположительное столкновение прав и свобод личности, выражающих индивидуальные блага, с коллективными благами (конституционным строем, нравственностью, обороной, безопасностью и др.) разрешается в пользу последних. Таким образом, декларация о высшей ценности человека, его прав и свобод, опровергается самим конституционным текстом.

Второе упоминание о ценностях в Конституции связано с «правом на участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры, на доступ к культурным ценностям» (ч. 2 ст. 44). Наконец, в третий раз речь идет о допустимости ограничения перемещения товаров и услуг, «если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей» (ч. 2 ст. 74).

---

[1] Супрун В.И. Ценности и социальная динамика // Наука и ценности. Новосибирск, 1987. С. 162.

[2] См.: Лапин Н.И. Модернизация базовых ценностей россиян // Социологические исследования. 1996. № 5. С. 5.

Ведущим направлением в аксиологии права в 90-е годы XX века становится и до сегодняшнего дня остается либертарно-юридическая теория. Ее основатель В.С. Нерсесянц развивал достаточно стройную и компактную аксиологическую концепцию, где все потенциальное многообразие правовых ценностей сводилось к триаде: равенство, свобода и справедливость.

При этом, следуя за Кантом и кантианцами в понимании ценности как «нравственно должного», В.С. Нерсесянц вовсе не относит ценности к какому-то иному миру, который противостоял бы наличной фактической правовой реальности или даже радикально от нее отличался. Особенность его аксиологических представлений состоит в том, что одни и те же три начала – равенство, свобода и справедливость – пронизывают все три философско-правовые сферы, а именно аксиологию, онтологию и гносеологию права, будучи одновременно и объективными основаниями права, и ценностями, и объектами познания: «внутреннее единство юридической онтологии, аксиологии и гносеологии обусловлено тем, что в их основе лежит один и тот же принцип формального равенства, понимаемый и трактуемый нами как исходное начало юридической онтологии (что есть право?), аксиологии (в чем ценность права?) и гносеологии (как понимается право?)»[1].

Альтернативой либертарно-юридической аксиологии права является, в частности, представление о правовых ценностях, сформулированное в этот же период в ряде работ С.С. Алексеева. Особенность этого представления состоит, во-первых, в различении «собственной» и «инструментальной» ценности права; впрочем, принцип этого разграничения не вполне ясен (например, порядок отнесен к собственной ценности права, а «организованность» – к инструментальной).

Во-вторых, для этого подхода характерна плюрализация – предельное расширение перечня правовых ценностей. К их числу, в частности, отнесены: всеобщность; определенность и полнота («оно способно охватывать все необходимые формы социальной жизни, не оставляя «дыр» и «пустот» в регулировании...»[2]); свобода; справедливость; активность; порядок; безопасность; истина и т.п. Более того, характером ценностей С.С. Алексеев наделяет конкретные правовые институты и принципы, права человека, собственность, сделки и договорные обязательства[3].

---

[1] Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1999. С. 57.

[2] Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 161.

[3] Там же. С. 167–168.

Применительно к государствоведению аксиологическую проблематику детально рассматривал Л.С. Мамут. Сопоставляя трактовки ценностей, он указывает на два возможных способа их понимания:

1) ценности как предметы (вещи) материального или социального мира;

2) ценности как факты человеческой психики (представления, убеждения, эмоции и т.п.)[1].

Синтезируя эти варианты, автор предлагает собственное определение ценностей как «явлений особой реальности, возникающих и существующих в результате «сцепки» определенных свойств предметов объективной действительности и направленных на них потребностей, интересов субъекта»[2]. Таким образом, позиция Л.С. Мамута близка к функциональному подходу.

Из этого вытекает, в частности, вывод о невозможности применения понятия «ценность» к таким субъектам, как человек или народ (а значит, о некорректности выражения «человек как высшая ценность»). Дело в том, что ценность – это характеристика, появляющаяся и уместная исключительно в субъект-объектных отношениях. Однако люди – никогда не объекты, а лишь субъекты: «В этом своем качестве они не находятся в пространстве субъект-объектных отношений, а значит, исключены из класса ценностей. Человеческий субстрат государства может быть квалифицирован как ценностно-нейтральный феномен»[3].

Дальнейшую конкретизацию ценностных аспектов государствоведения Л.С. Мамут проводит через типологию оценок, деля их на следующие группы:

1) общеоценочные, выражающиеся в словах «хорошо/плохо»;

2) частнооценочные, включающие в себя:

а) сенсорные, то есть основанные на ощущениях (гедонистические, интеллектуальные, эмоциональные);

б) сублимированные, или абсолютные (этические и эстетические);

в) рационалистические, возникающие в практической деятельности при достижении конкретных целей или выполнении функций (утилитарные, нормативные, телеологические).

При этом далеко не все эти виды оценок Л.С. Мамут признает релевантными в сфере государствоведения. Собственно, он считает актуальными применительно к государству лишь рационалистические

[1] См.: Мамут Л.С. Государство в ценностном измерении. М., 1998. С. 7.

[2] Там же. С. 8.

[3] Там же. С. 11.

и этические оценки, а сенсорные и эстетические объявляет непригодными для адекватного описания соответствующих явлений: «Они почти не резонируют с природой самой государственности и в лучшем случае способны выражать лишь ощущения и настроение авторов»[1]. Вероятно, в основе этого утверждения лежит субъективистское понимание эстетики, в то время как эстетические ценности располагаются на границе объективного и субъективного, представляя собой ту самую форму «сцепления» свойств предметов внешнего мира с субъективными реакциями человека, которую Л.С. Мамут несколько ранее выделял как основное качество ценности.

К конкретным политическим («государственническим») ценностям Л.С. Мамут причисляет развитие, интеграцию, управление, суверенитет, легитимность, безопасность, порядок и др.[2]

Ценностный анализ конкретных нормативных текстов представлен в российской юридической науке прежде всего таким направлением, как «конституционная аксиология», сформировавшаяся в тесной связи с практикой конституционного правосудия и, соответственно, способствующая обоснованному принятию конкретных юридически значимых решений, направленных на защиту прав и свобод человека. Основными проблемами конституционной аксиологии являются установление точного набора конституционных ценностей, размещение их в едином нормативном пространстве и построение в иерархическом порядке[3].

Так, Н.С. Бондарь делает важное методологическое замечание, что аксиологическое исследование «требует тонкого герменевтического выявления и позитивного (категориально-понятийного) оформления этих ценностей в процессе конституционно-контрольной деятельности судебных органов (прежде всего, на уровне актов официального толкования или истолкования положений Конституции)»[4].

При общей характеристике конституционных ценностей Н.С. Бондарь берет за основу такие понятия, как «приоритет» и «модель»: ценностная значимость норм Конституции выступает «отражением фактически сложившихся и юридически признаваемых представлений о социальных приоритетах и наиболее оптимальных моделях обустройства общественной и государственной жизни, о соотношении ценно-

[1] Мамут Л.С. Государство в ценностном измерении. М., 1998. С. 15.

[2] Там же. С. 13.

[3] См.: Крусс В.И. Теория конституционного правопользования. М., 2007. С. 189–195.

[4] Бондарь Н.С. Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия. М., 2013. С. 16.

стей власти и свободы, равенства и справедливости, рыночной экономики и социальной государственности и т.д.»[1].

При этом в конституционной аксиологии Н.С. Бондарь различает три уровня:

1) ценность самой Конституции как политико-правового документа, задающего основные императивы правопорядка и государственной организации общества;

2) конкретные ценности, получающие прямое закрепление в конституционных нормах и принципах;

3) ценности, не названные в тексте Конституции, но имплицитно в нем присутствующие и «сгенерированные» Конституционным Судом Российской Федерации (в качестве примеров автор приводит правовую определенность, стабильность условий хозяйствования, баланс публичных и частных интересов)[2].

Концептуальное осмысление правовых ценностей нашло свое оригинальное продолжение в работах В.П. Малахова. Философские представления о природе ценностей существенно разнятся – от радикального психологизма, исходящего из относительного (релятивного) характера ценностей, которые сводятся к желаемости объекта для субъекта, или к ощущениям последнего, до объективизма, с точки зрения которого существование ценностей вообще не связано с психофизической организацией человека (М. Шелер), они понимаются как специфические качества самих вещей и лиц (Н. Гартман)[3]. В.П. Малахов в своих общих представлениях о природе ценностей склоняется к психологизму, то есть сводит ценности к определенным состояниям внутреннего мира человека: «Ценность представляет собой единство двух форм мотивации – установки как устойчивого ожидания (предчувствия) и ориентации как стратегической мотивации (предрасположенности)»[4].

В целом В.П. Малахов рассматривает ценность как особый жизненный настрой, выражающийся в позитивном признании (принятии) мира человеком: «Ценностное состояние есть готовность (духовная приготовленность) человека к жизни среди других людей, в обществе, в мире, всегда предстающая как заданность любому конкретному отно-

[1] Бондарь Н.С. Указ. соч. С. 27.

[2] Там же. С. 15–16.

[3] См. подробнее: Лосский Н. Ценность и бытие. Бог и Царство Божие как основа ценностей // Бог и мировое зло. М., 1994. С. 256–265.

[4] Малахов В.П. Мифы современной общеправовой теории. М., 2013. С. 99.

шению человека с другими людьми, с предметным миром, а не порожденность условиями жизни. Это чистая субъективность»[1].

Однако, исходя из такого понимания ценностей, В.П. Малахов приходит к выводу, что в сфере права ценностей не существует, что мир ценностей и мир права несовместимы.

Аргументация автора такова: поскольку ценности сугубо субъективны, а право объективно, то оно неизбежно разрывает свою связь с ценностями. К самому праву ценности отношения не имеют, оставаясь где-то далеко за его рамками (например, в сфере морали, философии, религии), поскольку абстрактно-идеальный и абсолютно-духовный характер ценностей в мире права реализован быть не может. Ценности могут, конечно, быть обнаружены при анализе правовых норм, как факторы их появления, но для самого права такая операция мышления ничего не дает: «Рассуждения по поводу ценностей есть лишь рассуждения об основаниях норм, в силу которых нормам нужно следовать. Но ничего правового в этом акте нет»[2].

Таким образом, правовая регуляция поведения, с одной стороны, и его ценностная обусловленность, с другой стороны, между собой не сочетаются и вытесняют друг друга. Право пользуется не ценностными, а нормативными методами воздействия. Таким образом, развитие права влечет гибель ценностей: «Нарабатывание права (в его нормативно-формальном воплощении) есть умирание ценностей, ценностного бытия права»[3].

Если ценность – это чистая субъективность, то выводы В.П. Малахова, по всей видимости, вполне убедительны. С формально-юридической точки зрения никакой душевный или духовный настрой не может ни улавливаться, ни учитываться. Однако как тогда объяснить по меньшей мере столь широкое обращение к ценностям в текстах законодательных и судебных актов? Ценности можно «спасти» для права, если признать, что они не сводятся к субъективным состояниям человека, а имеют еще и другую форму бытия – в качестве особых риторических фигур, которые обретают вполне объективированный, даже отчужденный характер и служат для принятия и обоснования юридических решений.

Постмодернистское видение правовых ценностей, как и правовой реальности в целом, развивает И.Л. Честнов. Общую тенденцию его

[1] Малахов В.П. Мифы современной общеправовой теории. М., 2013. С. 99.

[2] Там же. С. 103.

[3] Там же.

аксиологического подхода можно описать как плюрализацию, релятивизацию и партикуляризацию правовых ценностей.

Постмодернизм понимает себя как преодоление модерна – такого состояния общества и мышления, которое характеризуется упорядоченностью, рациональностью, системностью, представляет собой организованный, целостный агрегат, устроенный вокруг некоего центра. Классическая юриспруденция идеально отвечает этим представлениям. Постмодернистская культура с ее «кризисом рассказа» и недоверием к метанарративу, напротив, предлагает децентрированные модели. Согласно Ж.Ф. Лиотару «консенсус стал устарелой ценностью, он подозрителен»[1].

И.Л. Честнов подчеркивает, что в условиях современного мультикультурализма вменить всем какую-либо единую систему универсальных ценностей невозможно: «содержательно определенная универсальность права, на мой взгляд, невозможна в принципе. Это связано с тем, что проблема универсальности права (и содержательного определения ценности права) соотносима с принципом неопределенности, обусловливающим (пост)современное мировоззрение. Социальная реальность (включая, конечно, и правовой ее момент, аспект), определяемая социальными представлениями, принципиально вероятностна, нестабильна и сложна, подвержена рискам саморазрушения. Поэтому управление ею и достижение всеобщего блага – о чем мечтали мыслители эпохи Просвещения — не поддается разумному расчету»[2].

Наряду с этим, впрочем, И.Л. Честнов предпринимает собственную попытку выявить универсальную ценность права, в качестве которой, по его предположению, выступает «социальное назначение, которое состоит в обеспечении нормального функционирования, выживания социума»[3]. Однако эта универсальность дополняется релятивностью, поскольку точным знанием о правильности или ошибочности тех или иных правовых мер не располагает никто. Поэтому «выживание социума» как трансцендентная (внешняя, не явленная прямо) ценность представлена в сфере права такими имманентными ценностями, как диалог и легитимность[4].

---

[1] Лиотар Ж.Ф. Состояние постмодерна. М.–СПб, 1998. С. 157.

[2] Честнов И.Л. Ценность права в постклассическом измерении // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 3. С. 10.

[3] Там же. С. 14.

[4] Там же. С. 16.

Основными перспективными направлениями развития аксиологии права в российской юридической науке можно считать:

– герменевтическое исследование ценностных и оценочных положений позитивного права, включая правоприменительную практику;

– выработку техник принятия решений на основе правовых ценностей;

– трансформацию доктринальных аксиологических выводов в нормативные установления.

Список литературы:

1. Алексеев С.С. Теория права. М., 1995.
2. Бондарь Н.С. Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия. М., 2013.
3. Ивин А.А. Основания логики оценок. М., 1970.
4. Крусс В.И. Теория конституционного правопользования. М., 2007.
5. Лиотар Ж.Ф. Состояние постмодерна. М.–СПб., 1998.
6. Лосский Н. Бог и мировое зло. М., 1994.
7. Малахов В.П. Мифы современной общеправовой теории. М., 2013.
8. Мамут Л.С. Государство в ценностном измерении. М., 1998.
9. Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1999.
10. Честнов И.Л. Ценность права в постклассическом измерении // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 3.

AXIOLOGY OF LAW IN POST-SOVIET RUSSIA

Vetyutnev Y.Y.,
candidate of legal sciences, associate professor, Department of Theory and History of Law and State, Volgograd Branch of Russian Academy of National Economy and Public Administration

Abstract: The development of the axiology of law in a modern Russian legal science is discussed in the article. The characteristic of such areas of axiological research, as libertarian legal theory, constitutional axiology, postmodern concepts, etc. has been done. The main prospects of further development of the axiology of law are highlighted.

Keywords: value, law, state, equality, Constitution.

Содержание

Беляев М.А.
Постсоветское юридическое мышление и его субъект 4

Варламова Н.В.
Гетерархичность современных правовых систем
и постсоветская теория права.....30

Васильева С.В.
Конституционно-правовое понимание демократии:
к основам постсоветской теории права 72

Головко Л.В.
Постсоветская теория права:
трудности позиционирования в историческом
и сравнительно-правовом контексте 92

Денисенко В.В.
Парадигма в праве как ключевая проблема
постсоветской теории и философии права..... 127

Лапаева В.В.
Постсоветская теория права: философские основания
и их юридико-догматическая конкретизация 146

Михайлов А.М.
Постсоветская теория права
и проблематика правовой идеологии..... 180

Слыщенков В.А.
Правовые заимствования
в постсоветском гражданском праве,
или О необходимости нового юридического гуманизма 211

Честнов И.Л.
Постмарксистская методология права:
перспективы научной состоятельности 264

Ветютнев Ю.Ю.
Аксиология права в постсоветской России 280

Издательство «Юрлитинформ»
предлагает вниманию читателей новые книги серии
«Теория и история государства и права»

- **Коллектив авторов / под ред. Д.О. Серова, А.В. Федорова**
  История следствия в России
- **Коллектив авторов / под ред. А.А. Павлушиной**
  Перспективы развития процессуального права
  в информационном обществе
- **Резников Е.В.**
  Правовая идентичность и правовой менталитет
- **Желдыбина Т.А.**
  Механизм обеспечения процесса законотворчества в России
- **Беляев В.П., Беляева Г.С., Антонова Ж.Д.**
  Правовое сознание в механизме защиты прав
  и свобод граждан: общетеоретический подход
- **Лавров Ю.Б.**
  Частное право и его роль в формировании
  гражданского общества в Российской Федерации
- **Исаков И.Н.**
  Правовая система общества: теория, практика формирования,
  перспективы развития
- **Тонков Е.Е., Пожарова Л.А.**
  Гарантии охраны достоинства личности
  в современной России
- **Воронов Е.Н., Маркин В.Ю., Ювченко С.В.**
  Эволюция органов принудительного исполнения
  судебных актов и актов иных органов в России (XI–XXI вв.)
- **Терехов Е.М.**
  Оптимизация правоинтерпретационной деятельности
  в современной России: проблемы теории и практики

- **Третьякова Е.С.**
  Основные направления международно-правового сотрудничества Российской империи в XIX веке
- **Печникова О.Г.**
  Государственно-правовое регулирование охраны «народного здравия» в России XVI – начала XIX в.
- **Романовская Л.Р., Фомичев М.Н.**
  Политико-правовая активность российских мусульман в начале XX в.
- **Коллектив авторов / под ред. В.В. Сорокина**
  Правовые обычаи Горного Алтая
- **Гогин А.А.**
  Правонарушение: общетеоретический, межотраслевой и отраслевой аспекты
- **Верещагина А.В.**
  Уголовная юстиция межреволюционного периода (февраль – октябрь 1917 года)
- **Бурдина Е.В.**
  Органы судейского сообщества в судебной системе России
- **Георгиевский Э.В.**
  Уголовное законодательство Германии и Англии эпохи раннего Средневековья
- **Суменков С.Ю.**
  Исключения в праве: теоретико-инструментальный анализ
- **Каневский А.А.**
  Место галахи (иудейского права) в национальных правовых системах
- **Лукьянчикова Л.В.**
  Осуществление непосредственного народовластия в России XVI–XX вв.: генезис, исторический опыт
- **Васильев А.А., Рутман В.Г. и др.**
  Консервативная правовая идеология России: сущность и государственно-правовой идеал

- **Васев И.Н.**
  Коллизионное правовое регулирование:
  вопросы теории и практики
- **Васильев А.А.**
  Генезис и эволюция консервативной правовой мысли России
- **Мамонтов В.М., Биюшкина Н.И.**
  Таможенная политика
  Московского государства XVI – XVII вв.
- **Андреев Н.Ю., Васев И.Н., Васильев А.А. и др.**
  Консервативная правовая идеология в Западной Европе
  и России в XVIII–XX вв.: сравнительный анализ
- **Серегин А.В.**
  Духовно-нравственное учение о правовой культуре
- **Агамиров К.В.**
  Прогностические проблемы совершенствования
  правовой системы, законотворчества и социального
  механизма правореализации
- **Валуйсков Н.В.**
  Проблемы государственной политики борьбы с преступностью
  в ювенальной сфере
- **Михайлов А.М.**
  Актуальные вопросы теории правовой идеологии
  и методологии юриспруденции
- **Иванников И.А.**
  История государства и права России
  (очерк в период ожидания перемен)
- **Аксенова-Сорохтей Ю.Н., Барановская Е.А.**
  Правовое регулирование оказания медицинской помощи
  ВИЧ-инфицированным
- **Бессарабов В.Г., Паштов Д.Р.**
  Участие прокуратуры в законотворческой деятельности
  органов государственной власти субъектов
  Российской Федерации

- **Кожевников В.В.**
  Философия права как наука
- **Терехов Е.М.**
  Интерпретационная форма реализации правовой политики в современной России
- **Воропанов В.А.**
  Суд и правосудие в провинции Российской империи во второй половине XVIII в. (на примере областей Поволжья, Урала, Западной Сибири и Казахстана)
- **Войниканис Е.А.**
  Интеллектуальные права: господствующая парадигма и перспективы правовой политики (теоретико-правовое исследование)
- **Боруленков Ю.П.**
  Юридическое познание. Доказательство и доказывание
- **Васильев П.В.**
  Автоматические санкции в российском праве (теория, практика, техника)
- **Сырых В.М.**
  Материалистическая философия публичного права
- **Рожнов А.А.**
  История отечественного государства и права. Эпоха Московского государства (XIV–XVII вв.)
- **Антонян Ю.М.**
  Исследование тоталитаризма
- **Биюшкина Н.И.**
  Институционализация охранительной политики Российского государства во второй половине XIX в.
- **Семенцов В.А., Гладышева О.В., Лукожев Х.М.**
  Правовые основы обеспечения национальной безопасности Северо-Кавказского региона Российской Федерации
- **Биюшкина Н.И.**
  Идеология, государство и право в охранительной политике Российского государства во второй половине XIX в.

- **Духно Н.А., Корякин В.М.**
  Теория транспортного права
- **Серегин А.В.**
  Юридическая компаративистика (курс сравнительного правоведения для магистров)
- **Коллектив авторов / под ред. А.В. Малько**
  Правовая жизнь современного российского общества: уровни, срезы, сегменты
- **Воронин М.В.**
  Основания и проявления системности права
- **Янчев А.С.**
  Систематизация военного законодательства во второй четверти XIX века
- **Коллектив авторов / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько**
  Поощрительные санкции в праве: общетеоретический и отраслевой аспекты
- **Коллектив авторов / под ред. О.Н. Полухина**
  Государство созидающее: юридическая модель и современные риски
- **Романовская В.Б., Квачадзе О.Б.**
  Европейский город и личность: конфликт и консенсус. Опыт Высокого Средневековья

Заявки на приобретение издаваемой нами литературы, а также отзывы о ней, свои предложения и рекомендации о необходимой тематике направляйте по адресу:
119019, г. Москва, ул. Волхонка, д. 6
ООО Издательство «Юрлитинформ»,
тел. (495) 697-77-45, тел./факс (495) 697-16-13
E-mail: zakaz@urlit.ru

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЮРЛИТИНФОРМ»

ПРИГЛАШАЕТ АВТОРОВ К СОТРУДНИЧЕСТВУ ПО ВСЕМ НАПРАВЛЕНИЯМ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

- Издательство находится в Москве, что ускоряет и упрощает ваше взаимодействие с нами.
- Мы выполняем полный комплекс работ от подготовки рукописи к изданию, изготовления тиража до реализации книги.
- Мы гарантируем быстрое и качественное издание вашего труда и его распространение по всей России.
- Результат нашего сотрудничества — книга — станет достойным приобретением для студентов, преподавателей, практикующих юристов и научных работников.

За дополнительной информацией обращайтесь
по тел.: (495) 697-77-45, 697-16-13
www.urlit.ru

ПРОБЛЕМЫ ПОСТСОВЕТСКОЙ ТЕОРИИ И ФИЛОСОФИИ ПРАВА

Сборник статей

Компьютерная верстка — Горонец Н.Е.

Лицензия ЛР № 066272 от 14 января 1999 г.
Сдано в набор 27.09.2016. Подписано в печать 02.11.2016
Формат 60Х88/16. Бумага офсетная. Усл. печ. л. 18,5
Тираж 1000 экз. Заказ № 275

ООО Издательство «Юрлитинформ»
119019, г. Москва, ул. Волхонка, д. 6.
http://www.urlit.ru; e-mail: post@urlit.ru

Отпечатано в типографии ООО «Галлея-Принт»
111024, г. Москва, ул. 5-я Кабельная, д. 2Б
http://galleyaprint.ru